Libro de Ponencias del VI Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia 2014 de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia - ALAMFP y ONAF-

COMISION I

COMISION I

Diego Agudelo G[1]- Edwar Gerardo Andrade[2]

Resumen

La familia es una de esas realidades que ha experimentado más cambios en el mundo actual y trabajar en y con ella es el interés de muchas organizaciones, en especial, de la Iglesia pues su concepción está sostenida desde una verdad dogmática como es la Trinidad de Dios y cualquier "descolocación" de la realidad supone la búsqueda de estrategias para recuperar su significación, así la pastoral familiar se intenta renovar cada vez en sus mediaciones pero mantiene intacta sus finalidades. No se trata de hacer un replanteamiento en esta configuración, sino de mostrar precisamente que sin renunciar a las finalidades (misión en el lenguaje eclesial) se debe asumir una nueva perspectiva epistemológica en las mediaciones, que permita que la familia sea el espacio vital por excelencia de creación de sentido para las personas, pero reconociendo precisamente que hay otras formas simbólicas de familia que no estaban contempladas y que necesitan reconocimiento para ser orientadas hacia esa finalidad. Esa epistemología que puede aportar en esa comprensión y correspondiente acción pastoral es la sistémica, pues no sólo renuncia a tener respuestas preconcebidas, sino que se mantiene en la provisoriedad y en la búsqueda de respuestas no terminadas y para ello es necesario no tanto saber

[1] PhD en Teología, Profesor Asociado del Departamento de Humanidades y director del grupo de investigación De Humanitate, Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Colombia, email: dagudelo@javerianacali.edu.co

[2] Mg en Familia de la Pontificia Universidad Javeriana, Párroco de la Iglesia La Santísima Trinidad del Municipio de Santander de Quilichao, Cauca, Colombia, email: egarpbro1@hotmail.com

qué es lo sistémico, sino pensar sistémicamente y de esta manera ofrecer una ayuda integral a la familia.

Palabras claves: familia, epistemología ecosistémica, terapia sistémica, pastoral, agente.

Introducción

Trabajar con familias y comunidades supone una gran preparación acorde con el campo disciplinar desde el cual se desea realizar la intervención, pero a menudo se encuentra que los resultados son infructuosos o de mínimo impacto, porque gran parte de estos esfuerzos están planteados desde un paradigma que ha funcionado en el ámbito académico, pero cuando se realiza esa interacción con la comunidad lo que se busca es confirmar las tesis o los supuestos que ya están dados, de modo que no hay lecturas distintas de la realidad, así ella esté ofreciendo nuevos datos o hechos. No es fácil entonces para el investigador, agente pastoral o trabajador social estar distanciado de ese paradigma seguro de la disciplina que tiene toda la estructura conceptual validada desde sus intereses para que funcione, pero si se quiere realmente comprender y contribuir en la transformación de la realidad familiar y comunitaria, se necesita hacer esa ruptura epistemológica de la certeza académica anclada en el concepto y la "ilustración" y pasar a una nueva epistemología menos ambiciosa, pero más colectiva, menos prejuiciada, pero más atenta, menos cierta y con más incertidumbre, pero reconciliadora y activa para el reconocimiento de la misma comunidad como comunidad. Una de esas epistemologías es la ecosistémica, precisamente para no tener respuestas sino hallar posibilidades de mejoramiento en la medida en que se toma conciencia de las realidades, su complejidad. Situar el contexto de los agentes de pastoral es tomar una referencia concreta que puede ser extendida a otros campos de intervención pues ésta está sustentada no sólo en un paradigma "oficial" de familia, sino que está sacralizada y por ello son más fuertessus convicciones lo mismo que sus responsabilidades.

La Psicología pastoral es el lugar donde se da el diálogo crítico entre Teología y Psicología. En este artículo, derivado de un proyecto de investigación[3], se pretende realizar una introducción a la epistemología ecosistémica, que ha sido aplicada con éxito en Terapia Familiar, y puede arrojar luces para la innovación de los métodos de trabajo pastoral con y por las familias y pequeñas comunidades en la Iglesia Católica. Se presentan los retos que suponen una comprensión actual de la realidad de la familia y el pensamiento ecosistémico como una de esas posibilidades que tienen los agentes de pastoral para emprender una acción pastoral más integral y así resignificar el sentido de la familia desde una perspectiva cristiana que no renuncie al paradigma de la Trinidad de Dios, pero que sea abierta y libre en la forma como se constituye a sí misma.

1. La familia en la pastoral de la Iglesia

La llamada "célula básica de la sociedad", emerge en la cultura actual como espacio para las luchas entre la tradición y la modernidad y como es apenas obvio, se está dando un giro en su valoración, pero falta mayor comprensión de su actualidad para plantearse un destino.

La Iglesia Católica, sin embargo, no es una institución que improvisa o entra en las modas de las tendencias, pues a lo largo de dos milenios, ha bebido de las fuentes de las Sagradas Escrituras, la Tradición y el Magisterio, además de los planteamientos realizados por notables teólogos y pastoralistas, de donde surge un cuerpo de doctrina que ilumina a cristianos y personas de buena voluntad en el trabajo que realizan con familias y comunidades.

A su vez, las múltiples definiciones emanadas del Magisterio eclesiástico, explican aquello que la comunidad creyente entiende por familia, -valga decir, no se habla de "familias"- pues se señala que ella es: "íntima comunión de vida

[3] Proyecto "La teología trinitaria de la familia. Aportes desde la teología moral" correspondiente a la línea Teología y Sociedad del Grupo de Investigación "De Humanitate", avalado y financiado por la Pontificia Universidad javeriana de Cali para el año 2014

y amor" (Gaudium et Spes 48), "célula primera y vital de la sociedad" (FamiliarisConsorcio 42) , "Santuario de la vida" (CentesimusAnnus 39), "Imagen de la familia trinitaria" (Documento de Puebla, 582) e "Iglesia doméstica" (Lumen Gentium 11). Con ocasión del Sínodo sobre la Familia, realizado en 1980 -citado por Botero (2006a)- el entonces Cardenal Joseph Ratzinger dijo que:

> La doctrina no puede consistir en conceptos teóricos, sino que debe ser considerada en la historia del pueblo de Dios en camino. Criterio de la doctrina debe ser el sentido de la fe del pueblo de Dios, la experiencia de los esposos, el trabajo de los teólogos y de los filósofos, el progreso de las ciencias humanas y las valoraciones del magisterio de la Iglesia. (p. 173)

A menudo, las diversas perspectivas que analizan la situación de la familia contemporánea, se agrupan en torno a las polarizaciones "negativa" o "positiva"; desde luego, según el observador que la defina, la Iglesia Católica puede ser ubicada en cualquiera de estos dos polos. Algunos aducen que la sociedad está enferma al igual que la familia, con la subsiguiente urgencia de una gran reforma social que le ayude a superar la crisis, o bien, que la crisis es interna a la familia y amenaza a cada uno de sus integrantes y a la sociedad en general. Por otra parte, hay un discurso con una visión más positiva de la familia, según el cual, los cambios y transformaciones que se están presentando, son manifestaciones de su adaptación y desarrollo, además de su flexibilidad para adaptarse a las exigencias propias de un cambio de época, e incluso se sostiene que la familia ha ganado importancia por la mayor necesidad psicológica que se tiene de ella (Valdés, 2007).

Asimismo, diversas disciplinas han realizado ingentes reflexiones sobre la incidencia de las transformaciones del nuevo milenio en el matrimonio y la familia. Es oportuno destacar cuatro tendencias y ubicarlas en su contexto sociohistórico: diversidad de las formas de familia, cambio de los roles de

género, pluridiversidad cultural y discrepancia socioeconómica e incluso la expansión del ciclo vital de la familia (Walsh, 2004).

Si se lleva a cabo un análisis macrosistémico y reconociendo la interconexión e interdependencia del mundo, hay que profundizar en el fenómeno de la globalización, que conduce a personas y familias a ser cada vez más flexibles, con el ánimo de adaptarse a los cambios suscitados, máxime cuando las ciencias identifican hoy una "pluralidad" de familias, que tienen menos momentos de privacidad, influenciadas por la publicidad, los dispositivos de comunicación y los sistemas globales de comercio. De manera concomitante, se asevera que en el mundo occidental hay un aumento del número de familias con dos padres que trabajan y se disminuyen drásticamente los índices de natalidad, de igual manera, proliferan formas de familia como las monoparentales o reconstituidas y son aceptadas uniones como las gay o lésbicas, e incluso las conformadas por personas provenientes de culturas no occidentales (Bertrando y Toffanetti, 2004).

Por su parte, la comunidad creyente no sólo no es ajena, sino que ella misma vive esta realidad, es decir no puede pensarse en una comunidad de creyentes escindida como una comunidad de "puros", ajena al sinnúmero de transformaciones propiciadas por el tránsito hacia la posmodernidad, y por lo tanto, indica que la Iglesia conocedora de esta realidad, se ve impulsada a llevar a cabo su praxis pastoral, en medio de lo que considera "signos de los tiempos", descubriendo en ellos la "voz de Dios", que la cuestiona y compromete, e indicando que cada ser humano es agente de la historia y que el Creador respeta su autonomía. Con todo, muchos contemporáneos contemplan a la Iglesia Católica como anquilosada y aferrada a su pasado y no faltan quienes reconocen que la familia está en el centro de su atención y de su solicitud pastoral, por cuanto ella tiene el cometido de hacer tomar consciencia, de una tendencia cada vez más hostil, que puede provocar su

progresiva descomposición y en última instancia, la decadencia de la misma civilización humana (Mette, 1995).

Unas y otras posiciones pueden ser válidas si por un lado una de ellas mira las consecuencias y la otra mira las intenciones, pero la pregunta que debe hacerse y el análisis que debe proponerse está en términos de propuestas de pastoral inter y transdisciplinaria renovadas con fidelidad al evangelio pero con creatividad en las formas para que la perspectiva de la realidad sea más completa y más profunda de modo que cada acción que se realice desde las pastorales de la Iglesia, o de los otros campos de conocimiento sean más efectivas.

En este cometido, diversos campos disciplinarios, entre ellos la Terapia Familiar Sistémica, indican que un conocimiento de la evolución de las familias facilita una reevaluación de la misma, en orden a desmitificar narrativas sobre la crisis total de la familia como fenómeno exclusivo de esta época (Valdés, 2007), sin desconocer que "cuanto más estudiamos los principales problemas de nuestro tiempo, más nos percatamos de que no pueden ser entendidos aisladamente. Se trata de problemas sistémicos, lo que significa que están interconectados y son interdependientes" (Capra, 2000, p. 25).

No obstante, la Iglesia católica anuncia que se ha puesto en marcha un plan[4] para reconfigurar la noción de familia y por consiguiente, del matrimonio, con lo que se pretende transformar a la misma sociedad. Se observa cómo se está delineando una alternativa global del hombre y de la mujer, del modo de concebir y vivir la sexualidad, la paternidad y la maternidad, la procreación de los hijos y lo referente a toda esfera de la vida privada. Al observar algunos cambios intersistémicos más significativos, referidos a las personas y familias,

[4] Se refiere al Sínodo de los Obispos sobre el tema "Los desafíos pastorales de la familia en el contexto de la evangelización" convocada en octubre de 2013 por el papa Francisco y que cuenta con un documento preparatorio llamado *InstrumentumLaboris* (2014) y la programación de una Asamblea General Extraordinaria en el 2014 donde se analizan datos, testimonios y sugerencias que plantean las Iglesias particulares, luego en un segundo momento definir las líneas operativas pastorales generales y específicas en una Asamblea General Ordinaria en 2015.

desde la perspectiva eclesial se resaltan: autonomía sin límites, sobrevaloración del presente frente a lo duradero, temor al compromiso definitivo, generalización de la planificación artificial familiar, proliferación de relaciones sexuales prematrimoniales y extraconyugales, altos índices de promiscuidad sexual, preferencia de lo afectivo a lo institucional, privatización del matrimonio, desprecio de la fidelidad jurídica, rechazo a las apariencias sociales, descenso en el número de hijos, madre y padre-solterismo, comprobándose así que la privatización de la familia está sobrepasando los límites tradicionales; esto porque, al encerrase en sí misma, se está arriesgando a quedarse en el ámbito de la insignificancia (Campanini, 1995). Sumadas a estas transformaciones, se resaltan los siguientes: cambios de roles e identidad en el hombre y la mujer, liberación y promoción femenina, decaimiento en la vida religiosa del matrimonio y la familia, transferencia de las funciones de los miembros de la familia, incremento de esposas trabajando fuera del hogar, descenso en la autoridad de los esposos y padres. Además se hace hincapié en que, a nivel civil, ya no existe un modelo exclusivo de pareja o familia, sino que se aceptan diversas concepciones, entre ellas: la tradicional o nuclear y la diversificada, incluyendo en esta última: hogares monoparentales, los que son fruto de uniones consensuales o "de hecho", las integradas por divorciados vueltos a casar, u hogares que han adoptado un niño, viudos que permanecen con sus hijos, parejas sin hijos e incluso parejas del mismo sexo. Se puede inferir que, desde una óptica ecosistémica, estas variables son interdependientes, y exigen al catolicismo persistir en su misión de engendrar familia al interior de la cultura actual, anunciando el evangelio del amor de Dios, y considerando que no existe ningún cambio en la sociedad, que no sea al mismo tiempo una solicitación y una llamada, ya que en ella se verifica una conexión muy estrecha entre el anuncio de la salvación y las dinámicas culturales.

Es común en el análisis de la realidad realizado por la Iglesia hacer énfasis en la problematización en el mundo de hoy de la ley natural y una contestación práctica sobre la unión entre hombre y mujer como una explicación a esa falta de acogida de la doctrina cristiana sobre el matrimonio y la familia, por esto mismo, se insta a realizar un trabajo de campo o de pastoral como dice el lenguaje eclesial, que permita responder - en el contexto de la Nueva Evangelización - a las emergencias y retos relacionados con esta dimensión de la vida eclesial, lo que implica un "nuevo ardor, nuevos métodos y nuevas expresiones", nuevos lenguajes, e incluso una "nueva epistemología", que - sin alejarse de los criterios del Evangelio y la doctrina de la Iglesia - permita realizar abordajes pastorales, que incidan de manera significativa en el trabajo pastoral comunitario con parejas y familias, en orden a vivenciar los postulados de una genuina antropología cristiana evitando seguir reproduciendo los mismos conceptos y las mismas prácticas que se han quedado suspendidas en el tiempo, pero que no tienen significado para los hombres y mujeres de hoy que se mueven en otras dinámicas y formas de reconocimiento, por ejemplo de los jóvenes mediante los selfies por nombrar sólo una de esas nuevas realidades.

2. La necesidad de una "conversión epistemológica": pensar sistémicamente

La "conversión epistemológica", es una de las transformaciones más importantes que puedan producirse en un Agente de Pastoral, pues ésta exige una renovación en su manera de vivenciar el mundo; o con otras palabras, aprender a pensar de una forma distinta, es hoy una prioridad, aunque este paso no es fácil ni se lleva a cabo sin cierta dosis de "exigencia" y "desinstalación". De igual forma, puede constatarse que hoy resulta más difícil dar cuenta de un solo campo en la práctica pastoral y mucho menos de la pertenencia a una sola disciplina. Aun reconociendo los dones y carismas de personas y comunidades cristianas, es oportuno considerar que la formación, la reflexión, el campo de interés y aún la práctica pastoral, se extienden y

contraen siguiendo el influjo de un sinnúmero de encuentros personales, teóricos, vivenciales, "espirituales" e incluso profesionales.

Es oportuno anotar el pensamiento de John Fowles, según el cual, "existe la difundida opinión de que la filosofía debe ser dejada a los filósofos, la sociología a los sociólogos y la muerte a los muertos. Creo que esta es una de las más importantes herejías -y tiranías- de nuestro tiempo" (como se citó en Segal , 1994, p. 19), pues, al incursionar "con ojos y corazón de pastores" en diversos campos del saber, cada Agente de Pastoral, según su modo y vocación, se cualifica para prestar un servicio más eficiente y eficaz a la Iglesia y al mundo en general y es una exigencia ampliar su mirada y enriquecer su acción a partir de otros conocimientos, provenientes de otras disciplinas, pues lo importante en el accionar con la comunidad es precisamente la comunidad. Es más, al incorporar nuevos autores y sus aportes, en una visión cada vez más sistémica y compleja, se reconoce que es imposible como personas y como sociedad partir de cero y que en especial las ciencias humanas pueden aportar mucho a la transformación de las prácticas pastorales. En definitiva, y considerando la ya anotada crisis de sentido que se aprecia en la sociedad actual y la confianza en un modelo positivista de conocimiento se hace necesaria:

> Una nueva epistemología, un nuevo conjunto de reglas que gobiernan el pensamiento, es inmanente en la "nueva ciencia" que es absolutamente diferente del sistema de pensamiento predominante del mundo occidental y, además, que esos dos sistemas de pensamiento son autónomos y discontinuos … la epistemología ecosistémica proporciona la base para una tecnología de transformación. (Auerswald, 1990, p. 27)

En este sentido, Morín (1994) postula que la virtud del enfoque ecosistémico es:

> a) haber puesto en el centro de la teoría, con la noción de sistema, no una unidad elemental discreta, sino una unidad compleja, un "todo" que no se reduce a la "suma" de sus partes constitutivas. b) haber concebido la noción de sistema, no como una noción "real", ni como una noción puramente formal, sino como una noción ambigua o fantasma. c) situarse en un nivel transdisciplinario que permite concebir al mismo tiempo tanto la unidad como la diferenciación de las ciencias. (p. 42)

De acuerdo a esto, la tensión básica se da entre las partes y el todo. El énfasis en las partes se denomina mecanicista, reduccionista o atomista, mientras que el énfasis en el todo recibe los nombres de holístico, organicista o ecológico. En la ciencia contemporánea, la perspectiva holística es conocida como "sistémica", y el modo de pensar que subyace a esta metateoría se denomina pensamiento sistémico (Capra, 2000).

Heinz von Foerster, considera que en esta forma de pensamiento, lo fundamental es la búsqueda de conexiones. Edgar Morín, por su parte, indica que el pensamiento sistémico tiene dos vertientes: el sistema se concibe como conjunto funcional en el cual las partes se complementan armoniosamente para las finalidades del todo; y una vertiente rica: el concepto de sistema lleva en su seno no solamente las complementariedades, sino los antagonismos. En lo referente a la noción de sistema, resulta útil la definición de Ausloos (1998) para quien éste es "un conjunto de elementos en interacción, organizado en función del entorno y de sus finalidades y evolucionando en el tiempo" (p. 55).

Cabe aclarar que no se pretende elevar muros para separar a los lectores y / o a quienes trabajan cotidianamente con familias y comunidades, buscando términos ambiguos, confusos, ininteligibles, convirtiendo el lenguaje en un fetiche o instrumento de poder. Se busca un lenguaje sencillo -lo que no es sinónimo de simple o trivial- ya que, algunos medios intelectuales, suponen que entre menos inteligibles sean los planteamientos de un autor, más valiosos y más profundos son. Esta postura, llevada al extremo, se convierte en una

forma de discriminación, de separar a los que creen que saben, de los que consideran que “no saben”, y de asumir que los que “saben” son superiores. De igual manera, es oportuno reconocer que, a algunos agentes de pastoral, en ocasiones les parece de buen tono jactarse de su desinterés por la teoría o por las abstracciones formales, indicando su predilección por un lenguaje más concreto y práctico. Aunque esta falta de interés se mantenga oculta, es obvio que forma parte de una particular posición epistemológica, pues es imposible carecer de un “modelo teórico” que incida en el quehacer cotidiano; esto exige recordar constantemente que ¡no hay que enamorarse tanto de un modelo, hasta el punto de grabarlo en piedra!, pues esto lleva a hacer “más de lo mismo”, a caer un una especie de “circulo vicioso” de soluciones intentadas, que “petrifican” la labor pastoral, “obstaculizando” así la acción del Espíritu Santo, “fuerza vital” y “alma” de todo proceso evangelizador y pastoral.

En consonancia con lo antedicho, es necesario reconocer la pertinencia de revisar constantemente la manera de pensar, puesto que en la formación inicial, muchos Agentes de Pastoral han entrado en contacto con el modelo epistemológico lineal de causa – efecto, muy cuestionado desde el punto de vista de las ciencias humanas, al indicar que los problemas centrales de la actualidad son problemas sociales, resaltando que el gigantesco aparato conceptual que evolucionó en la cultura occidental es contraproducente, no sólo para resolver, sino esencialmente para percibir tal problemática. De manera contundente, se aduceque la raíz de esa mancha ciega cognitiva -que inhabilita para abordar adecuadamente los problemas sociales- es el paradigma explicativo tradicional, el cual, según su punto de vista, descansa sobre dos operaciones: la causación y la deducción, y que por lo tanto, algo que no puede ser explicado – es decir, para lo cual o no podemos señalar una causa, o no tenemos una razón – no deseamos verlo (Foerster. 1991). Por consiguiente, aprender a pensar sistémicamente, o “pensar con” es hoy un auténtico desafío, para quienes quieran abordar mejor la polifacética

complejidad de toda familia y más aún, los diversos aspectos de las mudanzas culturales y antropológicas, que subyacen a las formas y contornos asumidos por la "célula básica de la sociedad", en orden a realizar un proceso constante de evangelización a la humanidad entera, siendo fieles al mandato del Señor: "Id, pues, y haced discípulos a todas las gentes bautizándolas en el nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo" (Mateo 28, 19).

En conexión con lo anterior, el tránsito hacia la época posmoderna, con sus luces y sombras, está marcando un hito en la historia eclesiástica, puesto que la familia se encuentra hoy más que nunca en el punto de mira de la obra evangelizadora, y además porque la constitución de la comunidad sacramental tiene en cada familia su medio natural de expansión e inserción en la sociedad (Flórez, 2001). Es más, el ideal de familias y comunidades formadas a imagen de la Santísima Trinidad o la familia de Nazaret, contrasta con los hechos nodales ya anotados, pues si se considera el llamado efecto mariposa, es decir "la influencia que el bateo de las alas de una mariposa en Pekín podía tener un mes más tarde en el tiempo que iba a hacer en Nueva York" (Ausloos, 1998, p 118), se constata desde el ámbito eclesial una crisis muy grave, comparada por algunos pensadores católicos con la que se vivió ante el derrumbe del Imperio Romano, tiempo en el cual se destruyó el invaluable tesoro cultural acumulado, sin que por mucho tiempo se lograra propiciar uno nuevo. En últimas, la Iglesia Católica reconoce que los valores morales y espirituales que fomenta se están eclipsado en la cultura actual, por lo que no hay que buscar escondite seguro, esperando a que pase la crisis, sino que es urgente incentivar una nueva forma espiritual, una nueva cultura, que responda a las exigencias más profundas de la vida social (Mondin, 1991).

Al reconocer la realidad como una totalidad interconectada, la Iglesia está llamada a no cerrarse a apreciar aquellos valores que existen en la cultura actual y por consiguiente, a la necesidad de un diálogo significativo, puesto que el pensamiento posmoderno no es malo en sí mismo, lo que no implica

desconocer la unilateralización que hace de determinados valores, muchos de los cuales están abiertamente en contravía de los planteamientos cristianos. Esto implica un proyecto en el cual converjan los diversos tipos de familia, en pro de un modelo cada vez más humano, lo que evidentemente exige un profundo diálogo interdisciplinar, que lleve a superar la autonomía de las ciencias (Botero, 2006a).

3. Epistemología ecosistémica para un abordaje pastoral a familias y comunidades en el ámbito eclesial

En los últimos tiempos, la palabra epistemología ha sido usada indiscriminadamente en los discursos y textos, no obstante, vale la pena incursionar en el marco teórico epistemológico denominado ecosistémico. A este respecto, Garciandía (2005) aborda la cuestión del conocimiento, anotando que en la retina hay un punto ciego a la visión, pues "con frecuencia pensamos que nuestro campo de visión es completo y lo vivenciamos así, no nos percatamos de los huecos, vacíos o espacios ciegos. No vemos que no vemos. Algo similar acaece con nuestro conocimiento, no sabemos que no sabemos" (p. 17). Esta metáfora puede llevar a los Agentes de Pastoral a reflexionar sobre sus "puntos ciegos", es decir, aquellos que de alguna forma "impiden" realizar, desde la perspectiva humana, una pastoral que responda de manera eficiente y eficaz a los retos del nuevo milenio. Esto conlleva considerar los logros de las disciplinas científicas, puesto que sin su colaboración es muy difícil examinar los mecanismos que se dan en la praxis pastoral. Es más, urge reconocer que la teología pastoral es transdisciplinar, para relacionar dialécticamente, en cada momento histórico, la práctica eclesial con la teología y las ciencias humanas (Floristán, 2009, p. 9).

Para efectuar un diálogo entre la epistemología ecosistémica y el ámbito pastoral, es pertinente realizar algunos ajustes que permitan no perder de vista la especificidad de toda acción eclesial, es decir los criterios: teocéntrico,

cristológico, pneumatológico, eclesiológico e histórico salvífico, que "a la vez han de ser exigencias a la hora de realizar acciones eclesiales, a la hora de optar por ellas y a la hora de hacer cualquier tipo de propuestas pastorales (Ramos, 1995, p. 101). Incluso, hay que considerar que:

> Si se emplean las mediaciones de las ciencias, como instrumental científico necesario para la teología y la pastoral es porque la teología y la pastoral como tales no poseen un instrumental suyo propio que no sea el instrumental de las ciencias analíticas y críticas, o el instrumental de las filosofías, o el instrumental de las epistemologías. No hay conocimiento de la realidad que pueda catalogarse como específicamente teológico. … la teología como formalidad tiene que acudir al mercado de los filósofos y de los científicos para asegurarse de comprender cuanto del mundo y de la historia debe comprender. (Parra, 2005, p. 267)

Al respecto, Heinz Von Foerster habla de la necesidad de una apertura a lo nuevo o desconocido, es decir, a los cambios que posibilitan las transformaciones deseadas (Foerster, 1991, p. 194). Será Thomas Kuhn quien en su obra del año 1962, titulada La estructura de las revoluciones científicas, indique algo fundamental: "los cambios en las creencias convencionales no ocurren por un avance lento de la causa filosófica o por la investigación paulatina, sino por un nuevo descubrimiento que representa un alejamiento o una ruptura" (como se citó en Jackson, 1993, p. 51).

Encontrarse con la epistemología ecosistémica es algo similar al paso que se dio del sistema ptolemaico geocéntrico al copernicano heliocéntrico. De hecho, así como en los primeros tiempos de la Iglesia, los cristianos realizaron de forma intrépida un diálogo fecundo con las escuelas filosóficas, hoy se puede propiciar un acercamiento a las ciencias humanas -y en el tema que nos ocupa, al paradigma ecosistémico aplicado en terapia familiar- siendo conscientes de las palabras atribuidas a Santo Tomás de Aquino, según el cual

"todo lo que es verdadero, no importa quién lo diga, proviene del Espíritu Santo". Esto exige no desconocer que existen diversas disciplinas y personas que han erigido el método científico como la única posibilidad de conocer con certeza, excluyendo otras epistemologías o formas de pensamiento que, alejadas de los cánones establecidos, buscan dar cuenta de aquellas realidades "no objetivas" que cuestionan al hombre de hoy. El antiguo paradigma se basa en la creencia cartesiana de la certeza del conocimiento científico, en cambio, el paradigma ecosistémico aduce que todos los conceptos y teorías son limitados y aproximados, y por consiguiente la ciencia nunca puede facilitar una comprensión completa y definitiva de todo (Capra, 2000).

El pensamiento sistémico hace un llamado a abrirse e insertarse en el "azar", puesto que la razón impide ir hacia las formas caóticas que generan la vida (Ausloos, 1998), por lo tanto, considera que "el humorismo, el arte, la poesía, la religión, la hipnosis, etc, son igualmente ricos, igualmente informativos e igualmente ajenos a las epistemologías tanto de la lógica como de la causalidad directa" (Bateson, 1993, p. 263). La epistemología ecosistémica realiza una crítica a la ontología absolutista, de la cual afirma que ésta supone una verdad universal, fija e inmodificable y que además existe un orden natural que puede ser percibido de forma objetiva mediante el uso de los sentidos. Por el contrario, la posición dialéctica considera el rastreo de otros modos de conocimiento, asegurando que esos modelos deberán estar abiertos a una revisión posterior y a ser reemplazados por formas más complejas (Goncalves, 1998).

Dicho enfoque puede ser acogido de forma crítica, en algunos campos de la praxis pastoral, puesto que su utilización continua y científica contribuye a un proceso de redefinición, puntualización y teorización del saber, adquirido cotidianamente por los agentes de pastoral o interventores en proyectos eclesiales, lo que no excluye adoptar una actitud de disponibilidad y apertura al cambio, que definan la elección de dicho modelo como un instrumento

temporal, listo para perfeccionarse, integrarse o abandonarse en el momento que se crea oportuno, conforme a las transformaciones del contexto eclesial (Campanini y Luppi, 1996), pues desde una óptica ecosistémica, un agente de pastoral al preguntar ¿cómo se conoce? Reconoce implícitamente que está interesado más por los procesos, por la generación del fenómeno estudiado, que por su sustancia, movimiento que se constituye en una estrategia fundamental del enfoque epistemológico ya mencionado. En otras palabras, no se pregunta tanto por la "realidad" qué encuentra ahí, sino en qué sentido puede promover la generación de realidades menos restrictivas para las familias y comunidades.

Todo esto permite pensar que al proyectar el trabajo evangelizador y pastoral con las familias, los agentes de pastoral han de tener en cuenta que en algunos ambientes, el modelo de familia tradicional o nuclear, formada por el padre, la madre y los hijos, es más la excepción que la regla, lo que en ocasiones conduce a una pastoral familiar marcada por el pesimismo. Es aquí donde el pensamiento sistémico, asumido especialmente en la terapia familiar sistémica, puede contribuir a adquirir una postura menos catastrófica, en lo que se refiere al futuro de la familia, puesto que reconoce que en el mundo la estructura familiar seguirá transformándose en cuanto se refiere a su composición, tipo de unión o estabilidad del sistema conyugal e incluso el estilo de relación intergeneracional, pero proseguirá su respuesta privilegiada a las necesidades psicoafectivas, sexuales y espirituales de las personas que la componen.

A esto se agrega que el enfoque sistémico analiza también las capacidades de las familias, aspecto que se refiere a potencialidades disponibles en los hogares en orden a afrontar las demandas, anotando que hay dos tipos de capacidades: recursos, es decir, lo que la familia tiene y estrategias de afrontamiento o lo que la familia hace (Hernández, 1997), lo cual lleva a reconocer que:

> Las personas con quienes trabajamos cuentan con el potencial y los recursos necesarios para crearse nuevos futuros. (…) en vez de considerarnos "detectores de patología", nos consideremos "detectores de competencia", terapeutas que buscan ampliar la competencia y recursos del cliente. Muchas de las personas que atendemos están sumergidas en una visión de su vida que está saturada de problemas. (…) Un problema puede creer en tamaño e importancia hasta comenzar a dominar nuestras conversaciones con nosotros mismos. Cuanto más pensamos en el problema, más sumergidos nos encontramos en una espiral de diálogointerno negativo que nos "anega" el pensamiento y nos deja con un sentimiento de agobio y desesperanza. (Friedman, 2001, pp. 169-170)

4. Conclusión

En conclusión, si se pretende una "conversión epistemológica" en el trabajo con familias y comunidades, el agente de pastoral de forma interactiva, contextual y recursiva, deberá integrar creativamente su ser, su conocer y su hacer, por lo que el "pensar con" o "pensar sistémicamente" hará posible una innovación acorde con los signos de los tiempos.

Por lo demás, desde hace algunos años se insiste en la necesidad de un tiempo futuro en el que las parroquias, como primera instancia de acción pastoral, se conviertan en auténticas "comunidades de familias" donde se dé valor al conocimiento mutuo y se fomente el aprecio y la ayuda oportuna. Por consiguiente se señala que la pastoral familiar es intrínseca y fundamental para toda comunidad eclesial que lo sea de verdad (Larrabe, 1986).

Ahora bien, lo importante no es que esta conversión epistemológica sea una urgencia sólo para los pastores de una iglesia, sino que lo es también para las demás disciplinas en especial las que intervienen en y con comunidades pues la perspectiva pastoral es enriquecida por una teología trinitaria y esa

fundamentación mantiene vivas las tensiones de búsquedas de sentido para los hombres y mujeres de hoy en procura de un proyecto de humanización. Y como misterio, la Trinidad de Dios en la familia, constituye una fuente, pero también una meta de la moral cristiana, es decir fundamenta y direcciona el obrar del cristiano, o sencillamente el del ser humano pues le demanda búsquedas de sentido y encuentro con el otro desde la reciprocidad, igualdad de dignidad y esto, entre otros es un ideal de realización humana.

BIBLIOGRAFÍA:

Auerswald, E. H. (1990). Reflexiones sobre el pensamiento en terapia familiar. En: H. Fishman, y B. L. Rosman (Comp.), *El cambio familiar: desarrollos de modelos* (pp. 27-41). Barcelona, España: Editorial Gedisa.

Ausloos, G. (1998). *Las capacidades de la familia*. Barcelona, España: Empresa Editorial Herder, S.A.

Bateson, G. (1993). *Una unidad sagrada: pasos ulteriores hacia una ecología de la mente*. Barcelona, España: Gedisa Editorial S.A.

Bertrando, P., y Toffanetti, D. (2004). *Historia de la terapia familiar: Los personajes y las ideas*. Barcelona, España: Editorial Paidós.

Botero, J. S. (2006a). El discernimiento ético de pareja, un desafío al machismo / feminismo actual. *Cuestiones Teológicas, 33*(79), 117-137.

Capra, F. (2000). *La trama de la vida*. Barcelona, España. Editorial Anagrama.

Campanini, A., y Luppi, F. (1996). *Servicio social y modelo sistémico: Una nueva perspectiva para la práctica cotidiana*. Barcelona, España: Ediciones Paidós Ibérica, S.A.

Campanini, G. (1995). El cambio de la familia y los desafíos de la cultura contemporánea. *Concilium*, (260), 627-634.

Foerster, H. V. (1991). *Las semillas de la cibernética: obras escogidas*. Barcelona, España. Editorial Gedisa S.A.

Flórez, G. (2001). *Matrimonio y familia*. Madrid, España: Biblioteca de Autores Cristianos.

Friedman, S. (2001). *El nuevo lenguaje del cambio: colaboración constructiva en psicoterapia*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.

Garciandía, J. A. (2005). *Pensar sistémico: una introducción al pensamiento sistémico*. Bogotá, D.C.: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Goncalves, O. F. (1998). Hermenéutica, constructivismo y terapias cognitivo – conductuales: del objeto al proyecto. En: R. A. Neimeyer, J. M. Michael (Comp.), *Constructivismo en Psicoterapia* (pp. 179 -217). Barcelona, España. Ediciones Paidós Ibérica, S.A.

Hernández, A. (1997). *Familia, ciclo vital y psicoterapia sistémica breve*. Bogotá, D.C.: Editorial El Búho, Ltda.

Jackson, D. D. (1993). Aspectos de la terapia Familiar conjunta. En: G. Zuky .Boszormenyi-Nagy (Comp.), Terapia familiar y familias en conflicto (pp. 47-59). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Larrabe, J. L. (1986). *El matrimonio cristiano y la familia*. Madrid, España: Biblioteca de autores cristianos.

Mette, N. (1995). La familia en el Magisterio oficial de la Iglesia. *Concilium*, (260), 675-687.

Mondin, B. (1991). La cultura moderna: su crisis en la Iglesia En: Consejo Episcopal Latinoamericano (Ed.), *Evangelizar la modernidad cultural* (pp. 101-123). Bogotá, D.C.: Consejo Episcopal Latinoamericano.

Morín, E. (1994). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona, España. Editorial Gedisa, S.A.

Parra, A. (2005). *Textos, contextos y pretextos*. Bogotá, D.C: Pontificia Universidad Javeriana.

Ramos, J. A. (1995). *Teología Pastoral*. Madrid, España: Biblioteca de autores cristianos.

Segal, L. (1994). Soñar la realidad: el constructivismo de Heinz von Foerster. Barcelona, España: Ediciones Paidós.

Valdés, Á. A. (2007). *Familia y desarrollo: Intervenciones en terapia familiar*. México. Editorial El Manual Moderno, S.A. de C.V.

Walsh, F. (2004). *Resiliencia familiar: Estrategias para su fortalecimiento*. Buenos Aires, C.F.: Amorrortu Editores.

COMISION II

TEMA: g.- PROCESOS DE FAMILIA. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS E INTERDISCIPLINA

PONENCIA: "IMPORTANCIA DE LA INTERDISCIPLINA EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DEL FUERO DE FAMILIA"

COMISION 2: DERECHOS HUMANOS, FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y JUSTICIA

<u>APELLIDO Y NOMBRE:</u> GODOY, NORBERTO EDUARDO

DATOS PERSONALES:

Domicilio: San Luis Nº 354 Las Heras – Mendoza. C.P. 5539. República Argentina. Tel. Particular 0261-4372266 – Cel. 0261-155326225

Email: ngodoy@jus.mendoza,gov.ar y bettogodoy@hotmail.com

SINTESIS:

En el presente trabajo me propongo demostrar la importancia que tiene la interdisciplina en la resolución de los conflictos que se le presentan al Juez de Familia. Dicha importancia radica en que por medio de los informes elaborados por profesionales especializados en psicología, trabajo social, medicina, psiquiatría, etc., el juez logra un conocimiento más acabado de la realidad debido a la relevancia, que a determinados elementos le asignan dichos profesionales.

BIBLIOGRAFIA:

- BELLUSCIO, Augusto C. Derecho de Familia. T.-I., Depalma, Buenos Aires, 1975
- CODIGO CIVIL ARGENTINO, Ed. Zavalía, Buenos Aires 2012
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Protección contra la Violencia Familiar – Ley 24417. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe- 2007
- KIELMANOVICH, JorgeL. Derecho Procesal de Familia 2da. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2008
- Ley de Menores, Adolescencia y Familia Nº 6354 de la Provincia de Mendoza – Argentina
- Ley Nº 24417 de Protección con la Violencia Familiar
- Ley Nº 26485 Ley de Protección Integral a las Mujeres

- MEDINA, Graciela, Violencia de Género y Violencia Doméstica – Responsabilidad por daños.Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2013
- PAGES, Hernán en Materiales de Derecho Procesal- "Topografía Elemental de los Procesos de Familia". Departamento de Publicaciones – Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires -2002

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

COMISION 2: DERECHOS HUMANOS, FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y JUSTICIA

TEMA: g.- Procesos de Familia. Resolución de Conflictos e Interdisciplina

PONENCIA: "IMPORTANCIA DE LA INTERDISCIPLINA EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DEL FUERO DE FAMILIA"

I.- Planteo

En el presente trabajo me propongo demostrar la importancia que tiene la interdisciplina en la resolución de los conflictos que se le presentan al Juez de Familia. Dicha importancia radica en que por medio de los informes elaborados por profesionales especializados, el juez logra un conocimiento más acabado de la realidad debido a la relevancia, que a determinados elementos le asignan dichos profesionales.

En este sentido resulta fundamental contar con el auxilio de las ciencias vinculadas a las relaciones humanas que permitan mostrar esos elementos que, sin lugar a dudas tendrá en cuenta el magistrado al momento de resolver la situación que se le plantea.

Esos elementos son los que aportan mediante sus pericias los psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, médicos, expertos, etc., mediante las pericias e informes que se incorporan al expediente; y cuya visión especializada permiten al juzgador, por medio de esos valiosos aportes, dar una respuesta más integral al conflicto familiar planteado.

La ley Nº 6354 de la Provincia de Mendoza, en el Libro II "De la Justicia de Familia y en lo Penal de Menores", en el art. 46 inciso h) crea el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario en la órbita del Poder Judicial mendocino y en el

Titulo V (artículos 170 a 178) establece que este Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) asistirá a la Justicia de Familia, estará integrado por un plantel de profesionales calificados, y que tienen entre sus funciones "investigar la situación bio-sicosocial, elaborar diagnósticos, sugerir tratamientos y efectuar el seguimiento y control de los mismos, practicar el seguimiento y control del cumplimiento de las medidas de protección…sin perjuicio de otras que le asigne la ley y a requerimiento de la autoridad judicial.

II.- Algunos Conceptos

Dicho esto considero conveniente conceptualizar que es un proceso judicial; que es una pericia y que es un perito; para luego adentrarnos en el análisis concreto de la importancia que los mismos tienen a la hora de resolver un conflicto que se plantea en un proceso dentro de la órbita del Derecho de Familia.

> Obviamente en los tiempos que vivimos es imposible no recurrir a la web cuando buscamos alguna información, es así que en Wikipedia se dice que el proceso judicial es: *"básicamente la exigencia constitucional para el desarrollo rogado de la jurisdicción. El proceso sirve a la satisfacción de los intereses jurídicos socialmente relevantes, siendo el medio constitucionalmente instituido para ello. En función del momento al que nos estemos refiriendo, el proceso tendrá diferente significado: En el* ***momento constitucional****, el debido proceso es el instrumento constitucionalmente previsto para la tutela de los intereses legítimos de las personas; En el* ***momento dinámico o procesal****, el proceso tiene ya un contenido concreto, y se trata de un proceso específico, que es la articulación concreta que posibilita el rogado desarrollo de la función jurisdiccional; El procedimiento consiste en el conjunto de normas jurídicas generales que regulan los trámites, actos y resoluciones a través de los cuales los jueces y*

tribunales ejercitan su potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, El concepto de ***proceso*** *es más complejo que el de procedimiento; no siempre que hay procedimiento existe un proceso. La confusión entre ambos es histórica; pero el Derecho procesal se ocupa del proceso y no del procedimiento, ya que si se emplea el término "procedimiento" se pueden producir algunos inconvenientes; Este término no es exclusivo del derecho procesal, ni tampoco del ámbito jurídico; Es un término que sólo alude a un aspecto formal o actividad externa, como es la mera sucesión de actos procesales. Pero el término "proceso" engloba una realidad más amplia; además del procedimiento legalmente previsto, incluye también las relaciones entre los sujetos intervinientes, las relaciones entre éstos y el objeto del proceso, etc. El proceso, además, aspira a una finalidad, que es la terminación o justa composición del litigio, y para llegar a ella emplea el procedimiento como medio. Todo proceso implica la existencia de un procedimiento; pero puede que exista un procedimiento sin que haya proceso alguno".*

Belluscio nos dice que se entiende por Proceso de Familia *"aquel que tiene por objeto la resolución de pretensiones y peticiones fundadas en el derecho de familia"*[5], agregando Kielmanovich que el mismo *"presenta una serie de principios o caracteres comunes derivados de su carácter, por lo general indisponible; de la calidad de las personas que intervienen o se ven afectadas por él, y de la finalidad de la tutela que persigue"*[6].

En este sentido sostiene Hernán Páges al referirse a las particularidades del Proceso de Familia que "se suelen señalar la acentuación de los poderes del juez, la intensificación de la función conciliadora, la colaboración

[5] BELLUSCIO, Augusto C. Derecho de Familia. T.-I., Depalma, Buenos Aires, 1975.p. 29
[6] KIELMANOVICH, JorgeL. Derecho Procesal de Familia 2da. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2008, p. 1

interdisciplinaria, la marcada necesidad del ejercicio de la inmediación, la gratuidad y el régimen especial en materia de costas, entre otras".[7]

Siguiendo con la búsqueda de información en el web, si introducimos la palabra "pericia" en el Google aparecen definiciones como las siguientes: *"Sabiduría, experiencia y habilidad en una ciencia o arte. Habilidad para resolver con acierto, facilidad y rapidez una cosa de cierta dificultad: tras el reventón de un neumático, solo la pericia del conductor evitó la tragedia. Impericia"*; o que es "*es la habilidad, sabiduría y experiencia en una determinada materia. Quien cuenta con pericia recibe el nombre de perito: se trata de un especialista que suele ser consultado para la resolución de conflicto"; o también que "Una pericia puede ser un estudio que desarrolla un perito sobre un asunto encomendado por un juez, un tribunal u otra autoridad, que incluye la presentación de un informe (el informe pericial o dictamen pericial). Este informe puede convertirse en una prueba pericial y contribuir al dictado de una sentencia***".**

Mientras que del informe pericial se dice que: *"…siempre incluye una descripción detallada del objeto, la persona o la situación en estudio, la relación de todas las operaciones practicadas durante la pericia con su resultado, la enumeración de los medios científicos y técnicos que se utilizaron para emitir el informe y las conclusiones"***.**

Por último respecto del perito se dice que: *"Un experto o perito es una persona reconocida como una fuente <u>confiable</u> de un tema, técnica o habilidad cuya capacidad para juzgar o decidir en forma correcta, justa o inteligente le confiere autoridad y estatus por sus pares o por el público en una materia específica. En forma más general, un experto es una persona con un conocimiento amplio o aptitud en un área particular del conocimiento"* o *"Los expertos son requeridos para dar consejos sobre su tema de especialización, aunque no siempre*

[7] PAGES, Hernán en Materiales de Derecho Procesal- "Topografía Elemental de los Procesos de Familia". Departamento de Publicaciones – Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires -2002, pág. 211

coinciden en sus apreciaciones con las opiniones aceptadas sobre ciertos temas específicos de su tema de estudio. Se cree que un experto puede, gracias a su entrenamiento, educación, profesión, trabajos realizados o experiencia, tener un conocimiento sobre un cierto tema que excede el nivel de conocimiento de una persona común, de manera tal que otros puedan confiar en la opinión del individuo en forma oficial y legal"[8].

III. Desarrollo

Habiendo precisado los conceptos, analizaremos ahora casos concretos en los cuales ha jugado un papel decisivo la intervención interdisciplinaria al momento de resolver el conflicto familiar planteado.

Ello es así porque contar con un equipo interdisciplinario resulta esencial al momento de tratar un problema de familia, debido a la valiosa mirada interdisciplinaria que le permite al juez tomar conocimiento de características del litigio que se le plantea, desde la óptica de profesionales de otras especialidades.

Veamos los casos:

Primer Caso: Privación de Patria Potestad

A modo introductoria podemos decir que las causales de Privación de Patria Potestad se encuentran previstas en el art. 307 del Código Civil Argentino, mientras que el procedimiento aplicable es el del proceso sumario según lo prescribe el art. 100 de la Ley Mendocina Nº 6354.

En este caso es la tía materna de la niña causante, en su carácter de Tutora Legal, quien solicita la Privación de la Patria Potestad, que se la autorice expresamente a otorgar sin el consentimiento paterno los actos previstos por el art. 264 quater del Código Civil Argentino y atento al reconocimiento tardío del progenitor se autorice a que la niña mantenga el apellido materno.

[8] Wikipedia

Fueron fundamentales al momento de resolver el presente caso la encuesta ambiental y vecinal practicada por una Trabajadora Social del CAI, como así también las pericias practicadas por la psicóloga del CAI a la niña y a la actora. De la primera pericia surgía que: *"La familia "X-Y" se constituye en un grupo familiar de estructura ensamblada y en una unidad doméstica económicamente activa…Infiero que la Sra. X (y su pareja el Sr. Y) se encuentran en condiciones de brindar contención socio-afectiva, y material básica a su hija y sobrina (niña causante); posee adecuadas habilidades parentales y conocimientos en relación a la crianza y proceso de desarrollo infantil. Es decir que cuenta con recursos personales suficientes para generar estrategias de cuidado y protección que garanticen los derechos de las niñas cumpliendo su función y rol parental…". Asimismo de la encuesta vecinal surge que "Los vecinos entrevistados manifiestan no observar situaciones conflictivas en la dinámica de la familia X-Y. Expresan que los adultos de la familia, y a cargo de las niñas presentes en la misma, muestran conductas responsables de cuidado y protección. Además de considerarlas personas laboriosas y conocidas en el lugar".*

En tanto que de la pericia psicológica surge respecto de la niña causante que: *"…la niña no evidencia vinculación alguna con su progenitor, los deseos y expectativas de la menor se centran en su grupo familiar de convivencia y grupo familiar materno externo…si bien en teoría para cualquier niño es conveniente mantener lazos con las familias paterna y materna, en este caso no sería conveniente en este momento someter a la niña a un nuevo proceso de adaptación…la niña no evidencia un adoctrinamiento expreso respecto de lo que debería decir en el ámbito judicial…sin embargo, más que cualquier influencia expresa en contra del progenitor, lo que la niña evidencia con claridad es la ausencia de vinculación con él…la misma sabe quien fue su madre y es su progenitor…no manifiesta ningún interés en mantener contacto con su progenitor dado que para ella la figura paterna la ejerce la pareja de su tutora….".* En tanto que respecto de la actora se concluye que *"…se encuentra capacitada para*

asumir la crianza de su sobrina…la tutora respecto de la niña ejerce la función materna y ocupa ese lugar para la niña…".

Todo ello fue corroborado por la niña al momento de ejercer de su Derecho de ser oída en presencia de la Asesora de Menores y su Curadora Ad Litem.

Como puede apreciarse, luego de la transcripción de las pericias, de no contar con estos elementos difícilmente se hubiese hecho lugar a la demanda teniendo en cuenta que la tendencia es que los niños permanezcan con su familia biológica.

Segundo Caso: Medida de Protección

En este caso la Medida de Protección fue dictada en el marco del proceso tutelar previsto en el art. 53 de la Ley Nº 6354, debido a que se trataba de un expediente que se había iniciado antes de la vigencia de la Ley Nº 26061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes que ahora pone el tratamiento de estas situaciones en la órbita del Poder Ejecutivo a través de la actuación de los Organos Administrativos Locales.

En este caso la abuela paterna denuncia en el Juzgado que sus nietos están siendo maltratados por la madre, que su hijo hace varios días que no sabe donde esta. Manifiesta que los niños se encuentran sucios, desnutridos y andan en la calle. Se ordena que una Trabajadora Social del CAI se presente el domicilio y proceda al traslado de los niños con adulto responsable al Juzgado a fin que sean revisados por el Médico del CAI y luego se mantenga una audiencia con el juez.

La Trabajadora Social remite un informe –explicitando que la técnica utilizada fue entrevista focal y observación- del cual surge que: ***"****Que la niña que encabeza la carátula del expte. Ya cumplió la mayoría de edad y ya no vive en el domicilio porque esta pareja. Como reacciona la pareja cuando se les informa de la medida: "…a las nenas las bañe ayer, pero a los chicos no…hoy en la mañana iba a hacerlo…a mi no me han avisado de que los iban a venir a buscar, sino los*

hubiera preparado…yo los quiero bañar para que después no digan que no los cuido…" –se les da el tiempo necesario para hacerlo. Durante el tiempo transcurrido de espera observé el espacio físico, y la dinámica y organización suscitada a partir de la medida a realizar. El espacio físico externo a la vivienda se encontraba en satisfactorias condiciones de higiene y seguridad: alambrado perimetral, canalización de líquido proveniente de canilla de agua potable de red; presencia de pasto verde corto, plantas y árbol regados, ropa lavada y extendida al sol y aire en tendederos de alambre. El espacio interno de la vivienda se encontraba en condiciones de orden e higiene apropiados, teniendo en cuenta las escasas dimensiones y estructura edilicia deficitaria …se evidencian indicadores de hacinamiento por cuarto y cama. La pareja se predispuso en mutua colaboración, a preparar los elementos necesarios para acondicionar a los niños: recolectar agua para calentar y bañarlos, descolgar ropa del tendedero, colgar los toallones a secar, vestir a los niños pequeños, impartir ordenes a los niños más grandes mediante expresiones verbales apropiadas "…cuidado, no se ensucien,,,jueguen, pero no se ensucien".

Tercer Caso: Violencia Familiar o Violencia de Género

Tal como lo estatuyen las leyes de Violencia Familiar o de Género, el Juez para el despacho o no de la medida de protección solicitada se basa fundamentalmente en las pericias psicológicas y/o médicas que se le realizan a la presunta victima y que luego pueden ordenarse respecto del denunciado, en algunos casos.

En este sentido el art. 3 de la Ley Nº 24417 de Protección contra la Violencia General le imponen al Juez la obligación de requerir "un diagnóstico de interacción familiar efectuado por peritos de diversas disciplina para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia…".

Las Dras. Ubertone y Ridolfi sostienen que "El reconocimiento de la familia como sistema explica no sólo el reproche social al que se hace merecedora la conducta del violento, sino su contrariedad con el ordenamiento jurídico. Además, desde lo normativo, esa visión integral permite garantizar los derechos de todos los implicados: el agresor, la víctima y los terceros (pertenecientes y ajenos al grupo familiar)[9].

Por último la Ley 26485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece en su art. 29 que *"Informes. Siempre que fuere posible el/la juez/a interviniente podrá requerir un informe efectuado por un equipo interdisciplinario para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre. Dicho informe será remitido en un plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, a efectos de que pueda aplicar otras medidas, interrumpir o hacer cesar alguna de las mencionadas en el artículo 26. El/la juez/a interviniente también podrá considerar los informes que se elaboren por los equipos interdisciplinarios de la administración pública sobre los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro, evitando producir nuevos informes que la revictimicen. También podrá considerar informes de profesionales de organizaciones de la sociedad civil idóneas en el tratamiento de la violencia contra las mujeres".*

Sostiene Graciela Medina que: "Nadie discute hoy la necesidad de un abordaje interdisciplinario de la temática de la violencia intrafamiliar. De allí la

[9] UBERTONE, Carolina Liliana y RIDOLFI, Verónica en el Libro dirigido por la Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI "Protección Contra la Violencia Familiar – Ley 24417. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2007- p. 99

importancia de los dictámenes periciales para probar su existencia y precisar las medidas a tomar”[10].

a.- En el primer caso se presenta una señora y denuncia ser víctima de violencia por parte de su hija y la pareja de ésta por diferentes motivos; agregando que su marido no la defiende. Que tiene problemas de salud, que le gusta ir al casino y que esta en tratamiento psiquiátrico. No solicita Medida, sino que pide se cite a su familia para que la dejen de maltratar.

Como primera medida de mantuvo audiencia con el marido de la denunciante y con la hija de ambos. Luego se ordeno practicar pericia por el CAI Salud Mental a la causante, pero la peritante solicito que atento a que contaba con antecedentes de la hija que contrastaban con lo denunciado, se citara a pericia a los denunciados.

La pericia de la denunciante arrojo el siguiente resultado: “*Presenta indicadores de personalidad anormal…no presenta alteraciones de conciencia…presenta tendencia a juicios totalizadores, sesgados por factores emocionales…tendencia marcada a idealizar y/o peyorativizar, sin relativizar sus apreciaciones respecto de situaciones o personas…se posiciona rígidamente en lugar de víctima…”*, mientras que de la realizada a los denunciados surge que: *”De la evaluación realizada resulta que no se detecta en los entrevistados indicadores de ejercer VIF. Con la información recabada se confirma que la Sra. G presenta rasgos anormales de personalidad, que fueron descriptos oportunamente y que generan dificultades en las relaciones interpersonales”.*

Previo a resolver se ordena practicar una encuesta ambiental en el domicilio debido a que había transcurrido ya un tiempo desde la denuncia, de la misma surgió que: “*No se evidencian obstáculos para la reproducción de la existencia individual, social y cotidiana. La problemática está centrada en el estilo comunicacional, de vinculación y resolución de conflictos. La situación de VIF*

[10] MEDINA, Graciela, Violencia de Género y Violencia Doméstica –Responsabilidad por daños.Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 263

vivenciada por la Sra. G y su familia, aparentemente ha sido un hecho coyuntural producto de las dificultades en la convivencia por el uso de espacios comunes. La Sra. G demuestra poseer recursos personales internos para planificar estrategias y conductas de autoprotección, apelando a la red institucional comunitaria".

En virtud de los informes periciales se ordeno el archivo del expediente debido a que la denunciante no había solicitado ninguna medida de protección y que tampoco surgió que cernía un peligro actual para la misma.

b.- En el segundo caso traído a análisis tenemos la siguiente situación: Se presenta la Sra. A al Juzgado manifestando que ha estado en pareja durante seis años con el Sr. B con quien tiene dos hijos L y J de 7 y 5 años respectivamente. Agrega que los problemas de violencia se suscitan porque el Sr. B quiere mandar en la vida de todos, que esta en tratamiento en el GAR con el Lic. G porque la habían mandado de la DINAF. Además ratifica todo lo denunciado en la Comisaría 20 del lugar y que por ello solicita come Medida de Protección la Prohibición de Acercamiento del Sr. B. Luego se presenta el Sr. B y manifiesta que el problema con la Sra. A se da porque no lo deja ver a sus hijos, que cuando los va a ver el padre de ella lo saca a pedradas. Manifiesta que el día anterior fue la Sra. A lo insulto delante de todos por lo que él después se quedo con la Directora de la escuela de los niños explicándole todo. Agrega que no entiende porque ella pide una prohibición de acercamiento si él no quiere estar cerca de la misma.

Se rinde prueba testimonial y pericial, de esta ultima surge que: "…la Sra. A presenta características personales (tendencia a la manipulación, a relacionarse instrumentando al otro) que promueven en el Sr. B emociones de ira e impotencia, que por su modalidad impulsiva puede expresar reaccionando agresivamente", agregando: "que atento a la modalidad de la Sra. A, potencia reacciones iracundas del Sr. B, se sugiere Prohibición de Acercamiento mutuo…".

Luego de la valoración de las pruebas rendidas se ordena como Medida de Protección la Prohibición de Acercamiento Recíproca.

IV. Conclusión

Luego de haber visto la aplicación de los conceptos que vimos al comienzo del presente trabajo, a casos que se presentan a diario en los Juzgados de Familia podemos concluir que es "real" el aporte que desde la mirada interdisciplinaria se la da al Juez para que arribe a una resolución más integral del conflicto familiar que esta juzgando.

V.- Propuesta

1.- En la mayoría de los procesos que tramitan en el Fuero de Familia es importante que se cuente con informes interdisciplinarios que pongan de relieve los distintos aspectos de la dinámica familiar o de las características de las partes que ilustren de la mejor manera posible la real situación a resolver.

2.- Que resulta necesario, en algunos casos, que el Juez se reúna o mantenga un contacto con el o los profesionales de las ciencias sociales que van a elevar el informe o realizar la pericia, con el objeto que se establezcan o se acuerden datos que indispensablemente deben constar en los mismos.

3.- Que en varios casos los auxiliares interdisciplinarios trabajen en forma conjunta para determinar, como por ejemplo en los casos de las Declaraciones de Determinación de la Capacidad o Medidas de Protección, la situación global en la que se encuentra el grupo familiar en conflicto.

4.- Que en los casos que se presente un alto grado de conflictividad o existan datos confusos o que permitan distintas interpretaciones, se fije una audiencia

del juez con los peritos intervinientes con el propósito de contar con los elementos necesarios que permitan la resolución no solo más ajustada a derechos sino la más integral a la situación planteada.

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA.

PONENCIA

Tema: El derecho de los niños a un contacto y comunicación regular con sus abuelos en la República Argentina.

Comisión 2: Derechos humanos, familia, niñez, adolescencia y justicia.

Autores

- Dr. Ernesto Daniel JULIÁN
- Dr. Sebastián Alberto MOHR

Datos del primer autor

Nombre y apellido: Dr. Ernesto Daniel JULIÁN

Dirección: Avda. Corrientes 545 Piso 1° Frente. (C1043AAF) Buenos Aires. Argentina.

Teléfono: (011 54) 5032-6320

Email: ernestodjulian@gmail.com

EL DERECHO DE LOS NIÑOS A UN CONTACTO REGULAR CON SUS ABUELOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.

"La natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las autoridades contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos"

(Corte Suprema de Justicia, en autos "M.D.H.c/M.B.M.F. s/ Tenencia de Hijos" del 29-4-2008, M.2311 XLII)

1.- INTRODUCCIÓN. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Hasta hace pocos años nadie planteaba como un tema jurídico el contacto de los abuelos u otros parientes con un niño o un adolescente; era una cuestión que se planteaba y se resolvía en el seno de la familia. Desde fines del siglo XX y en lo que va del XXI se han desarrollado tanto en el derecho positivo como en la doctrina y la jurisprudencia las normas y los principios generales que rigen para la consideración del derecho de los abuelos para reclamar un régimen de contacto y comunicación con sus nietos. En este trabajo nos proponemos analizar el derecho de los nietos y sobre todo el de los nietos de corta edad a

tener un régimen de contacto y comunicación con sus abuelos en especial y con su familia extendida en general. "Persona es todo ser humano". Esta obvia afirmación del art. 1.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) constituye el punto de partida esencial para un análisis de la interacción familiar. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sigue diciendo la citada Convención (art. 17.1) y su dinámica debe fundamentarse en el reconocimiento del "otro" como alguien distinto, con dignidad, proyectos, creencias y derechos sustentados en su ser personal.

El artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño establece 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 condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que tras la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños. El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección **efectiva** de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios – nunca sustitutivos – de los mecanismos

generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma sino fundada en la protección jurídica general.1

Los niños, niñas y adolescentes han dejado de ser meros objetos de protección para pasar a ser sujetos de derecho claramente individualizados. Su natural

condición de vulnerabilidad y dependencia y la incidencia directa o indirecta que tendrán en su desarrollo adulto muchas de las decisiones que se tomen en esa etapa inicial de su existencia, imponen para los distintos operadores del campo de la niñez no perder de vista esa perspectiva única y personal que corresponde considerar.

Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia al señalar que aquella regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto

de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derechos de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de sus padres.2

Es que la noción de "interés superior del niño" trasciende a la mera conveniencia o al difuso interés familiar. Con mucha más razón supera – y hasta podría oponerse – al interés de los padres.

Es que si se parte de considerar que la Convención constituye un explícito reconocimiento de un catálogo de derechos, se superan las expresiones pragmáticas del interés superior del niño y es posible afirmar que el mentado interés superior consiste ni más ni menos que en la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican.3

2.- EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS..

A continuación realizaremos una breve reseña de la evolución del tema que nos ocupa en el derecho comparado y en la República Argentina. El recorrido por los distintos regímenes jurídicos permitirá vislumbrar las diferentes maneras de focalizar la misma cuestión: el vínculo y la comunicación del niño, niña o adolescente con su familia extendida y, en particular, con sus abuelos.

2.1. Estados Unidos de Norteamérica.

En los Estados Unidos de Norteamérica el problema de la comunicación entre abuelos y nietos se ha planteado muchas veces ante los tribunales y ha tenido permanentes oscilaciones. De los sistemas que hemos elegido para dar un panorama del estado de la cuestión en el derecho comparado, el de Estados Unidos es, claramente, el que presenta el mayor contraste con lo que propugnamos en este trabajo. El primer antecedente regulatorio del derecho de los abuelos se encuentra en el estado de Nueva York y es del año 1966. Con anterioridad no había leyes que reconocieran tal derecho lo que significaba que a aquellas personas a quienes se les desconocía, carecían de recursos ante el commonlaw. Hoy, ese derecho de comunicación está aceptado en los cincuenta estados de la Unión aunque, en los hechos, la puesta en

práctica de ese reconocimiento dista de ser uniforme. Esa falta de regulación legal del tema hasta hace medio siglo era consistente con una cosmovisión individualista y liberal focalizada exclusivamente en el irrestricto respeto por la autonomía parental que era considerada como un valor en sí mismo. En la actualidad la regulación existe más la cosmovisión perdura. Los tribunales fueron reacios a menoscabar la autoridad de los padres privando de efecto a las decisiones que éstos tomaban con referencia al contacto de sus hijos con personas ajenas a la familia nuclear. Esta tradición del commonlaw, que tuvo protección constitucional desde los años veinte, se sustenta en la presunción según la cual los padres siempre actúan en el mejor interés de sus hijos, por lo que los conflictos en relación con el derecho de visitas constituyen una causa de daño potencial a los niños a quienes involucran. La autoridad parental es considerada como pilar del orden social por lo cual las decisiones de los tribunales deberían asentarse en los "lazos de la naturaleza" más que en las "órdenes judiciales coercitivas", con el fin de que se resuelvan los desacuerdos familiares4 En los años sesenta, como dijimos, las legislaturas de distintos estados comenzaron a desafiar esos antecedentes a favor de la autonomía parental y sancionaron leyes por las que se otorgaba derecho de visitas a los abuelos y otras personas. A principios de la década del noventa, las legislaturas fueron expandiendo esos derechos y definieron quiénes podían pedir las visitas y sobre la base de qué circunstancias, siempre teniendo en cuenta el mejor interés del niño.5 Nótese la primera aparición del término "mejor interés del niño". A mediados de los noventa, sin embargo, la doctrina y los fallos judiciales comenzaron a mostrar sus reservas ante la expansión de los derechos de los abuelos.

No obstante la renovada resistencia, en *King v King* la Suprema Corte de Kentucky apoyó la aplicación de la ley en una disputa entre los padres de una niña y su abuelo

paterno y confirmó la sentencia de un tribunal inferior que entendió que la visita era en el mejor interés de la niña y enfatizó en que el derecho constitucional de los padres de criar a sus hijos no es inviolable y que si el abuelo era física, mental y moralmente apto, correspondía que el nieto se beneficiase con ese contacto y debían estimularse las relaciones entre ellos.

Hacia 1995, el Tribunal de Apelaciones de Utah reportó que la mayoría de los tribunales sostenían la constitucionalidad de los derechos de los abuelos. La realidad vital parecía ganarle la pulseada a la ideología. No obstante, algunos tribunales superiores de los estados empezaron a cambiar su posición. Por ejemplo, la Corte Suprema de Tennessee sostuvo que cuando se trata de progenitores casados, esas leyes permisivas violaban la Constitución de ese estado. En el caso, se trató de una profunda disputa entre un matrimonio y los abuelos paternos respecto de la visita de dos niños, y la Corte criticó la decisión del tribunal inferior que impuso las visitas de los abuelos y obviaba la oposición de los padres, entendiendo de que se trataba de una virtual intrusión sin precedentes en la esfera protegida de la vida familiar, **insostenible a menos que se pudiera demostrar que la falta de contacto ocasionara daño a los niños**.6. Una verdadera inversión de la carga de la prueba.

En el año 2000, se produce un precedente muy importante. Se trata del caso "Troxel v. Granville"; una pareja conformada por Tommie Granville y Brad

Troxel que durante la convivencia tuvieron dos hijas: Natalie e Isabelle. En mayo de 1993 Brad se suicidó y en octubre de ese año, Granville informó a los padres de Brad que deseaba reducir las visitas de estos con sus nietas con el propósito de organizar su familia ensamblada con Kelly Wynnen. Los abuelos recurrieron a la justicia, fundando su pretensión en la Ley de Washington que permitía a cualquier persona pedir un derecho de visitas y autorizaba a los tribunales a su otorgamiento cuando era en beneficio del mejor interés del niño. Granville no se opuso al pedido, pero si a la cantidad de visitas. El

Tribunal Superior de Washington, dispuso más visitas que las que Granville pretendía por entender que era beneficioso para las niñas. Granville apeló, y encontrándose pendiente la resolución de la apelación, se casó con Kelly y éste adoptó a las dos niñas. El *Tribunal de Apelación de Washington* revocó la decisión y *la Suprema Corte de Washington* confirmó la decisión por entender que la ley interfería inconstitucionalmente con el derecho de los padres de criar a sus hijos. Otro giro hacia la disgregación familiar.

Desde este caso se han planteado muchos otros en los que se discutió el alcance de la protección constitucional de la autonomía parental. Varios tribunales se han inclinado por la constitucionalidad de la ley que reconoce el derecho de comunicación de los abuelos. Por ejemplo, puede mencionarse el caso "Butler v. Harris" del 2004, en el cual la Corte Suprema de California declaró la constitucionalidad de la ley que faculta a los tribunales a conceder un régimen de comunicación a los abuelos, aun cuando los padres se opusieran. Karen Butler apeló esta sentencia fundándose en "Troxel" y la Corte mandó el caso al tribunal inferior para que determine si, por los vínculos existentes entre los niños y los abuelos, las visitas servían al mejor interés de los primeros, y si el interés de los niños de estar con sus abuelos tiene un peso

mayor que el interés de los padres en decidir cómo deben ser criados sus hijos. La Corte de Apelaciones interpreta como aplicable el estándar que requiere una clara y convincente evidencia de que el niño podría sufrir un daño o potencial daño si no se ordenaran las visitas, ya sea para las acciones que se originan para pedirlas como para aquellas que tengan por objeto su modificación, por lo que las visitas de los abuelos podrían ser interrumpidas. A esta altura ya podría uno preguntarse si los tribunales norteamericanos daban alguna entidad al derecho de la niña a mantener un contacto regular con sus abuelos.

La ley de California permite a los abuelos ejercer su derecho de visitas en tres casos: a) cuando uno de los padres ha fallecido el tribunal puede otorgar visitas a los parientes cercanos de ese progenitor; b) también en un juicio de tenencia o cuando los padres no están casados, c) si se reúnen ciertas circunstancias, siempre teniendo en cuenta el mejor interés del niño. En este último caso el tribunal debe aplicar un estándar legal particular si ambos padres o quien tuviera la tenencia estuviera en desacuerdo con las visitas. Se trata de que el tribunal encuentre un vínculo preexistente entre el niño y los abuelos como prerrequisito para ordenar la visita, y para impedirla debe equilibrar el mejor interés del niño de visitar a los abuelos y el derecho de los padres que en el ejercicio de la patria potestad se oponen.

Desde “Troxel”, resuelto en el año 2000, varios tribunales tuvieron ocasión de reconsiderar la validez de sus leyes sobre el derecho de visitas de los abuelos, y si bien hubo resultados muy variados, se intentó acentuar, en su mayoría, la inconstitucionalidad de dichas leyes. Una tendencia en la interpretación aspira a que se mantenga la vigencia de las mismas en los casos en que los que la

familia nuclear ya no está intacta porque los padres no se casaron nunca o están divorciados o han muerto.

2.2. España.

En el derecho español, el artículo 160 del Código Civil (t.o ley 42/2003) dispone que no pueden impedirse sin justa causa las relaciones personales con sus abuelos y otros parientes y allegados. También se encuentra una referencia cuando se regula el divorcio. En el artículo 90 del Código Civil dispone que *"El convenio regulador a que refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos….B)* ***si se considera necesario, el régimen de visitas y de comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre el interés de aquellos.***

2.3. Francia.

Un interesante acercamiento al motivo de este trabajo se observa en el derecho francés. En este país, el artículo 371-4 del Código (t.o. ley 2002-305) establece: *"**El niño tiene derecho** a mantener relaciones personales con sus ascendientes. Solo motivos graves podrán obstaculizar este derecho. Si esto fuera en interés del niño, el jugeaux affaires familiares fijará las modalidades de relación entre el niño y un tercero, sea o no su pariente*".

Como puede observarse en el texto de la norma transcripta, el derecho no se pone en cabeza de los abuelos sino del niño, hecho que implica un notable avance en la comprensión de los intereses involucrados en la cuestión. No debe extrañar esta posición de vanguardia del derecho francés en tanto ha sido la *Cour de Cassation* quien dictó uno de los primeros precedentes en la materia que se conocen y que data del 8 de julio de 1857.

2.4. México.

Siguiendo la misma línea adoptada por otros países latinoamericanos (Puerto Rico y Chile, por ejemplo) la legislación mexicana resalta el papel que desempeñan los abuelos en la familia y en virtud de ello a través del art. 416 bis incorporado al Código Civil por la reforma del año 2010 dispone que ***"No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones entre el menor y sus ascendientes..."***

2.5. República Argentina.

Antes de la sanción y entrada en vigencia del art. 376 bis del Código Civil, la ley argentina no regulaba el derecho de contacto y comunicación (derecho de visitas) entre abuelos y nietos. El primer fallo fue dictado por la Sala 2da de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y hasta el año 1975 en que comenzó a regir el mentado art. 376 bis, las decisiones judiciales carecían de un sustento normativo. Es más, dado que sí estaba previsto que los abuelos tenían obligación de alimentar a sus nietos en caso de que sus padres no estuvieran en condiciones de hacerlo, podía darse el caso de que los mismos abuelos que sostenían económicamente a sus nietos fueran privados del contacto con ellos.

Los fallos anteriores al año 1975 fluctuaron entre el reconocimiento a los abuelos de un derecho "natural" a visitar a sus nietos y la "prudencia" al analizar los casos concretos a fin de no incurrir en un desconocimiento de las atribuciones paternas.El límite divisorio entre una y otra decisión pasaba por la difusa prevención de que las "visitas" no perjudicaran a los niños. Los derechos en pugna eran, como se ve, el derecho de los padres derivado de los principios de la patria potestad y el de los abuelos derivados de la naturaleza y los vínculos familiares. No se observaba aún ni en la jurisprudencia ni en la doctrina de la

época una mención al derecho de los nietos quienes eran meros objetos de protección al mantenerlos al margen de un contacto con sus abuelos que pudiera resultarles perjudicial.

La entrada en vigencia del art. 376 bis del Código Civil Argentino no sólo corrigió la asimétrica situación descripta en los párrafos precedentes entre la obligación alimentaria y el derecho de contacto de los abuelos sino que también produjo una renovación en los antiguos paradigmas. Un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictado en 1978 fue uno de los primeros en focalizar el análisis y la decisión del caso en el niño. En ese precedente, la Sala "A" de ese Tribunal señaló que *"Es conveniente que se mantenga la relación abuelos-nietos cuando de ello no puede inferirse daño físico o moral para los menores. Precisamente, el mundo actual lo pone de relieve cada vez más, son los abuelos llamados a integrar el núcleo familiar como componentes activos de eficaz colaboración en la formación y educación de los hijos*"7 Más recientemente, el mismo Tribunal, a través de la Sala "L" fue un poco más allá y resolvió que *el derecho de los abuelos a tener una adecuada comunicación con sus nietos es de carácter inalienable e irrenunciable, por lo que sólo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral, todo lo cual requiere la incorporación a la causa de elementos suficientes como para descartar la continuidad de las visitas. Es que el derecho de visita, además del contacto periódico del menor con sus abuelos, importa desde el punto de vista psicológico, tratarlo y mantener con él relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación…*"8 En el mismo sentido se han resuelto numerosos casos9

El progreso ha sido enorme; ya no se duda del carácter inalienable del derecho a una adecuada comunicación de los abuelos y los nietos ni de la carga de la prueba que pesa sobre quien invoca hechos de "extrema gravedad" para oponerse al mismo (recuérdese el precedente de la Corte de Tennessee que invertía la carga de la prueba al exigir como condición para admitir el contacto de los abuelos con los nietos, que se demostrara que aquél no era perjudicial para los niños). Sin embargo, en nuestra opinión, aún resta un largo camino por recorrer, muchas políticas públicas que revisar y, en lo que concierne a la órbita judicial, muchas estructuras, decisiones y actitudes que modificar. A ello apunta este trabajo y si hemos dedicado el espacio que antecede a realizar un contrapunto de épocas y evoluciones legislativas y jurisprudenciales ha sido por nuestro convencimiento acerca de la razón que tiene el psicólogo argentino Jorge Garaventa al señalar que "*es importante preguntarnos dónde estamos para saber cómo seguimos".*

3. FUNDAMENTOS.

La dinámica propia de las relaciones familiares hace difícil la elaboración de propuestas en abstracto. Esta dificultad, sin embargo, no impide trazar líneas generales cuyo alcance y aplicación quedarán sujetos a la evaluación que realice el juez ante cada caso concreto.

Uno de los cambios más trascendentes contenidos en la Convención de los Derechos del Niño (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por nuestro País por la ley 23.849) ha sido la consideración de los niños, niñas y adolescentes como "sujetos de derechos". Cuando las normas aplicables, tanto internacionales como locales, hacen referencia a la irrenunciable obligación de resguardar sus derechos y

garantías no hacen distinción alguna con relación a la edad con que ellos deben contar para ser titulares de tales derechos. Por

tanto, la diferencia que existe en este aspecto entre un recién nacido y un adolescente no es cualitativa sino exclusivamente referida a la modalidad de ejercicio de los derechos propios. A esto se refiere de manera explícita el art. 28 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños Niñas y Adolescentes al establecer el principio de igualdad y no discriminación: "*Las disposiciones de esta ley* ***se aplicarán por igual a todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna*** *fundada en motivos raciales, de sexo, color,* ***edad****…."* (el resaltado es nuestro).

Cuando el artículo 27 de la ley 26.061, a través de sus cinco incisos, confiere a niños, niñas y adolescentes los derechos y garantías que allí se enumeran, presupone en ellos una madurez y un discernimiento que les permitirán ejercerlos. La carencia de estos atributos por falta de edad suficiente no implica en modo alguno desconocerles a los niños de corta edad la titularidad de idénticos derechos y garantías. La cuestión queda establecida entonces en el modo de ejercicio de aquellos ya que, de manera coherente con la totalidad del ordenamiento jurídico en la materia, sea que se trate de un recién nacido o de un adolescente, el objetivo consiste en conferirles una real autonomía como sujetos de derechos.

Sobre la base de lo expuesto, nuestra primera propuesta a este Congreso es un pronunciamiento explícito en el sentido de que los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes consagrados tanto en las normas internacionales como en las locales alcanza por igual a todos ellos con independencia de su edad y a las diferentes modalidades de ejercicio.

El segundo aspecto de la cuestión es de índole procesal. El régimen de contacto y comunicación parte del criterio esencial de que el niño es sujeto (art. 3 inc. a)

de la ley 26061) y no objeto de las controversias que se desaten entre adultos. Por tanto se deberá reconocerle suficiente legitimación activa para plantear el reclamo judicial. De aquí se deduce el activismo y protagonismo judicial que regirá en la especie, teniendo en cuenta la obligación del Estado de intervenir para resguardar la salud psicofísica de los niños, niñas y adolescentes. Por supuesto que será un compromiso de los padres colaborar y facilitar el contacto de abuelos y nietos, por lo que corresponde adoptar las medidas del caso para desalentar una eventual actitud abusiva de aquéllos. Hacer realidad estas directivas implica habilitar una activa participación del niño en el proceso, tal como lo ordena la ley 26061. De lo expuesto se desprende entonces, la impronta claramente inquisitiva que deberán tener estos procesos, por lo que el tradicional carácter dispositivo del proceso civil quedará suprimido en todas sus manifestaciones. 10 Las categorías de "sujeto activo" y "sujeto pasivo" o, dicho de otro modo, de "parte actora" y "parte demandada" son más propias del derecho patrimonial y, por ello resulta difícil que encaje en el ámbito estrictamente personal del derecho de familia. 11

Con relación al tema que planteamos en este trabajo, esto es, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a un contacto regular con sus abuelos, ya sea que la pretensión se dirija de los niños hacia los adultos o de los abuelos hacia sus nietos, lo cierto es que la estructura del proceso no puede quedar ceñida a los esquemas clásicos que han sido pensados más desde la confrontación que desde la integración. Por el contrario es necesario reconocer que en este tipo de conflicto existen tres o tal vez cuatro sujetos involucrados: a) los abuelos b) los padres del NNA (que podrían desdoblarse en padre y madre en caso de que sus posiciones resultaran discordantes) y c) el niño, niña o adolescente. No obstante ello, en la generalidad de los casos en que los abuelos reclaman por

un régimen de contacto y comunicación con sus nietos, sus demandas se dirigen contra los padres quienes las contestan “en representación” de sus hijos. Si éstos tienen la edad y la madurez y discernimiento necesarios podrían ellos exigir que se los escuche, que se tome en cuenta su opinión, que se les permita participar en el proceso y, en general, que se respeten todos y cada uno de los derechos y garantías que les asisten y que conforman, como se vio, su interés superior. Así quedaría “integrada” la litis. Parte

actora, los abuelos; parte demandada, los padres en ejercicio de la representación legal que les corresponde; por último, **sólo en algunos casos**, participación del menor de edad involucrado. Cabe preguntarse dónde y de qué modo, dentro de este esquema, participan y son escuchados los niños o niñas que por razones de falta de edad o de discernimiento no tienen la posibilidad de llevar a la práctica los derechos que las normas le reconocen. En la misma línea se debe reflexionar acerca de la contradicción que significa que la representación de los niños o niñas en este tipo de procesos esté en cabeza de sus padres quienes podrían tener con respecto a ellos intereses contrapuestos. Son numerosos los casos que ofrece la realidad en los cuales se advierte con total claridad que las razones esgrimidas por los padres para impedir el contacto de los abuelos con sus nietos tienen que ver con sus propios conflictos y no con la situación personal de sus hijos. De no advertirse y remediarse esta situación mediante un enfoque integrador e interdisciplinario en el inicio mismo del conflicto se corre el riesgo de sustanciar un prolongado proceso judicial en el que se debatirán cuestiones que, tal vez, poco o nada tengan que ver con la relación entre los niños y sus abuelos. Un adolescente de quince años, por ejemplo, está en condiciones madurativas para hacerse oír y expresar, desde su propia interioridad y afectividad, su deseo; un niño de seis

meses, no lo puede hacer. Su voz es la voz de sus padres y con frecuencia sucede que ellos, por razones diversas, podrían no estar resguardando el derecho de los niños sino limitándose a expresar la resistencia que ellos mismos tienen contra la pretensión de los abuelos. Ante la sospecha de que pudiera hallarse configurado esta contraposición de intereses, sustentada en los informes interdisciplinarios que propugnamos, el Juez deberá designar un tutor especial en los términos del art. 397 inc. 1° del Código Civil cuya función será la de representar al niño, niña o adolescente y velar por el irrestricto respeto de sus derechos.

Por estas razones, y a fin de cumplir acabadamente las disposiciones legales que hemos enumerado a lo largo de este trabajo el Estado Nacional, los Estados

Provinciales o los Poderes Judiciales, según corresponda deberán arbitrar las medidas necesarias para abandonar los sistemas dispositivos propios del derecho patrimonial basados en criterios de confrontación y dotar a los procesos de familia en general y a los que se refieran al derecho de contacto y comunicación en especial, de los recursos interdisciplinarios indispensables y al Juez de las facultades judiciales inquisitivas e integradoras provistas de las medidas cautelares, las medidas anticipadas o autosatisfactivas que el caso concreto requiera y que permitan contar con un cuadro de situación rápido a fin de acompañar a las personas involucradas en la toma de decisiones o, en su caso, adoptar decisiones jurisdiccionales fundadas, eficaces y ágiles. El derecho de familia es un derecho de lo urgente y someter los conflictos humanos a prolongados debates judiciales propios de otros ámbitos **no es cumplir la ley sino ignorarla.** Entre el embarazo y los dos años se define

buena parte de los recursos cognitivos y afectivos de las personas. De hecho hay nutrida literatura sobre ese momento que define el resto de la vida y que no es otra cosa que una "ventana de oportunidades" para dotar a ese niño o niña de cosas fundamentales para su desarrollo futuro 12 En la relación de los niños con sus abuelos o su familia extendida, ese tiempo es irrecuperable.

4. PROPUESTAS.

a) Los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes alcanzan por igual a todos ellos con independencia de su edad y de las diferentes modalidades de ejercicio.

b) Desde su nacimiento el niño tiene derecho a mantener contacto y comunicación regular con sus abuelos y a ejercer, a través de las representaciones que deberán otorgársele, las acciones conducentes a hacer efectivo ese derecho. El contacto con sus abuelos debe ser la regla y no la excepción. Por ello, pesará sobre quien alegue peligro o inconveniencia de ese contacto la prueba de los hechos reveladores de tales circunstancias.

1 CILLERO BRUÑOL Miguel, "EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO", publicado en la web, www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf.

2 C.S.J.N. fallo del 2 de agosto de 2005, S.1801 XXXVIII autos S, C. s/ Adopción.

3 CILLERO BRUÑOL Miguel, obra citada.

4 WAGMAISTER Adriana "Jurisprudencia norteamericana. Troxel v. Granville. La Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica define la extensión del derecho de visitas de los abuelos en función de la autonomía de los

padres". Revista de Derecho de Familia N° 29 LexisNexis-AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2004, pág.226 y ss.

5Idem nota 4.

6Idem nota 4.

7CNCiv. Sala "A" fallo del 18 de abril de 1978 publicado en ED 82-240.

8CNCiv, Sala "L" fallo del 5 de junio de 2008, Lexis N° 70047192.

9CNICiv, Sala "F" R. 561.445 del 31 de octubre de 2011, Idem Sala "M" fallo del 19 de febrero de 2014, RDF, 2014-IV, Pág. 21 y ss, entre otros muchos.

10 Argumento análogo al expuesto por Mizrahi Mauricio en "Régimen de comunicación del padre con los hijos" L.L. del 10/3/2014.

11 Idem nota 10

12 Nota periodística "Primera Infancia. Los mil días que pueden cambiar el destino de una vida", Diario La Nación, Suplemento Enfoques del 31 de agosto de 2014

c) En los supuestos en que existan fundadas sospechas de intereses contrapuestos entre el niño o niña y sus padres ante un reclamo judicial formulado por los abuelos, el Juez deberá designar un tutor especial que represente a aquéllos.

c) El Estado Nacional, los Estados Provinciales y los Poderes Judiciales, según corresponda, deberán arbitrar las medidas necesarias para abandonar los sistemas dispositivos en los procesos de familia y estructurar los mismos en torno a un sistema inquisitivo y con los recursos interdisciplinarios indispensables que permitan al Juez tener una visión integral del problema humano y tomar decisiones rápidas y eficaces.

Los autores autorizan a la ALAMFP y ONAF a publicar la ponencia en edición impresa, digital a través de la Internet, o cualquier formato electrónico, en documentos institucionales

DATOS PERSONALES AUTORIZADOS A PUBLICAR

***AUTORES**:*

Dr. Ernesto Daniel JULIÁN, Abogado, Ex Secretario de la Justicia Nacional en lo Civil. Ex Profesor de los Cursos de Capacitación Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. Ex Profesor de Derecho Civil I en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina.

Dr. Sebastián Alberto MOHR, Abogado, Prosecretario Administrativo de la Justicia Nacional en lo Civil. Doctorando del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino. Ex Docente Universitario de la Universidad Católica de Salta.

Pensar sistémicamente: un desafío y una necesidad en los Agentes de Pastoral Familiar

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN PADRES ADOLESCENTES.

Autor: APROSOFF, Rodolfo Christian; AVILA de TORRENTE, Adriana.

Breve descripción del contenido:

El reconocimiento de las familias y sus relaciones personales han modificado el derecho de familia desde sus cimientos con la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional).

Entre esos cambios las personas comenzaron a asimilar la igualdad entre el hombre y la mujer para la crianza y educación de los niños, y con ello tanto los padres como sus hijos van incorporando el concepto de capacidad progresiva lo que conlleva a aprender y respetar la autonomía de la voluntad de los niños y adolescentes a medida que crecen. Todo este proceso de cambio, hizo que el derecho de guarda y custodia de los padres respecto de los hijos no sea considerado como exclusivo de una de las partes en caso de divorcios o separaciones, sino que se presenta como una responsabilidad de ambos progenitores para lograr que el niño/a pueda desarrollarse y desenvolverse en un ambiente adecuado, ya que admite que la misma sea ejercida por ambas partes, por acuerdo de partes o por decisión judicial fundada en el interés superior del niño y el adolescente.

En el recientemente aprobado Código Civil Argentino que tendrá vigencia a partir del 1 de enero de 2016 describe la responsabilidad parental de la siguiente manera:

> *"ARTÍCULO 638.- Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".*

Con este artículo la intención de la ley fue armonizar el instituto de la responsabilidad parental con la Convención sobre los Derechos del Niño[11] lo que deberán aplicarse en cada caso en particular porque el DERECHO DE LAS PERSONAS ES ARTESANAL.

El art. 644[12] del aprobado código civil establece que los progenitores adolescentes, estén casados o no, ejercen la responsabilidad parental de los hijos, pudiendo decidir por sí mismos realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación o salud.

En base a este cambio de la patria potestad a responsabilidad parental surge el desarrollo de artículos sucesivos al mismo, determinando las responsabilidades que recae sobre los padres pero la responsabilidad parental no encuentra claros límites cuando se refiere a padres adolescentes solteros que le darían mayor autonomía para la decisión en la educación y desarrollo de sus hijos que se volverían contrarias a las leyes actuales.

Antecedentes doctrinarios, legales y jurisprudenciales (Fundamentación):

La autonomía de la voluntad en si misma se la debe considerar como un principio a la libertad a contratar[13] pero con los límites inherentes entre otros, por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, que les son otorgados a las personas para decidir sobre sus bienes y los bienes de sus progenitores orientándolo a la responsabilidad parental.

---

[11] Art. 5. Convención sobre los derechos del niño. Los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.

[12] ARTÍCULO 644. Nuevo Código Civil- Progenitores adolescentes. 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. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.
El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

[13] Alterini A.A. *Derecho privado, parte general* (3ª ed.) – Buenos Aires – 1997. Página 364

Lloveras[14](2008) a su vez refiere que la autonomía de la voluntad encuentra su base en la primera oración del artículo 19 de la Constitución Nacional, "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". Con este principio se logra impedir que se violente o se restrinja arbitrariamente la libertad individual, social y de la familia que es la base de toda sociedad.

Así mismo la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares, gozan de lazos de libertad y respeto, que adquieren saludable dimensión constituyendo un pilar fortalecedor de una sociedad, y que el estado debe garantizar el máximo espacio de libertad e intimidad personal y familiar para generar un fortalecimiento de los derechos humanos, de cada uno de sus integrantes.

Con todo lo referido en los párrafos anteriores, Lloveras[15](2008) define que desde la doctrina se reflexionó sobre la autonomía de la voluntad al derecho de familia al sostener que Diez-Picazo dice, que la expresión autonomía privada lo atribuye como un poder imputado para autodisciplinar sus propios intereses y ser autorregulados con el interés del grupo familiar y de la sociedad. Además introduce la definición de acto jurídico familiar que se lo ha definido como *"el acto de autonomía de las personas que tienen por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídico familiar".*

Domínguez, Fama y Herrera[16](2006) aclaran que la autonomía expresada en la Convención del Derecho del Niño no se encuentra correlacionada con el concepto de capacidad en nuestro vigente Código Civil y que con ello resulta necesario armonizar la legislación civil con nuestra Constitución Nacional, con el fin de respetar los derechos fundamentales de los niños.

---

[14] Lloveras S. *Derecho de familia desde la Constitución Nacional*. - Buenos Aires – 2008. Página 107.
[15] Lloveras S. *Derecho de familia desde la Constitución Nacional*. - Buenos Aires – 2008. Página 274
[16] Gil Domínguez, A., Fama, M.V., Herrera, M. *Derecho constitucional de familia. Tomo I* – Buenos Aires – 2006. Página 530.

De esta manera se concluye que en la actualidad los niños necesitan representación legal de sus padres para el ejercicio de ciertos derechos que les son atribuidos para sí, en las relaciones jurídicas con excepción de aquellos que le son específicamente permitidos.

Otro punto a destacar es el **principio de autonomía progresiva en adolescentes**, el mismo está consagrado en el art. 5 de la Convención del Derecho del Niño reconociendo facultades conformes a su desarrollo y que ponen en juego derechos personalísimos, entre ellos **elegir su educación y el derecho de otorgar en guarda preadoptiva a sus hijos**[17]. Todo esto basado en el derecho a recibir información de toda índole referida con la salud a cumplirse y en todos los asuntos que le conciernen y lo involucran. Este derecho comprende implícitamente el cuidado y decisión acerca de su salud reproductiva.

Méndez Costa[18](2006) sostiene que la autonomía personal es limitada porque en la convivencia familiar exige mutuo respeto y poder regular las conductas o comportamientos de cada uno de ellos sin violar las fronteras de la moral y el bien común.

Ya definida la doctrina predominante sobre la autonomía de la voluntad en la familia nos introducimos en lo que refiere a la responsabilidad parental iniciando con la legislación vigente y la tendencia que marca el aprobado Código Civil.

Recientemente en nuestro país se han unificado las leyes nacionales en un digesto jurídico, entonces la ex Ley 26.061, ahora digesto jurídico argentino identificado como H2863, que en su artículo 7 dice:

> *"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.*

[17] Llaveras N. *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes.* –Buenos Aires – 2011. Página 63
[18] Méndez Costa M.J.M. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia.* – Buenos Aires – 2006. Página 231.

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".

En este artículo refiere las garantías y responsabilidades que ostentan los progenitores sobre sus hijos, si bien tratan al padre y a la madre de igual manera en sus derechos y obligaciones, es válida para cualesquiera que sean sus progenitores sin importar la edad de estos últimos.

Marisa Herrera[19](2007) refiere a un fallo en cuanto a la autonomía de un adolescente, en el cual el Tribunal local del Juzgado Primera instancia civil comercial, Conciliación y Familia de Villa Dolores diferenció la capacidad para los actos jurídicos[20] de aquella que se necesita para los hechos jurídicos[21]. Donde sostiene que:

"Hay acciones que implican el ejercicio de derechos personalísimos como el derecho al cuidado del propio cuerpo y salud —desde higienizarse, realizar una consulta médica, tener una vida sexual, adoptar prácticas anticonceptivas lícitas, etc.— que, por lo general, no tienen por finalidad la modificación de un derecho subjetivo o el establecimiento de una relación jurídica, o sea, no se concretan en "actos jurídicos" (art. 944 Código Civil Argentino vigente), sino que forman parte del espectro de acciones simplemente permitidas (hechos o actos lícitos) y que no resultan negociables (art. 899 C.C.)", concluyéndose que "El ejercicio de estos hechos no se encuentran

[19] Herrera, Marisa. 2007. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. Página. 27.

[20] Art. 944C.C. Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

[21] Art. 899. Cuando los actos lícitos no tuvieren por fin inmediato alguna adquisición, modificación o extinción de derechos sólo producirán este efecto, en los casos en que fueren expresamente declarados.

alcanzados por el régimen de capacidad/incapacidad de las personas, toda vez que estos conceptos se vinculan al sistema de protección de los intereses de las personas sujetas a representación, pero estrictamente en cuanto a los actos jurídicos que las mismas puedan celebrar".

En la actualidad, se observa que en el vigente código civil, en su artículo 264 bis, refiere que no ejercerán la patria potestad, si los padres fueren menores o estén privados para ejercer la misma, en consecuencia se ejercerá la tutela sobre el progenitor quien tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, sin tener en cuenta la opinión del menor:

"Art. 264 bis. Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad."

El recientemente aprobado código civil propone la responsabilidad parental eliminando la patria potestad, basándose en la convención sobre los derechos del niño:

"ARTÍCULO 638.- Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".

Este artículo ha sido presentado acorde a los artículos 18 y artículo 19 de la Convención sobre los derechos del niño[22] declarado en el año 1990 por

[22] **Artículo 18**
1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

UNICEF[23] con la intención de mantener el vínculo del niño con sus progenitores aun cuando estos últimos se encuentren separados con el fin de que prevalezca el interés superior del niño.

El aprobado código civil regula un régimen de ejercicio de la responsabilidad parental limitada por los progenitores adolescentes, pues se funda en el principio de autonomía progresiva y reconoce que los progenitores adolescentes pueden llevar adelante los actos de la vida cotidiana de los hijos, siendo ellos los protagonistas y principales responsables de dicha crianza con ciertas limitaciones referidas a los actos de gravedad o envergadura, para los cuales se requiere el asentimiento de cualquiera de los progenitores de los padres adolescentes, sin la necesidad de que uno de ellos deba ser designado previamente tutor de su nieto.

Nuestra maestra Nora Lloveras[24] (2008) sostiene que ambos padres actúan compartiendo la responsabilidad parental ya sea conviviendo o no.

La jurisprudencia especializada abona esta postura, como es el fallo expresado por Lloveras[25](2008) por la SCJ de Buenos Aires, que dice: "*tenencia compartida: permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos padres en las funciones de*

---

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

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.

Con este artículo la intención del proyecto se considera que fue positiva al intentar armonizar el instituto de la responsabilidad parental con la Convención sobre los Derechos del Niño pero aún los límites no se encuentran claros de que manera deben aplicarse en cada caso en particular.

[23] Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (United Nations Children's Fund) o Unicef es un programa de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con base en Nueva York y que provee ayuda humanitaria y de desarrollo a niños y madres en países en desarrollo.

[24] Lloveras S. *Derecho de familia desde la Constitución Nacional*. - Buenos Aires – 2008. Página 373.

[25] Lloveras S. *Derecho de familia desde la Constitución Nacional*. - Buenos Aires – 2008. Página 375.

educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador, atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo; incentiva a ambos a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; evitan que existan padres periféricos; posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder; la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos; el hijo se beneficia con la percepción de sus padres continúan siendo responsables frente a él".

Finalmente aclara que siempre el juez podrá disponer la atribución de la patria potestad o la responsabilidad parental a favor de uno de los progenitores si no estimara adecuada la patria potestad compartida.

Siguiendo al mismo autor expresa que las expresiones tenencia compartida, patria potestad compartida, responsabilidad parental compartida, guarda compartida y análogas, siempre están referidas al alcance de compartir por los padres la crianza y educación de sus hijos.

Otro punto a considerar en esta revolución de pensamiento y reconocimiento de derechos del adolescente es la maternidad adolescente que compromete los llamados "derechos sexuales y reproductivos", los cuales se encuentran avalados por la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención sobre los derechos del niño y que además involucra las políticas públicas destinadas a que estas madres puedan hacerse cargo de sus hijos y no queden obligadas a la única opción que era la entrega en adopción por problemas sociales y económicos[26] (Herrera y Spaventa, 2008).

Hoy se reconoce a la mujer adolescente con el derecho de decidir sobre su propio cuerpo fundado en el consentimiento libre e informado y su voluntad debe ser tenida en cuenta por lo tanto, el pensamiento del adulto de sus padres debe restringirse a la voluntad de la niña/adolescente y del padre del

[26] Herrera M., Spaventa C. Familia monoparental. –Buenos Aires– 2008. Página 61.

hijo en gestación y en caso de duda o falta de reconocimiento podrá judicializarse con la contención y participación de la Asesora Civil de Familia e Incapaces y el Abogado del niño (gestante y de los adolescentes padres).

Este avance y reconocimiento de derechos de todos los protagonistas ha dado un vuelco importante en la vida jurídica y diaria de las personas en desarrollo, al reconocerles su capacidad progresiva, con ello su derecho a decidir y esto conlleva al mejor entendimiento de la niña adolescente con sus padres y con su hijo/a.

CONCLUSIÓN:

Desde la Patagonia austral, tierra de los vientos, resulta fundamental el interés superior del niño como lo declara en su Constitución la Provincia del Chubut. Con la aprobación del nuevo Código Civil se busca dar más autonomía al adolescente con respecto a sus decisiones en cuanto a derechos personalísimos y actos jurídicos que en su medida y dependiendo del grado de madurez permita al mismo desarrollarse plenamente y generar una relación sana con su progenitor.

Así se pretende que los padres adolescentes puedan desarrollarse plenamente en sus actos cotidianos, que no sean discriminados ni condicionados en el vínculo con sus hijos y de esta manera que puedan tomar decisiones que tengan como precepto el interés superior del niño.

Una clara situación que definiría los límites de la autonomía en los padres adolescentes sería la intromisión del “abuelo/a”, cuando se presenta una situación de enfermedad donde el hijo de los adolescentes “nieto” requiera una trasfusión de sangre o bien un tratamiento que le permita salvar su vida, pero el tutor o padre/madre del adolescente se opone por una creencia religiosa, esta es una situación problemática que crea conflicto en virtud del interés superior del niño con respecto a su salud en concordancia con la opinión del adolescente contra la de su tutor, el caso se judicializaría con la contención y participación de la Asesora Civil de Familia e Incapaces y el

Abogado del niño, con un claro apoyo a favor del adolescente y su progenitor en la resolución del caso.

En el derecho comparado se observa como actuarían en diferentes países según su legislación interna.

Así en el Derecho Civil Español dispone en su artículo 157 de su código Civil que: "*El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez.*" A su vez la emancipación puede producirse con la concesión de los que tienen la patria potestad sobre el menor a los 16 años (art. 315 C.C.) o bien con la concesión judicial (arts. 320,321). Cabe recordar que en este país, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años.

En el código de familia de la República de El Salvador donde la mayoría de edad también se adquiere a los 18 años, establece que: "*el padre y la madre menores de edad, ejercerán la autoridad parental sobre sus hijos, pero la administración de los bienes y la representación en actos y contratos relacionados con los mismos, será asumida por los que tuvieren la autoridad parental o la tutela de los padres, quienes la ejercerán conjuntamente. En caso de desacuerdo la decisión se tomará por mayoría.*" Según esta codificación el adolescente podrá ejercer la autoridad parental en aspectos tales como como cuidado personal, educación, formación religiosa, salud entre otras que importen en su formación. Pero todo lo relativo a la administración de bienes corresponderá a quien ejerza la patria potestad o su tutor.

En los códigos de Perú y Bolivia también contemplan esta situación expresando en sus artículos solo situaciones previstas en que la guarda sea ejercida por la madre. En el texto que refiere al código de familia de Bolivia reza: *"La autoridad sobre los hijos reconocidos por sus padres se ejerce por el que tiene la guarda de sus hijos. Esta guarda corresponde regularmente a la madre, aunque sea menor de edad".* En el artículo 421 del C.C. peruano expresa: *"La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al*

hijo, el juez de menores determina quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y al sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados de los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto a la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad."

Nuestra conclusión es dejar actuar, reconocer a los adolescentes padres la capacidad progresiva real y efectiva, en todos los actos de la vida diaria a fin de que puedan desarrollarse como personas íntegras al haber apostado a una vida, sosteniéndolos y conteniendo sus miedos.

Los adolescentes son personas en crecimiento y necesitan el acompañamiento del adulto, pero no por ello deben dar su hijo en adopción; hemos evolucionado y lo seguiremos haciendo con educación, dialogo y fortalecimiento de las bases de una sociedad más saludable ética y socialmente donde el otro es escuchado y valorado.

Celebramos la tendencia actual en toda Latinoamérica en reconocer a la persona como tal y sobre todo en entender que el adolescente tiene miedos, más que el adulto y de sus necesidades afectivas, y para el caso como el que nos ocupa donde además está gestando un nuevo ser, debemos ocuparnos como adultos de esta nueva vida.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina:

- AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA MARISA (2014). La familia y el nuevo derecho. Tomo I y II. Buenos Aires. Ed. Rubinzal.
- DOMINGUEZ GIL, A., FAMA, M.V., HERRERA, M. (2006). Derecho constitucional de familia. Tomo I y II.

- LLOVERAS, SALOMÓN (2008). El derecho de la familia desde la Constitución Nacional. Buenos Aires. Editorial Universidad.
- FLAH, FODAR, DEL ARBOL (2011). Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Buenos Aires. Errepar.
- HERRERA, M. (2007). *Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino*. En: Justicia y Derechos del Niño Nº 11. Santiago, Chile: UNICEF, pp. 107 -144. ISBN 978-92-806-4479-1. Con referato.
- TASLE DE FERREYRA (2009) El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios. Córdoba. Multigraf.
- LLAVERAS, N. (2011) Los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Córdoba. Alveroni Ediciones.
- MENDEZ COSTA, M.J.M (2006) Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores.
- GARCIA MENDEZ. (2006) Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061- Buenos Aires - Compiladores Ediciones del Puerto.
- ALTERINI A. A. (1997). Derecho privado, parte general. Introducción Derecho civil y comercial. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- BARBERO N. (2014) Protección internacional de los Derechos Humanos. Tomo I, II y III – Buenos Aires – Rubinzal – Culzoni.
- HERRERA M., SPAVENTA C. (2008). Vicisitudes y derechos de las madres solas a cargo de sus hijos. Grosman C. *Familia monoparental* (pp. 60 – 68). Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.

Jurisprudencia:

- CApel.Civ. y Com. Dolores (Provincia de Córdoba)"M. G. R. c/ E. A. I. L. s/ regímen de visitas" (2008)

- S.C.J. de la Provincia de Buenos Aires "B., G. S. c/ M.G., R. A. Incidente de modificación de régimen de visitas" (2007)
- CApel.Civ. y Com. Azul (Provincia de Buenos Aires), "A., S. c/ T., M. C. s/tenencia." y "T., M. C. c/ A., S. s/tenencia" (2009)

Legislación:

- Constitución Nacional Argentina. Artículo 19, Artículo 75 inc. 22.
- Código Civil Argentino, vigente. Artículo 264 bis.
- Nuevo Código Civil Argentino 2014. Artículo 638 y 644
- Convención sobre los derechos del niño.
- Convención Americana de los Derechos Humanos.
- Ex Ley 26.061. Artículo 7.
- Constitución de la provincia del Chubut, Argentina
- Código Civil Español
- Código Civil de El Salvador
- Código Civil Peruano
- Código de Familia Boliviano

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA.

Natal, Brasil del 12 al 14 de noviembre de 2014.-

COMISION N° 2: Derechos Humanos, Familia, Niñez, Adolescencia y Justicia

Subtema: Derechos Humanos y el nombre de las personas.

Título de la Ponencia:

La necesidad de reforma del régimen legal del nombre en la República Argentina a fin de garantizar la tutela efectiva del derecho a la identidad de las

niñas, niños y adolescentes.

AUTORAS:

Dra. Alicia Ana Galletto

Dra. Maria Paula Mangani.

Juezas del Tribunal Colegiado de Familia N° 4 de Rosario.

Balcarce N° 1651 P.B. Rosario

Rep. Argentina.

INTRODUCCION:

La actual reglamentación del derecho al nombre según la normativa interna en nuestro país no garantiza la tutela efectiva del derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes involucrados, en el marco de los derechos humanos reconocidos a través de su constitucionalización a partir de la vigencia del denominado "bloque constitucional" conforme la reforma de 1994.

Tradicionalmente nuestro derecho constitucional no se ha ocupado de manera expresa acerca de la regulación jurídica del nombre de las personas. Siempre había sido, en este orden de ideas y de experiencias, una cuestión reservada a las elaboraciones del derecho civil, cuyo punto culminante como marco disciplinatorio ha estado dado por la ley 18.248, dictada en el año 1969.

Cualquier otra referencia que excediese el citado dispositivo y que se proyectase hacia un plano supra legal, había que buscarlo en el campo vasto y fecundo de los derechos implícitos albergados en el art. 33 de la Constitución.

Ahora bien, es sabido que la reforma constitucional federal producida en el año 1994 aumentó, de forma directa o indirecta, la explicitud

de los derechos reconocidos, decreciendo o aminorando el terreno de los silencios o derechos implicítos.

El derecho al nombre prosiguió en la dimensión tácita a nivel constitucional formal, ya que el constituyente revisor no acometió la tarea de plasmar las prerrogativas personalísimas en el texto de la ley suprema. Empero, algunos de los diez documentos internacionales de derechos humanos a los que el art. 75 inc. 22 de la constitución Nacional vino a asignarles jerarquía constitucional supieron reconocer esa jerarquía constitucional al derecho al nombre. Así, de manera genérica, el art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos vinieron a rellenar, cada uno con sus matizaciones, el mutismo del legislador fundamental. Similarmente, emanaciones de esta prerrogativa o potestad pueden ser detectadas en instrumentos con destinatarios específicos, como ser el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño o el art. 16 párrafo 1° inc. g) de la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la mujer.

Por vía de principio, éstos enunciados son normas de textura abierta, que posibilitan el despliegue reglamentario en sede interna. Incluso el propio pacto de San José de Costa Rica, hace una remisión a la Ley, con lo cual vendría a cerrar el edificio preceptivo. ("El realismo jurídico y el derecho al nombre"; Walter Carnota, J.A. 1996-III-329).

La regulación del nombre, en especial de niños, niñas y adolescentes, es uno de los casos, en los que es necesario adecuar la norma interna al marco de la perspectiva de los derechos humanos por su trascendencia dentro del derecho a la identidad.

"El concepto jurídico de identidad se define como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad; es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro" (conf. Gil Dominguez, Andrés- Famá, María Victoria- Herrera,

Marisa, Derecho Constitucional de Familia, T. II, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 708; voto en disidencia del Dr. Petracchi en Fallos: 313:1113). Por eso, la identidad abarca la historia biológica y todo aquello que contribuya a la proyección social. Es la suma de todos estos eslabones lo que permite a todo individuo convertirse en persona al poder desarrollarse como único e irrepetible frente al resto. De ello se sigue que la biología no es la única verdad que prima en el derecho de filiación, sino que ésta se combina con la cultura, lo social, lo psicológico. Aquí es donde se conjugan las fases estática y dinámica que integran la identidad de una persona" (Ver. Gil Dominguez, Andrés- Famá, María Victoria- Herrera, Marisa, op. cit., p. 836; Krasnow, Adriana N., "La filiación por naturaleza y la aplicación de normas de jerarquía constitucional", LL 2006-B, 831).-

Si bien el nombre se percibe en la vertiente estática de la identidad, su vertiente dinámica traerá consigo la consecuente modificación de este atributo de la personalidad y las herramientas del derecho interno se tornan insuficientes, y en algunos casos contradictorias respecto de la regulacion especifica para algunos institutos.

Tal como habremos de señalar en nuestra ponencia, la falta de regulación o la regulación deficiente resulta contradictoria con los derechos reconocidos en el marco jurídico de los derechos humanos y por ende, no supera el control de constitucionalidad y convencionalidad, por lo cual reclama su adecuación legislativa.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en el caso Ekmekdjian vs Sofivich y otros) consagró la operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales y la necesidad de adecuación normativa y jurisprudencial a tales preceptos en los términos del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -ratificada por nuestro país por Ley 19.865- so pena de generar la responsabilidad del Estado por no cumplir con los deberes a los que se ha obligado al firmar tales acuerdo.

El deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos fundamentales no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la obligatoriedad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en el terreno de la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Las normas constitucionales son operativas, sólo así se puede comprender por qué la concepción de los derechos fundamentales ha sufrido trascendentes transformaciones, que exigen reformular los deberes y obligaciones a cargo del Estado para lograr su concreción progresiva.

LA IDENTIDAD Y EL NOMBRE

En un orden constitucional en el que la persona y su desarrollo material y espiritual constituyen un fin en sí mismo, el derecho a la identidad personal ocupa un lugar esencial.

Su aspecto estático -nombre, filiación, estado de familia, nacionalidad- ya venía suficientemente acogidos dentro del plexo de los derechos personalísimos, que se extendió a la identidad en su faz dinámica, social, existencial, como verdad biográfica de cada persona, que vive su vida como un proceso de autocreación. Verdad biográfica que construye cada persona, ser uno mismo es serlo socialmente y en esta proyección social de la identidad personal, susceptible de ser lesionada externamente, como bien jurídico, merece la tutela del derecho.

Como verdad personal, propia, sin la potestad de cada sujeto de crearse y recrearse y proyectarse socialmente como quiere mostrarse y ser conocido, nada quedaría del paradigma constitucional basado en la libertad. La construcción de nuestra imagen no es sino el ejercicio del derecho a la identidad, y un ordenamiento constitucional que se resume en la libertad y la intimidad, en el reconocimiento y efectiva realización de los derechos

fundamentales implica, sin dudas, garantizar un marco en el que desarrollarlos.

La identidad se materializa en la imagen que transmito en el comportamiento social, para lo cual tenemos derechos, para vivir en sociedad.

La identificación, como requisito impuesto por el Estado en ejercicio de la reglamentación infraconstitucional de los derechos , debe adecuarse a la verdad propia que propongo a la sociedad.

Cada identidad e imagen se crea en un proceso autorreferencial y la identificación debe materializar este proceso y adecuarse al mismo, por ser un requisito infraconstitucional, pero además, reiteramos, constituye un deber del Estado el asegurar la posibilidad del desarrollo de cada elección y cada plan de vida.

En cuanto a la identificación, el nombre constituye uno de sus elementos esenciales e integrativos de la personalidad.

El derecho a la identidad personal -entre otras manifestaciones- comprende el fundamental derecho a la identificación y el derecho a la identidad familiar, desde el principio de la vida; entre otros, los signos exteriores que hacen jurídicamente perceptible tal identidad son el nombre, la nacionalidad, las relaciones familiares.

En relación al interés particular de la persona en su identidad, como atributo de la personalidad, y su concurrencia a salvaguardar el orden y seguridad en las relaciones interpersonales a la que aspira la comunidad, la doctrina ha sostenido: "El nombre de las personas es el medio de identificación de ellas dentro de la sociedad. Se compone del prenombre o nombre de pila, que es el elemento característicamente individual de la designación, y del apellido, que consiste en la designación común de los miembros de una misma familia o estirpe, y que cada individuo lleva en razón a pertenecer al grupo que corresponde a ese apelativo" (conf. Rivera, Julio César, "Nombre de las personas naturales", en Belluscio - Zannoni, "Código

Civil Comentado", T° I, Pág. 359). "El nombre constituye un atributo de la personalidad y a la vez una institución de policía civil, esto es, un derecho-deber de identidad, ya que tiende tanto a proteger derechos individuales cuanto los que la sociedad tiene en orden a la identificación de las personas" (conf. Rivera, ob. cit. pág. 386).

Habremos de señalar las hipótesis en las cuales, el régimen legal vigente sobre nombre, en la República Argentina, ya sea por el modo en que esta regulado ya por omisión, vulnera el derecho a la identidad y reclama su modificación legislativa:

a.- El primer caso de violación al derecho a la identidad que queremos señalar, lo determina la opción de la ley por un sólo apellido. En el caso del régimen legal vigente, el apellido paterno y en el régimen legal proyectado[27], el de cualquiera de los progenitores. Ello así, puesto que hemos sostenido, con la doctrina, que el apellido "identifica como miembro de una misma familia o estirpe".

Así, la opción del régimen legal vigente en Argentina -al igual que el régimen proyectado- de mantener un solo apellido y el apellido compuesto como opcional, afecta la identificación del hijo como integrante de la familia o estirpe de la madre (en el régimen vigente) o del apellido omitido (en el régimen proyectado).

Estimamos que un régimen respetuoso de la identidad del hijo, debería prever el apellido compuesto por el primer apellido de cada progenitor, a fin de identificar al hijo como integrante de ambas estirpes.

b.- Casos de desplazamiento de la filiación establecida: El régimen legal vigente no tiene previsión expresa sobre la cuestión vinculada con el apellido del interesado cuando se resuelve favorablemente una acción de desplazamiento de la filiación establecida.

Ante la laguna legislativa, en tutela al derecho a la

[27]Proyecto de Unificación Código Civil y comercial de Republica Argentina, en trámite parlamentario al tiempo de elaboración de la ponencia.

identidad del niño, niña o adolescente o en su caso, del adulto involucrado, deberá recurrirse a la aplicación analógica de la disposición del art. 14 de la Ley del Nombre [28]. Laguna que lamentablemente, el proyecto de Unificación de los Código Civil y Comercial no ha llenado.

Así lo ha resuelto el Tribunal Colegiado de Familia N° 4 de Rosario, en un caso que, luego de ser oída una niña de 12 años de edad, se hizo lugar a su petición de mantener el apellido de quien consideraba su padre, a pesar del desplazamiento de la filiación establecida y el nuevo emplazamiento con su filiación biológica. De tal forma, la niña formó su apellido compuesto con el apellido paterno y mantuvo como segundo apellido el apellido del reconociente desplazado.

c.- Casos de emplazamiento filiatorio: Una laguna legislativa importantísima en es la omisión de toda disposición expresa relacionada con los casos de las acciones de filiación admitidas. En efecto, la ley del nombre, solo hace referencia a las hipótesis de reconocimiento de los progenitores, pero nada dice cuando el emplazamiento filiatorio es establecido por resolución judicial.

Sin desconocer que en tales hipótesis, los jueces hacen aplicación analógica de las disposiciones de la Ley 18.248, entendemos que para tales casos, el régimen legal debería otorgar facultades al juez interviniente, para que conforme las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la tutela efectiva del derecho a la identidad del afectado por la resolución, se decida la cuestión vinculada con su nombre.

Ello así, puesto que desde la experiencia de nuestro ejercicio como Magistradas de Tribunal Colegiado de Familia, hemos advertido las diversas circunstancias a considerar, ya sea en cuanto a lo relacionado con el uso del apellido del progenitor que se emplaza, solo o compuesto con el

[28] art. 14: "Revocada la adopción o declarada la nulidad, el adoptado perderá el apellido de adopción. Sin embargo, si fuese públicamente conocido por ese apellido podrá ser autorizado por el juez a conservarlo, salvo que la causa de la revocación fuese imputable al adoptado".

apellido que se venia usando, y la diferente repercusión que ello tiene en su propia identidad y vida personal. De ahí que postulemos un régimen flexible, que permita, conforme las circunstancias del caso, determinar la cuestión vinculada con el nombre.

d.- Casos de filiación adoptiva: el régimen legal vigente en el art. 12[29] sólo prevé que el adoptado, al cumplir 18 años de edad, decida adicionar el apellido de origen. No tiene previsión alguna para las hipótesis que, en ejercicio de la capacidad progresiva y el derecho a ser oído -ambos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño y la legislación interna- lo solicite antes de la edad de 18 años.

Entendemos que en el caso, deberá hacerse una interpretación de las normas legales vigentes, sobre todo teniendo en cuenta la jerarquía constitucional de la Convención de los Derechos del niño y hacer aplicación extensiva del texto del art. 12 Ley 18248.

El Tribunal Colegiado de Familia N° 4 de Rosario, que integramos, en un caso de adopción de una niña de 12 años, fundado en el derecho a la identidad de la niña, admitió la pretensión de mantenimiento de su apellido de origen.

Entendemos que la legislación proyectada[30] en argentina, en cuanto deja prevista la posibilidad de mantenimiento del apellido de origen a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta la opinión del adoptado -conforme su grado de desarrollo- se encuentra en la buena senda.

e.- Cambio del prenombre del adoptado: el régimen legal vigente solamente prevé en el art. 13[31] la posibilidad de cambio de prenombre, cuando el

---

[29]Artículo 12. – Los hijos adoptivos llevarán el apellido del adoptante, pudiendo a pedido de éste, agregarse el de origen. El adoptado podrá solicitar su adición ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años.

[30]Art. 626 c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a peticion de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopcion es conjunta;

[31]Artículo 13. – Cuando se adoptare a un menor de seis años, los adoptantes podrán pedir el

adoptado es menor de seis (6) años de edad; cuando es mayor de esa edad, sólo puede adicionarse otro nombre de pila, sin exceder el límite de tres.

Como todo límite de edad, la arbitrariedad de la elegida, no asegura la tutela efectiva del derecho a la identidad, resultando más adecuado a la misma, permitir el cambio de prenombre, sin límite de edad, atendiendo a las circunstancias del caso y la opinión del adoptado. En este sentido se encamina el régimen legal proyectado.[32]

Tal como señalaramos, la experiencia judicial da cuenta de casos en donde, el límite de edad establecido procurando proteger el derecho a la identidad del adoptado, ha resultado violatorio de tal derecho. El caso resuelto fue el de una persona, cuya guarda preadoptiva fue otorgada al poco tiempo de haber nacido, pero que el proceso de adopción se inició varios años después, cuando ya contaba con más de 6 años de edad y había sido nombrado por sus padres adoptivos con un prenombre diferente al inscripto y con ese nombre el niño, adolescente al tiempo de resolverse la adopción, forjó su identidad. Fue necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la norma, a fin de tutelar la identidad del adoptado.

CONCLUSIONES.

Al señalar los casos, hemos querido poner de relieve que el paradigma ha cambiado. A la luz de la evolución del derecho internacional de los Derechos Humanos y el neoconstitucionalismo, el horizonte en materia de nombre, debe ser el de la tutela efectiva del derecho a la identidad personal. Un régimen legal, como el vigente en la República

---

cambio del nombre de pila o la adición de otro. Si fuere de más edad, se le podrá agregar otro nombre después del que anteriormente tenía el adoptado con la limitación del artículo 3, inciso 5).

[32]Artículo 623.- Prenombre del adoptado**.** El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificacion del prenombre en el sentido que se le peticione.

Argentina, pensado desde la perspectiva del nombre como institución de policia civil, no logra dar adecuada satisfacción a dicha tutela, a pesar que desde los encargados de aplicar la norma se intente una interpretación evolutiva, iluminada por los tratados internacionales de derechos humanos.

Estimamos que una de las conquistas más importantes en la edificación de la dignidad humana es la del derecho a participar en la constitución de la propia personalidad.

El nombre es la manera de "hacer" la personalidad, al punto de que incluso se le han atribuido a veces cualidades mágicas (en el "ben-decir" y o "mal-decir"). Unas de las perspectivas del derecho a construir la propia personalidad es el derecho a participar en la construcción del propio nombre, aceptando nuestra situación en el tejido social, pero advirtiendo que para exista verdadera sociedad ha de haber libertad.

Suele decirse que el nombre debe ser inmutable, más sucede que una de las características de la vida -que no excluye la permanencia- es la mutación. Sin desconocer el deber de resguardar los intereses de los terceros como individuos y como integrantes de la sociedad, estimamos que una cultura de la libertad debe ser una cultura de la libertad del lenguaje y del nombre. La imposición puede ser un inaceptable aprisionamiento de la personalidad.

Creemos que, como es normal, en materia de nombre, la regla debe ser, al fin, la libertad, y la excepción, por importante que resulte ha de ser el control.

Estimamos que para que el régimen sea humanista, se debe proteger a los individuos contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismos y contra todo "lo demás", entendiendo en tal sentido al desconocimiento difuso de la propia personalidad. Si, como sostenemos, el individuo ha de ser apreciado como un "fin en si", debe tener en principio, autonomía en cuanto a su nombre,

evitando que los otros "lo nombren", aunque también es imprescindible proteger a los demás individuos, logrando que no dañe a terceros.

Es cierto que, además de atributo de la personalidad, en algunas culturas, como la nuestra, el nombre posee carácter de institución de policía civil. En determinados ámbitos se entiende que el nombre no sólo individualiza sino "identifica", pero en principio no creemos acertado que la persona sea "penetrada" por esos sentidos "policiales" y de cristalización "identificadora". Lejos estamos de desconocer la diversidad de las culturas y el valor que pueden tener las tradiciones jurídicas, más entendemos que incluso en medios como el nuestro habría que ir orientándose hacia la libertad básica en materia de nombre.

El siglo XX puede contar entre sus grandes conquistas lo que se ha avanzado en la conciencia del discurso y de la necesidad de su "democratización". Es más, creemos que al fin, existe siempre una legitimación básica para cambiar el nombre en cuanto no se perjudique a terceros. Habría que ir recorriendo con prudencia el camino, quizás relativamente largo para concretarla.

Si miramos la problemática del nombre, desde la perspectiva de los niños y adolescentes, se pone más aún en evidencia, la necesidad de tender hacia un sistema de libertad de cambio de nombre, que permita acompañar la evolución de la personalidad de los niños y adolescentes y la vicisitudes relacionadas con la construcción de su propia identidad.

El cambio de la legislación vigente se impone, abogando las suscriptas por un régimen de nombre más flexible, que acompañe la faz dinámica de la identidad.

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE MAGISTRADOS, FUNCIONARIOS, PROFESIONALES Y OPERADORES DE N. A. F.

CIRO DE SOUZA BRITO

GABRIELLA SIQUEIRA AUGUSTO

LA IMPORTANCIA DEL DIÁLOGO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE PRECAUCIÓN A LA VIOLENCIA EN EL ENTORNO DE LA ESCUELA LEONOR NOGUEIRA EN BELÉM-PA

Comision II: Derechos Humanos Famlia, Niñez Adolescencia y Justicia

Belém, PA, Brasil

2014

CIRO DE SOUZA BRITO

Dirección: Pasaje Rosane, No 70, barrio Marco, código postal 66093-440, Belém, Pará, Brasil

E-mail: cirosbrito@gmail.com y ciro.brito@icj.ufpa.br

Teléfono: +55 91 3351 2820

Móvil: +55 91 8252 8662

GABRIELLA SIQUEIRA AUGUSTO

Dirección: Pasaje de Bom Jesus, No 351, barrio Campina, código postal 66813-385, Belém, Pará, Brasil

E-mail: gabriella.augusto215@gmail.com

Teléfono: +55 91 3207 4055

Móvil: +55 91 8234 1938

RESUMEN

La familia es la base fundamental del desarrollo biológico, psicológico y social de los individuos, la central que proporciona las primeras experiencias en la interacción y favorece el desarrollo de los valores individuales y colectivos en

los niños. Debido a su importancia indiscutible en el entorno social, la familia se convirtió en un bien jurídico salvaguardado instituto nacional e internacional. En este sentido, los padres, como responsables de la estructuración de la relación familiar, recibieron la incumbencia de algunas responsabilidades para con sus hijos. Se destaca en este estudio el deber fundamental de los padres con la educación de sus hijos, que aquí se traduce tanto en la transmisión de valores, como la obligación de supervisar el desarrollo de los escolares. El cuadro de diálogo aparece, introduzca estudio bibliográfico y la investigación cuantitativa, como una herramienta eficaz para mantener el equilibrio de la vida familiar. Esta herramienta también muestra sus beneficios en el rendimiento escolar de los niños y adolescentes. El diálogo contribuye a la preservación de la calidad de la vida familiar y para la construcción y consolidación de la buena evolución de los niños en el entorno escolar.

Palabras clave: Familia. Diálogo. Niños y adolescentes.

INTRODUCCIÓN

La familia es el primer grupo social que los humanos participan. Es a través de las relaciones entre sus miembros que estos absorben los valores, creencias, costumbres y conceptos iniciales de la adaptación y la interacción social.

Debido a su importancia, la familia es ampliamente discutida en la zona legal, lo que le proporcionó una protección especial y extensa en los sistemas jurídicos internacionales y patria legal.

La importancia de la unidad familiar se encuentra también en varios estudios de la psicología y la sociología que demuestran la influencia decisiva de la relación entre padres e hijos en el desarrollo psicológico, biológico y social de los menores. Por lo tanto, los padres juegan un papel esencial en la formación de la personalidad de sus hijos, según Minayo y Schenker (2003), la educación que se imparte dentro de la familia es responsable de la

socialización primaria de estos, lo que resulta en la adolescencia y la edad adulta de los niños.

Los niños, en las edades de la niñez o de la adolescencia, son más vulnerables a las consecuencias de una relación familiar inarmónica. Está claro que los conflictos son inherentes a cualquier grupo social, pero la forma en que la familia se ocupa de cuestiones definirá cómo la interacción de sus miembros y el futuro se desarrollarán. En este sentido, la familia tiene el deber constitucional de salvaguardar y asegurar al niño y al adolescente sus derechos.

Entre el elenco de deberes de los padres para con sus hijos, es una obligación, constitucionalmente definida y por la legislación específica, educar. El derecho a la educación implica tanto comprensión de los valores morales y culturales a través de las lecciones aprendidas en la familia, como el acceso a la educación regular. Los menores deben también estar matriculados correctamente en una institución educativa y recibir una educación adecuada y de calidad.

A pesar de la atención y el cariño con que las relaciones se basan, la familia sufre de conflictos inherentes a su convivencia, así como de cualquier grupo social. Sin embargo, la forma en que estas cuestiones se aborden con decisión afecta el comportamiento futuro de sus miembros y su amistad. La adolescencia es considerada por los estudiosos como uno de los momentos más conflictivos en la relación familiar. En esta etapa, el diálogo se presenta como una herramienta esencial para la solución pacífica y armoniosa de los desacuerdos en la casa.

La eficacia del diálogo como recurso para la mediación de conflictos familiares se observó a través de análisis de la literatura especializada y el análisis de los datos obtenidos a través de la encuesta cuantitativa de los padres de los estudiantes de la escuela Leonor Nogueira, en las afueras de la ciudad de Belém, capital de Pará, en Brasil.

En todo el documento señala la importancia de las relaciones familiares y el resultado positivo de la utilización frecuente de diálogo, revelando la conexión intrínseca entre las conversaciones abiertas entre padres e hijos y la buena relación entre las partes. La orientación dada por los padres a través del diálogo con sus niños influye en el comportamiento de los niños más allá del ámbito familiar, lo que refleja en su relación con la escuela y con otros miembros de la sociedad.

1 FAMILIA Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO BIOPSICOSOCIAL DE SUS MIEMBROS

Según Venosa (2013), la familia se puede definir como el conjunto de personas unidas por una relación jurídica, siendo considerado en el sentido estricto, el núcleo formado por los padres y los niños que viven en la patria potestad[33]. En este sentido, el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia, Ley N º 8069, en su art. 25, afirma que la familia es la comunidad formada por los padres y sus hijos.

Hasta que el Código Civil de 1916, la familia se basa únicamente en la figura del matrimonio. Con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, sin embargo, el concepto de familia está cambiando, basada en el principio del pluralismo de las entidades de la familia, reconociendo la posibilidad de que la familia está formada por varias estructuras, y no sólo por el modelo clásico de la unión por el matrimonio entre el hombre y la mujer con el propósito de tener hijos (Rossato y Lepore, comentarios a la ley nacional de adopción, p. 28).

La familia, que se basa en los factores biológicos, psicológicos y sociológicos legalmente protegidas, se rige por los derechos y deberes mutuos,

[33] Diniz (2004) define el poder de la familia como: "Un conjunto de derechos y obligaciones, en cuanto a la persona y bienes del hijo menor no emancipado, ejercido en condiciones de igualdad por ambos padres, para que puedan llevar a cabo las tareas que impone la norma legal teniendo en cuenta el interés y la protección de los niños ".

que rigen las relaciones entre sus miembros, con independencia de la forma en que la unidad familiar está compuesta.

Ahora bien, es innegable que el grupo familiar tiene un papel esencial en la formación y la determinación de la personalidad de los individuos, y haciendo materialmente parte de comportamiento individual a través del aprendizaje de las medidas adoptadas y las medidas educativas adoptadas dentro de la familia (Drummond y Drummond Filho, 1998). No obstante, es conveniente señalar que esta es la institución responsable de la socialización primaria de los niños y adolescentes (Minayo y Schenker, 2003), proporcionando la experiencia que es preparar las personas para ajustarse y adaptarse a las exigencias de la vida social.

Según Romanelli (1995), la relación entre padres e hijos es el que tiene el vínculo más fuerte dentro del contexto familiar, mediante la unión a la reproducción biológica, y sobre todo la reproducción social de los menores. Por lo tanto, el tipo de interacción que se establece entre padres e hijos, así como las expectativas y sentimientos de los padres hacia los hijos, juegan un papel muy importante, tanto en el tipo de personalidad, como en el rendimiento académico de los niños (Tallón et al, 1999) .

Es en la familia que los niños reciban las primeras demostraciones de afecto, necesarias para la maduración y el buen desarrollo emocional, que afecta a su relación con los distintos grupos sociales que tienen contacto con todo su ciclo de vida. Por lo tanto, la calidad de las relaciones familiares y la calidad de la relación matrimonial son aspectos importantes que influyen directamente en el desarrollo de los niños y pueden influir incluso la posible aparición de déficits y trastornos psicoemocionales en individuos (Tallón y cols., 1999) .

Desde esta perspectiva, estas son las funciones psicológicas de la familia: proporcionar cariño al recién nacido, un factor clave para asegurar la supervivencia emocional del individuo; sirven como soporte para el desarrollo humano, ayudando a superar las "crisis vitales" (por ejemplo, la adolescencia)

en la que todos los seres humanos pasan por la vida; y crear un entorno propicio para el aprendizaje empírico, esencial en el processo de desarrollo cognitivo de los seres humanos (Osorio, 1996).

2 EL DEBER DE EDUCAR

A lo largo histórico, social y psicológico, la importancia cultural de la familia, el sistema jurídico brasileño exigió por normas específicas que cuidasén de los derechos y deberes de los componentes de este instituto, que es la familia.

Algunos autores señalan que, ya en 1924, la Declaración de Ginebra determinó la necesidad de una protección especial de los niños (Antonio Fernando do Amaral e Silva y Munir Cury, comentario al art. 1, en www.promenino.org.br) (Ishida, 2014). El hecho es que el XVIII hasta el siglo XX, las declaraciones de derechos humanos proclaman los derechos la libertad, la solidaridad, la igualdad, la dignidad, el respeto, la paz inalienables. Su carácter de universalidad es la condición fundamental de la existencia (Marcílio, 1998). Cabe destacar la Declaración Universal de los Derechos del Niño, adoptada por la ONU en 1959, el gran hito en el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, carecedores de protección y cuidados especiales.

En Brasil, según el art. 229 de la Constitución, los padres tienen el deber de cuidado, de creacción y de la educación de los niños. Debido a la necesidad de dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales, éstas son transcritas por una ley específica. En el caso de los niños, la ley más importante en la legislación brasileña es el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA), la Ley N ° 8069 de 13 de julio de 1990, el ECA es considerado un hito en la protección de los niños y adolescentes y se basa en la doctrina de la protección integral, el fortalecimiento de la posición de prioridad absoluta de los derechos de los menores en el texto constitucional.

Artículo 227, caput, de la Constitución Federal brasileña, asegura que:

> Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado para garantizar a niños, adolescentes y jóvenes, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el ocio, la formación profesional, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y la vida familiar y comunitaria, además de mantener a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión[34].

Por su parte, el Estatuto de la Niñez y Adolescencia expresa el deber de educar en su art. 22: "Los padres tienen la tarea de apoyo, custodia y educación de los hijos menores de edad, lo que les deja aún, en los intereses de la obligación de respetar y hacer cumplir las órdenes de la corte".

Pero después de todo, lo que implica el deber de educar? José Antonio de Paula Santos Neto (1994, p. 108) enfatiza: "La tarea de educar implica satisfacer las necesidades intelectuales y morales del menor, que le da la oportunidad de desarrollar estos niveles."

Paulo Afonso de Paula Garrido (1995, p. 102), A su vez, menciona: "Educar, por otro lado, tiene un sentido amplio, el propósito de transmitir y permitir el conocimiento, despertando y valores que posibilitan al niño a enfrentarse a los retos de la vida diaria".

Además de los efectos de satisfacer las necesidades intelectuales y morales y transmitir el conocimiento, la educación es un medio de acceso a una mejor calidad de vida. La educación es uno de los principales medios de acceso a los puestos de trabajo y rango de ingreso más alto. En este sentido, el acceso a la educación es una de las maneras más eficaces para combatir la

[34] En este artículo se establece la doctrina de la protección integral, que "aboga por la protección jurídica de todas las necesidades humanas, con el fin de proporcionarle el pleno desarrollo de la personalidad" (BULOS, 2011, p. 1601).

transmisión de las desigualdades entre generaciones (COSTA RIBEIRO, 2011, p. 41).

Manera explícita o secreta, la meta de la mayoría de los padres es que sus hijos a lograr un equivalente o superior a su posición social. Los estudios sobre el tema parecen indicar que este deseo alcanza una forma única de trabajar los padres de classe trabajadora, ya que una disminución de su status social puede significar la pérdida de la condición del trabajador y de la puerta de entrada a una situación de extrema vulnerabilidad, en el límite incluso a la delincuencia o criminalidad (Poullaouec, 2003).

3 DIÁLOGO COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES

Dicho esto, la familia es un ciclo de vida que también sufre de problemas y conflictos, situaciones críticas que impactan significativamente en la organización de las relaciones familiares. Estas crisis aumentan la presión y lograr que la interrupción en el entorno familiar, influyendo directamente en el proceso de desarrollo de la familia (Scabini, 1992).

En el contexto de la familia, hijos menores de edad son los más vulnerables a los efectos de la crisis, dada su dependencia emocional de los padres y su estado peculiar como personas en desarrollo[35]. Aquí es donde percibimos demasiada interferencia de un entorno familiar con problemas en la realización de los derechos de niños y adolescentes.

Además de ser un espacio de conflicto, la relación familiar es, en cierto modo paradójica: se guía principalmente en el amor y afecto, sin embargo, puede haber situaciones de crueldad mutua porque los deseos de unión y convivência coexisten en el ámbito familiar (Oliveira , 2007).

Una de las grandes crisis que afectan a la armonía familiar es la adolescencia de los hijos. Esta fase favorece la aparición de conflictos en el

[35] De acuerdo con la ley brasileña, el Estatuto del Niño y el Adolescente (Ley N ° 8069/90) art. Segundo, se considera persona niño de cero a doce años y el adolescente menor de 12-18 años de edad.

espacio de la familia, que proporcionan una mayor riñas y disputas entre padres e hijos (Wagner, Falcke, Silveira y Mosmann, 2002). En este punto, la negociación entre las partes es una necesidad constante, ya que el potencial de conflicto entre generaciones es mayor (Marturano y cols., 2004).

El diálogo entre los miembros de la familia es fundamental en esta etapa, ya que em el tiempo que los niños necesitan toda la orientación y la comprensión de los padres, el diálogo sigue siendo pertinente (Drummond y Drummond Hijo, 1998).

Sin embargo, la falta de diálogo en el entorno familiar puede llevar a acentuar algunas dificultades, sobre todo en términos de relaciones, incluso causando efectos negativos sobre el bienestar y la salud mental de los adolescentes. Sin embargo, un conflicto así negociada puede llevar al crecimiento de los niños y para los padres (Marturano y cols., 2004).

Sin embargo, el diálogo es un recurso que tiene la mayor tasa de éxito cuando se utiliza en un contexto familiar guiada por relaciones de respeto, de confianza, de afecto y de civismo entre sus miembros, así, la familia tiende a tratar los conflictos de una manera más apropiada y con menos dificultad que otra familia en la que dichos valores no fueron practicadas (Drummond Drummond & Son, 1998)

El diálogo se destaca como la base de la puesta en común de conocimientos, deseos y necesidades de la familia y sus miembros. Por lo tanto, está en conversaciones familiares que las personas tienen la oportunidad de expresar su individualidad, intercambiar experiencias y absorben los valores y creencias de la familia y de la sociedad en los que opera (Althoff, 2002).

4 LA IMPORTANCIA DE DIÁLOGO EN EL CONTEXTO DE LA ESCUELA NUEZ LEONOR EN BELÉN PA-

El proyecto de extensión universitaria de la Universidad Federal de Pará (UFPA), Derecho de Nuestros Niños y Adolescentes, coordinado por la Maestra MsC. Márcia Rêgo, que tuvo lugar durante el mes de septiembre de 2014, los talleres en las escuelas públicas en las afueras de Belém, PA. Uno de estos talleres se celebró en la Escuela Leonor Nogueira en el barrio Marambaia, y tenían los padres de la audiencia y tutores de los estudiantes de 9no grado. El grupo de extensión aplicó un cuestionario para estos padres que se centró en la importancia del diálogo en la realización de los derechos de los niños y adolescentes, y pudo ver que las familias que tienen más diálogo las tasas son más bajas de los niños involucrados en la violencia y estos niños tienem mejores rendimentos em la escuela.

Durante este estudio, el análisis de cincuenta cuestionarios pasados a los padres de los estudiantes de la institución, se encontró que más del 60% de los padres hablán con sus hijos a menudo o siempre todos los días, y que el 80% de uso de estas conversaciones son para educar sus niños, guiarlos sobre los problemas de la juventud y para conocer el día de sus hijos.

Además, el diálogo familiarizado refleja en beneficios no sólo a la relación familiar, sino también en el rendimiento escolar de los niños. En la encuesta Leonor se encontró que la mayoría de los padres acompañan el desempeño de sus hijos em la escuela (94%), revisando principalmente las tareas y en busca de la escuela para hablar con los maestros y la coordinación, que se precipita en el 75% de los casos . El resultado de este comportamiento de los padres se ve en las experiencias de los niños en el entorno escolar: de acuerdo con las respuestas de la encuesta, sólo el 14% de los niños que ya se han colocado en una situación de violencia, con el 71,4% de los niños ocupaba el papel de las víctimas esta violencia en el entorno escolar.

PROPUESTAS

La familia es fundamental en la conformación de la esfera individual. Es una institución tan importante en la sociedad que agrupa a las definiciones de la psicología, la sociología, la biología, derecho, etc La relación familiar se rige por un aparato de derechos y deberes recíprocos entre sus miembros, ya que tiene un papel esencial en la formación de la personalidad de los individuos. Por lo tanto, la calidad de las relaciones familiares y la calidad de la relación matrimonial son aspectos importantes que influyen directamente en el desarrollo de los niños y pueden influir incluso la posible aparición de déficits y trastornos psicoemocionales en individuos (Tallón y cols., 1999) .

A lo largo de la importância histórica, social, psicológica y cultural de la familia, el sistema jurídico brasileño exigió por normas específicas que cuidasén de los derechos y deberes de los miembros de ese instituto, hasta la creación de los Niños, Niñas y Adolescentes, que tiene derechos seguros y deberes de los jóvenes, en particular la educación.

Pero después de todo, lo que implica el deber de educar? José Antonio de Paula Santos Neto (1994, p. 108) enfatiza: "La tarea de educar implica satisfacer las necesidades intelectuales y morales del menor, que le da la oportunidad de desarrollar estos niveles". Paulo Afonso de Paula Garrido (1995, p. 102), refrán completo tengo que educar con el propósito de transmitir y permitir el conocimiento, los valores, despertando y permitiendo a los niños a hacer frente a los desafíos de la vida diaria. La educación es también un medio de acceso a una mejor calidad de vida.

Dicho esto, la familia además de un lugar de cariño, es también un lugar de conflicto. Estos conflictos, a fin de estar mejor gestionadas por la familia deben utilizar la herramienta del diálogo como solución.

La ausencia de diálogo en el entorno familiar puede llevar a acentuar algunas dificultades, sobre todo en términos de relaciones, que tiene efectos negativos sobre el bienestar y la salud mental de los adolescentes. Sin embargo, un conflicto así negociado puede llevar al crecimiento de los niños y para los padres (Marturano y cols., 2004).

A partir de este hecho, el grupo de extensión universitaria Derechos de Nuestros Niños y Adolescentes fueron a la escuela Leonor Nogueira en las afueras de Belém, y a través de cuestionarios dados a los padres y cuidadores encontraron que el diálogo hace una diferencia en la educación de los niños y adolescentes que estudian allí.

También se constató que la mayoría de las familias a mantener un diálogo abierto y frecuente; que a través de este diálogo, está la educación de estos jóvenes y orientación sobre cuestiones que han sido objeto; y que, con un diálogo abierto con los padres, hay una buena interacción entre los miembros de la familia, menores tasas de participación de los jóvenes en situaciones de violencia en la escuela y un mejor rendimiento académico de estos jóvenes.

Por lo tanto, el análisis de estos datos revela que los padres reconocen la importancia del diálogo como una herramiente de orientación y de compartimiento de ideales valorados por sus descendientes. Herramienta esta que este trabajo se propone como la principal solución a los problemas de la familia.

BIBLIOGRAFIA

1. ALTHOFF, C. R. *Delineando uma abordagem teórica sobre o processo de conviver em família.* In: ELSEN, I; MARCON, S. S.; SANTOS, M. R. dos (Orgs.). O viver em família e sua interface com a saúde e a doença. Maringá: Eduem, 2002.

2. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

3. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Comentado.* 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

4. DRUMMOND, M. & DRUMMOND FILHO, H. Drogas: a busca de respostas. São Paulo: Loyola. 1998.

5. ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente doutrina e jurisprudência*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

6. MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira no Século XX. Revista USP, São Paulo, p. 46-57, março/ maio 1998.

7. MARTURANO, E., Elias, L. & CAMPOS, M. *O percurso entre a meninice e a adolescência: mecanismos de vulnerabilidade e proteção*. Em E. M. Marturano, M. B. M. Linhares & S. R. Loureiro (Orgs.), Vulnerabilidade e proteção: indicadores na trajetória de desenvolvimento escolar (pp. 251-288). São Paulo: Casa do Psicólogo/FAPESP. 2004.

8. OLIVEIRA, Maria Coleta et al (orgs.). ***Mediação familiar transdiciplinar*:** uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. Campinas: Núcleo de Estudos de População-Nepo/ Unicamp, São Paulo: Pró-Mulher, Família e Cidadania-PMFC, 2007.

9. OSÓRIO, L. C. *Família hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.

10. ROMANELLI, Geraldo. *Papéis familiares e paternidade em famílias de camadas médias.* Trabalho apresentado na XIX Reunião Anual da ANPOCS. 1995.

11. ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paula Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches.

Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

12. SCABINI, E. Ciclo de vida familiar e de saúde familiar. Manuscrito não publicado. Universidade Católica do Sagrado Coração. Milão, Itália. 1992.

13. SCHENKER, M. & MINAYO, M. C. S. A implicação da família no uso abusivo de drogas: uma revisão crítica. Ciência & Saúde Coletiva, 8(1), 707-717. 2003.

14. TALLÓN, M. A., Ferro, M. J., Gómez, R. & Parra, P. *Evaluacion del clima familiar en una muestra de adolescentes*. Revista de Psicologia Geral y Aplicada, 451-462. 1999.

15. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Direito de Família, 14ª ed., Vol. 6, São Paulo: Atlas, 2013.
16. WAGNER, A., FALCKE, D., SILVEIRA, L. M. B. O. & MOSMANN, C. P. *A comunicação em famílias com filhos adolescentes*. Psicologia em Estudo, 7(1), 75-80. 2002.

"LA PARTICIPACIÓN AUTÓNOMA DEL NIÑO/A EN LOS PROCESOS JUDICIALES CON PATROCINIO LETRADO EN EL DERECHO ARGENTINO."

Por Silvina Mariana Basso

1.- Introducción

La figura del "abogado del niño" ha sido incorporada al ordenamiento jurídico interno argentino por la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes Nº 26.061 en el año 2005, que regula los derechos de rango constitucional contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), según lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional a partir de la reforma operada en el año 1994.

Dicho documento internacional, específico tratado de derechos humanos para la Infancia, fue ratificado por el Estado argentino en el año 1990, y

consagra el paradigma de la protección integral de derechos, que refleja una nueva manera de concebir al niño y de interpretar sus relaciones con el mundo adulto (Familia, Comunidad y Estado).

Esta nueva concepción se sustenta en la afirmación del Niño como sujeto de derechos y con capacidad progresiva para su ejercicio.

El Código Civil vigente, en cambio, se inspira en una concepción del niño que lo reconoce como sujeto de derechos -pues puede ser titular de derechos y de relaciones jurídicas-, pero que limita su ejercicio en base a la consideración de su "incapacidad" como regla, y a la necesidad de suplirla a través de la figura de la representación legal -a cargo de sus padres en su carácter de titulares de la patria potestad o de su tutor- y de la representación promiscua a cargo del Ministerio Público de Menores.

En la representación legal, los progenitores actúan "en nombre de sus hijos", ocupan su lugar, los sustituyen.

Este sistema de incapacidad de la persona menor de edad, admite alguna graduación, en base al establecimiento de un criterio cronológico fijo.

Ese criterio cronológico fijo, diferencia a los "menores impúberes" cuya capacidad es absoluta, de los "menores adultos", cuya capacidad es relativa dado que sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar; y adopta como eje distintivo la edad de 14 años, dado que el ordenamiento legal presume –como ficción jurídica- que a esa edad se alcanza el discernimiento para los actos lícitos[36].

Este ordenamiento legal –que es de rango infra constitucional-, consistente con esta concepción de la Infancia como colectivo que se define por su incapacidad para ejercer sus derechos, no contiene norma alguna que prevea que las personas menores de edad puedan tener asistencia letrada en los procesos que los afecten, a fin de garantizar su participación; ya que ello implicaría reconocerles una capacidad que el propio sistema no contempla.

---

36 Arts. 54, 55 del Código Civil.

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, que cuenta con media sanción en la Cámara de Senadores, contiene algunas disposiciones dispersas que aluden a esta figura, aunque no prevé una regulación específica que, en forma complementaria, contemple integralmente la actuación autónoma del niño en los procesos civiles en general, y en particular en los de familia, con asistencia y patrocinio letrado.

A nivel federal, el órgano legislativo, ha sido y es renuente a una regulación específica y sistemática de la figura del "abogado del niño", y el ejecutivo tampoco se ha ocupado del diseño de programas que reglamenten su aplicación y funcionamiento.

En cambio, dado que se han hecho presentaciones ante los órganos jurisdiccionales pretendiendo la aplicación concreta de esta figura, tanto los Tribunales de grado como la Corte Suprema de Justicia de la Nación se han pronunciado sobre su procedencia y alcances, con disímiles interpretaciones de la normativa vigente, que abarca a la Convención sobre los Derechos del Niño, a la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y al Código Civil.

Ello así, dado que como señala Herrera[37], la participación del niño por sí con patrocinio letrado que lo asista en los procesos que lo afecten, nos enfrenta al desafío de tratar de compatibilizar normativas con fundamentos, concepciones y visiones diferentes.

En este marco, los pronunciamientos judiciales limitan los alcances de la norma contenida en el art. 27 inc. C) de la ley 26.061.

En el presente trabajo analizaremos los alcances y fundamentos esgrimidos por el Poder Judicial, en particular la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su interpretación del "abogado del niño", en tanto limita la aplicación de esta figura prevista legalmente; e intentaremos hacer una

37 Herrera, Marisa, "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino", Revista Jurídica y Derechos del Niño, Número 11, UNICEF, p. 118

propuesta, sobre los mecanismos de efectivización que son necesarios para que esta herramienta se aplique, en consonancia con el paradigma consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño que postula, como corolario de su condición de sujeto de derecho, su capacidad progresiva para el ejercicio autónomo de sus derechos.

2.- El Art. 27 inc. C) de la ley 26.061

El art. 27 inc. C) prevé que los organismos del Estado deben 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 las leyes que en su consecuencia se dicten; el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y que en caso de carecer de recursos económicos el Estado debe asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

A su vez, el decreto reglamentario N° 415/06 señala que el derecho del niño a la asistencia letrada incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en los referidos procesos, y sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

La previsión legal es muy amplia ya que admite su actuación en todo procedimiento administrativo o judicial que lo incluya sin otro requisito que condicione su intervención y por vía reglamentaria faculta al niño a designar por si a su abogado.

Sin embargo, en el ámbito de la doctrina, hay diversas posturas que difieren en cuanto al alcance de la intervención.

Mizrahi[38] acepta la intervención del niño en el proceso cualquiera fuese su edad, pues entiende que el precepto no condiciona la mentada intervención al suficiente juicio, madurez o desarrollo del niño. Si tiene capacidad procesal su intervención será directa y se constituirá en parte de él, pero si carece de esa capacidad, será indirecta, no revestirá la calidad de parte y lo hará a través de la figura de la representación. Según esta postura es indispensable determinar en cada caso, si se verifica dicha capacidad para dilucidar si el niño en cuestión puede actuar por sí en el respectivo juicio.

Gil Domínguez, Fama y Herrera[39] consideran que, con fundamento en la autonomía progresiva del niño, la intervención del niño con patrocinio letrado no debe estar sujeta a límites etáreos excluyentes, dejándose librado al arbitrio del juzgador la decisión de cuándo procede la designación de un abogado en función de la madurez, el desarrollo del niño y la materia debatida.

Moreno[40], en cambio, sostiene que a partir de la edad de 14 años es posible designación de un abogado, por entender que de acuerdo a la normativa del Código Civil, por debajo de esa edad opera la presunción de ausencia de discernimiento para la realización de actos lícitos.

3.- Pronunciamientos judiciales sobre la figura del abogado del niño en los procesos de familia, en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires.

Desde la sanción de la ley 26.061, los Tribunales de grado han emitido pronunciamientos sobre esta figura en los procesos de familia.

Nos referiremos a tres pronunciamientos dictados por la Cámara Nacional Civil con jurisdicción en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires, que condensan las diferentes opiniones doctrinarias sobre el tema.

---

38 Mizrahi, Mauricio, "Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño", La Ley, 11/10/2011.

39 Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada. Anotada. Concordada", Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 465.

40 Moreno, Gustavo, "La participación de los niños en los procesos a través del abogado del niño", Derecho de Familia. Revisa Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 35, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007

El 28/09/2006, la Sala K de la Cámara, en un proceso de protección de persona que tuvo como protagonista a un niño de 3 años, el juez de primera instancia rechazó el pedido formulado por un abogado de ser tenido como su letrado patrocinante, lo que luego fue confirmado por la Sala K. La sala se fundó en los siguientes argumentos: 1) la escasa edad del menor le impedía estar en condiciones para elegir a un representante legal y para comprender la trascendencia de dicha actuación; 2) el menor se encuentra representado con la suficiencia necesaria para garantizar su derecho a recibir asistencia letrada en los términos del art. 27 inc. C) de la ley 26.061, dado que la madre seguía siendo su representante legal pues no había sido privada ni suspendida en el ejercicio de la patria potestad, a lo que se sumaba la intervención de los funcionarios de menores estatales nacionales; c) la postura de la Sra. Defensora de Menores ante la Cámara Civil , quien había sostenido que la actuación del niño con abogada patrocinante requiere el discernimiento del patrocinado, es decir la edad de 14 años tanto para elegir el letrado como para darle instrucciones o removerlo del patrocinio. Por debajo de esa edad, correspondería, en caso de ser pertinente, la designación judicial de un tutor ad litem, dado que de acuerdo a las normas de fondo carece de capacidad de obrar y por ello se encuentra sujeto a la doble representación legal (necesaria y promiscua del Ministerio de Menores) como una forma de proteger sus intereses.

En el mes de marzo de 2009, dos Salas se pronunciaron, en cuanto al resultado y sus fundamentos, con base en una postura diferente frente al modo de resolver la tensión entre incapacidad /capacidad progresiva, que contempla el Código Civil por un lado y la CDN y ley de protección integral 26.061 por el otro.

Así, la Sala I, con fecha 04/03/2009 interpretó que la "capacidad progresiva" establecida en la CDN y en la ley 26.061, se adapta al sistema de edades cronológicas fijas contempladas en el Código Civil, que distingue dentro del colectivo "personas menores de edad" a dos grupos –impúberes y adultos-

en base a la presunción iure et de iure (que no admite prueba en contrario) según la cual a los 14 años se adquiere el discernimiento para los actos lícitos (art. 921 del C.Civil).

Con fecha 19/03/2009, la Sala B interpretó que el art. 27 de la ley 26.061 permite al niño que no alcanzó la mayoría de edad, y está inmerso en conflictos familiares participar en forma autónoma en el juicio que lo involucra, siendo asistido por un abogado independiente. Este fallo recepta, a diferencia de los anteriores, la idea de que la capacidad progresiva debe ser evaluada en cada caso concreto, independientemente de la edad cronológica del niño involucrado. Toma el criterio fijo del Código Civil como una mera pauta orientadora y no como un límite de exclusión o inclusión para la participación autónoma en el proceso. Pero, representa una postura aislada.

4.- Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En los casos que llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para resolver sobre la procedencia de la actuación de personas menores de edad, en forma autónoma y con patrocinio letrado; los tribunales de grado habían resuelto el rechazo de la pretensión con sustento en los argumentos desarrollados tanto por las Salas "K" e "I", reseñados precedentemente.

El primer caso que llega a la Corte Suprema fue en el mes de octubre del año 2010, en la causa **"G.,M.S c/ J.V.,L s/ divorcio",** en la cual la madre de dos niñas de diez y catorce años de edad había solicitado ante un tribunal de grado en la provincia de Santiago del Estero, la cesación del régimen de contacto de las niñas con su padre y la suspensión de los encuentros como medida cautelar sobre la base del abuso sexual que éste habría perpetrado en perjuicio de la mayor de las hermanas. Se llega a la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal. El máximo Tribunal confirmó la suspensión cautelar del contacto paterno filial y ordeno la medida sugerida por el Defensor Oficial a fin de garantizar la participación de las niñas en el proceso, por lo que falló que el juez de la causa debía designar un letrado especializado en la materia para que las patrocine.

La doctrina, en general, recibió con beneplácito este fallo, dado que da favorable acogida a la figura del abogado del niño y no somete a edad cronológica alguna su procedencia, ya que ninguna distinción efectúa sobre la diferencia entre menores impúberes y menores adultos, como fundamento para reconocérselo a estos últimos pero no a los primeros, como se venía observando en algunos pronunciamientos de los jueces de grado.

El segundo antecedente es del mes de junio de 2012, en la causa **"M.,G c/ P.,C. A",** en un juicio de tenencia entablado entre los progenitores de una niña, la Corte Suprema rechazó el pedido de la hija de ambos, menor de 14 años, de ser tenida como parte por derecho propio y con el patrocinio de una letrada de su confianza para que defienda sus intereses cuando tenía 10 años. Tanto el juez de primera instancia como la Cámara de Apelaciones Civil rechazaron la solicitud y adhirieron al dictamen de la Procuradora Fiscal en el mismo sentido, con sustento en la circunstancia de que al momento de efectuar la petición la niña era una persona menor impúber y por lo tanto incapaz absoluta que no puede realizar actos jurídicos por sí mismos, como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante y la actuación por derecho propio en un proceso en calidad de parte.

Entre los fundamentos planteados por la Procuradora Fiscal, a los cuales se adhiere el Tribunal para resolver, cabe destacar los siguientes.

Cuando hace referencia a la "participación directa de la niña en el juicio" , sostiene que el problema gira en torno a la forma elegida para el ejercicio del derecho sustancial, en el marco de lo dispuesto por el art. 12 de la CDN; lo que habilita a pensar en dos posibilidades: a) con calidad de parte y contratación de un letrado particular; o b) expresión personal ante el tribunal, debiendo reunirse los máximos recaudos, como información en lenguaje accesible acerca de las proyecciones del acto, la presencia del Ministerio Pupilar, y en la medida de lo posible, la concurrencia de patrocinio letrado, provisto a través de mecanismos que garanticen la transparencia.

Asimismo, la Procuradora sustenta su aval a la decisión recurrida y al consecuente rechazo de la petición de la niña, en la "ponderación de las particulares circunstancias de autos", permitiendo cierta flexibilidad que permitiría admitir que una persona menor de 14 años pueda ser parte por derecho propio y con patrocinio letrado.

A contrario sensu de las circunstancias que rodean al caso, entiende como circunstancias particulares que podrían conducir a otra resolución las siguientes: i) Que se trate de una persona institucionalizada, y ii) Que el progenitor con quien convive haya sido privado de la patria potestad.

Es importante destacar este aspecto del dictamen, dado que esta línea argumental es luego adoptada por la Corte Suprema en un fallo posterior ese mismo año.

Este fallo fue leído por la doctrina especializada, como un retroceso por retomar las categorías menores impúberes y adultos, en tanto criterio legal a tener en cuenta para habilitar la participación de los niños en los procesos por sí mismos, como parte y con asistencia letrada.

Finalmente, el último antecedente, es también del año 2012, del mes de noviembre, en la causa **"P.,G. M. y P.,C. L s/ protección de persona".** A diferencia de los anteriores resueltos por la C.S.J.N., en los cuales los niños y niñas involucrados convivían con alguno de sus progenitores, en este caso se trata de personas menores de edad institucionalizadas de 10 y 8 años, que se presentaron ante el órgano jurisdiccional con patrocinio letrado con el fin de solicitar al juez de la causa la implementación de las medidas necesarias para fortalecer el vínculo paterno-filial, como ser la inclusión del grupo familiar en un subsidio habitacional ya que deseaban volver a vivir con su madre.

La sentencia de la Corte Suprema confirmó la sentencia de segunda instancia que había rechazado la petición, pero ordena al juez de la causa que designe un abogado a los niños para que los patrocine, por entender que no habían sido escuchados y que de ese modo se garantizaba ese derecho y se suplía la incapacidad de los niños para designar un abogado por ser menores

de 14 años, a lo que cabía agregar "*las particulares circunstancias fácticas de la causa*", en referencia a su situación de institucionalización y de vulneración de derechos económicos y sociales cuyo cese es fundamento de la presentación. Es decir, mantiene la línea argumental que pretende compatibilizar la normativa de la CDN y ley 26.061 con la del Código Civil, a partir de criterios cronológicos fijos, pero agrega otro requisito no previsto en el art. 27 inc. c) de la ley 26.061.

5.- La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el "abogado del niño".

La doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es seguida en forma bastante pacífica por los tribunales inferiores, se puede sistematizar así:

5.1.- La norma prevista en el art. 27 inc. c) de la ley 26.061 prevé la actuación del menor en el proceso por su propio derecho, con patrocinio letrado, cuya función no implica sustituir la voluntad del patrocinado, sino proporcionarle asistencia y orientación jurídica dentro del régimen del ejercicio profesional de abogados.

5.2.- Tanto la designación y remoción de un letrado patrocinante, como la actuación por propio derecho en calidad de parte dentro de proceso judicial, suponen la realización de actos jurídicos y actos procesales (como especie dentro de la categoría genérica de los actos jurídicos)

5.3.- Pero, la facultad del menor de intervenir en juicio por su propio derecho con patrocinio letrado, debe ser entendida en forma armónica con el código de fondo; todo lo cual lleva a concluir que no puede ser ejercida por los menores impúberes, que no hubiesen cumplido catorce años de edad (art. 127 del C.Ciivl), dado que carecen de capacidad para concretar actos jurídicos por sí mismos, sus actos se reputan efectuados sin discernimiento y no generan obligación alguna, su incapacidad es absoluta.

5.4.- La ley 26.061 no ha modificado en forma expresa las normas referidas al sistema de capacidad y representación del Código Civil. Esa ley solo modificó

expresamente los arts. 71 y 74 sobre otras materias; lo que sugiere que el legislador no ha pretendido modificaciones diversas de las dispuestas en esos dos artículos.

5.5.- La generalidad de la norma del art. 27 inc. c) de la ley 26.061 admite la limitación señalada con base en normas del Código Civil.

5.6.- El principio de "capacidad progresiva" no resulta incompatible con la supeditación del derecho acordado en aquel precepto, a edades cronológicas determinadas.

5.7.- Por el contrario, el criterio legal contenido en el Código Civil, en cuanto distingue entre menores impúberes y menores adultos, recoge la evolución en la madurez de los niños a través de categorías fijas, con la finalidad de brindar seguridad a las relaciones jurídicas.

5.8.- En caso de tratarse de personas menores de 14 años y ante la presencia en la causa de "*particulares circunstancias fácticas*", corresponde la participación de los niños, niñas o adolescentes en forma autónoma y con patrocinio letrado, a fin de que puedan ejercer su derecho a ser escuchados, para lo cual el juez de la causa debe designarles un abogado que los patrocine, a fin de suplir su falta de capacidad para efectuar ese acto jurídico.

6.- Análisis crítico de la Doctrina de la C.S.J.N.

Si bien admite el patrocinio letrado a niños mayores de 14 años, por debajo de esa edad lo subordina en cada caso concreto a la facultad discrecional del juez en cuanto a su valoración sobre la presencia de "particulares circunstancias de cada caso", Y aún en este supuesto, la designación del letrado también es una facultad reservada al juez del caso y negada al niño o niña involucrados.

En ambos supuestos, se soslaya el análisis de la capacidad procesal para estar en juicio, en correlación con la capacidad progresiva para el ejercicio de sus derechos en el caso concreto.

Así, a los niños mayores de 14 años se les reconoce la facultad de estar en juicio por interés propio y de designar el abogado que ellos elijan. En

estos casos, el fundamento es su capacidad progresiva presunta, conforme el rígido esquema cronológico adoptado por el Código Civil.

En cambio, cuando se trata de menores de 14 años, el fundamento para participar en juicio en forma autónoma por interés propio es "las particulares circunstancias del caso". Es el juez quien valora la presencia o no de estas circunstancias y en caso afirmativo, es quien designa al abogado.

La Corte introduce este estándar en la causa M.G. c/ P.C. del mes de junio de 2012, y es planteado por la Procuradora Fiscal en su dictamen, a cuyos términos se adhirió el Más Alto Tribunal como fundamento de su decisión. Luego, lo acoge en forma explícita en su fallo del 27/11/12, con fundamento en la Observación General N° 12 "El derecho del niño a ser escuchado" punto 97, donde el Comité de los Derechos del Niño prevé que deben introducirse mecanismos para garantizar que los niños que se encuentren en todas las modalidades alternativas de acogimiento, en particular en instituciones, puedan expresar sus opiniones y que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en las cuestiones vinculadas con su acogimiento.

Para la Corte, "particular circunstancia" abarca tanto a la situación de acogimiento familiar o institucional como la situación de victimización, cuando victimario es alguno de sus progenitores, como los supuestos de abuso sexual contra niños y niñas, conforme lo resuelto en el fallo del 26/06/12 por el más el más Alto Tribunal.

Lo que tienen en común las situaciones mencionadas, es la "<u>especial situación de vulnerabilidad</u>" de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Según las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad"[41], todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de

41 Establecidas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana , celebradas en Brasilia los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008, a las cuales adhirió la Corte Suprema de Justicia por Acordada N° 5/09 del 24/02/09.

justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (Cap. I, Sección 2°). Si dicha condición de vulnerabilidad en razón de la edad, se superpone con otras causas como la victimización y la privación de libertad, por encontrarse institucionalizados o ser víctimas de delitos cometidos por alguno de sus progenitores; entonces esos niños y niñas son colocados en situación de "indefensión"[42], dado que desde una perspectiva jurídica, sus representantes legales, a quienes la ley les asigna la función y responsabilidad primordial de la protección, defensa y satisfacción de sus derechos, no están en condiciones de ejercer ese rol porque no pueden o porque son ellos mismos quienes los instalan en esa situación.

Para la Corte, son las situaciones de "indefensión" descriptas las que justifican que los niños menores de 14 años participen en los procesos que los afecten en forma autónoma y con patrocinio letrado; soslayando el análisis de su capacidad progresiva que constituye, en definitiva, el sustento de la capacidad procesal para estar en juicio.

Sin embargo, el intento de la Corte, de compatibilizar la CDN, la ley 26.061 y el Código Civil, normas que, como señalamos al inicio de este trabajo, responden a distintos fundamentos y concepciones; ha eludido como eje de análisis, la cuestión de la capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes, lo que supone abordar y desarrollar la capacidad progresiva o autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos

7.- Los "nudos críticos" de la aplicación de la figura del "abogado del niño".

El carácter amplio de la regulación legal, combinado con una interpretación restrictiva de la figura, por parte de los jueces, tanto de grado como de la Corte Suprema; conducen a un escenario incierto al momento de

42 Según el Diccionario de la Real Academia Española (Espasa, 21° edición, Madrid, 1992), "indefensión" es falta de defensa, situación de las personas o cosas que están indefensas, e "indefenso/a" es aquel que carece de defensa.

decidir sobre la conveniencia o pertinencia de la intervención de un niño o una niña como parte y con patrocinio letrado, en un proceso judicial que lo afecte.

Del análisis de los antecedentes jurisprudenciales, se observa la presencia de nudos críticos que inciden en la puesta en práctica de este derecho: la designación del abogado, el acceso al abogado por parte de los niños y niñas, y el rol de los progenitores en el acceso al abogado por parte de sus hijos/as.

La designación del abogado porque se retacea a los niños la posibilidad de elegir a su abogado, si se tiene menos de 14 años, ya que se aplica la presunción de la ausencia de discernimiento para realizar este acto, lo que se suple a través de la designación judicial.

Ahora bien, ¿qué sucede si el niño o la niña pudieron acceder a un abogado/a con quien estableció un vínculo de confianza y empatía? ¿Es procedente que el juez ignore esa situación y le imponga otro abogado?

En cuanto al acceso al abogado por parte de los niños y niñas, cae de maduro que si el niño o la niña inmersos en un conflicto familiar, desconocen su derecho a participar autónomamente con asesoramiento técnico, tampoco va a saber cómo procurárselo. Por otra parte, la edad influye en las reales posibilidades de acceso a esta información.

Es por ello que son necesarias activas políticas públicas de difusión y promoción de derechos que posibiliten el acceso a la información; y, también, es imperioso el diseño e implementación de programas específicos que organicen y regulen la oferta de servicios de patrocinio letrado para niños y niñas, a fin de brindar servicios de calidad en cuanto a la capacitación y especialización, como así también pautas éticas que consideren especialmente la condición de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes.

Por último, el rol de los progenitores en el acceso al abogado/a, es un tema que preocupa a los jueces y funcionarios judiciales, que reclaman mecanismos de transparencia que impidan maniobras de manipulación o captación de voluntad por parte de alguno de ellos o de sus letrados, que

hagan que su participación en la elección, o directamente la designación del abogado/a de sus hijos, sea la vía más práctica para obtener un pronunciamiento judicial favorable a su pretensión.

No podemos soslayar que los niños de más corta edad se encuentran en un grado de mayor dependencia, tanto física como emocional respecto de sus progenitores. Ello puede ser un obstáculo para que el acceso al abogado sea directo y sin su intermediación. Pero, adoptar un criterio general en este tema, sobre la base de lo que no debe hacerse, es limitar sin fundamento razonable el legítimo ejercicio de un derecho, porque deja de lado los innumerables casos de padres o madres respetuosos de las necesidades y deseos de sus hijos, que con actitud sincera y honesta les facilitan las herramientas necesarias para expresarse y hacer valer sus derechos. Se trata, ni más ni menos, que del ejercicio de su responsabilidad parental. De lo contrario, se trata de una postura "tutelarista" por parte de los jueces, no en el sentido de protección de derechos, sino de paternalismo injustificado.

Ello no significa negar la posibilidad de la existencia de maniobras manipuladoras, que de hecho ocurren en los Tribunales. Pero, los procedimientos judiciales deberían tener características tales que pudieran permitir conjurarlas. Para ello, es necesario que se pueda trabajar con equipos interdisciplinarios y con procesos en los que prime la oralidad y la inmediatez.

La regulación de mecanismos de pago de honorarios para los abogados del niño, también ayudaría a construir la neutralidad del profesional, respecto de las posturas de los progenitores de la persona menor a la que asisten legalmente.

8.- Conclusiones y Propuesta

La aplicación de la figura del abogado del niño en los procesos de familia, compatible con el paradigma de Niño como sujeto de derechos y capacidad progresiva para su ejercicio, requiere:

1) Regulación de la capacidad procesal del niño, en consonancia con su capacidad progresiva.

2) Códigos de Procedimiento que contemplen procesos de familia en los que prime la oralidad, la inmediatez y la interdisciplina.
3) Políticas y programas públicos, que promocionen la figura para que llegue al conocimiento del niño su existencia, y que organicen la oferta de servicios de asistencia letrada y patrocinio gratuito para el niño.
4) Regulación estatal de cuestiones concernientes a las características de la asistencia letrada a niños, niñas y adolescentes, en base al "plus de protección" que merecen:

   4.1.- Especializada: capacitación previa y permanente en cuestiones vinculadas no solo con la doctrina jurídica y jurisprudencia nacional e internacional, sino también con contenido interdisciplinario, en especial el desarrollo de habilidades para la "escucha" en función de las distintas etapas del desarrollo evolutivo.

   4.2.- Trabajo en Equipo con perspectiva interdisciplinaria y con supervisión jurídica: el abogado del niño no debe actuar en soledad sino en el marco de un equipo de trabajo para la elaboración de estrategias, que incluya los aportes de otras disciplinas que permiten una mejor comprensión de la problemática familiar en la que se encuentra inmerso el niño.

   4.3.- Servicio profesional rentado y no gratuito: se deberán prever mecanismos de cobro de honorarios, que contemple por un lado la capacidad económica de los progenitores y por otro, la responsabilidad subsidiaria del Estado.

FAMILIA

TEMA: Protocolo de Actuación ante situaciones de DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL Y VIOLENCIA HACIA LA MUJER. Red Departamental de prevención de Delitos Contra la Integridad Sexual y Violencia hacia la Mujer Río Cuarto, Provincia de Córdoba, Argentina

COMISION: Derechos Humanos de Niños, Niñas, Adolescentes y Familia en situación de vulnerabilidad. Políticas públicas, legislativas y programas

AUTOR: Lic. GHIRARDI LUCIANA RITA (Licenciada en psicología. Profesional del Consejo Provincial de la Mujer, Córdoba, Argentina)

SINTESIS DE LA PROPUESTA

Objetivo:

Diseñar planes y estrategias de acción, a través del trabajo en red y protocolo de actuación intra e interinstitucional, ante situaciones de Delitos contra la Integridad Sexual, en el Departamento RIO IV, Provincia de Córdoba, Argentina.

Método:

Creación de una red departamental, en el departamento RIO IV, que abarca a más de 246.000 habitantes, de la Provincia de Córdoba, Argentina, con la participación de los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Judicial y Legislativo y Organismos no gubernamentales.

Resultados:

El trabajo en red tiene el propósito de articular las acciones intra e interinstitucionales con la creación de un protocolo de actuación que determinen los procedimientos que aseguren una actuación global e integral de las distintas administraciones y servicios implicados, y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan. Como así también el logro de una intervención coordinada de los miembros de la red y el establecimiento de procedimientos homogéneos de actuación por parte

de los poderes públicos, de modo que se garantice una protección integral a las víctimas, en el marco de la Ley 9.283, 26.485,26.061, 9.944 y el Código Penal; sustentado en un marco ideológico compartido.

FUNDAMENTACION

El Consejo Provincial de la Mujer presenta en el año 2009 el proyecto al Consejo Nacional de las Mujeres de *"Capacitación en Asistencia y Prevención de Delitos Contra la Integridad Sexual y avances de la ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales".* Aprobado en el año 2011, el mismo tiene entre sus objetivos la conformación de un protocolo interinstitucional para la Asistencia, promoción y prevención de la Violencia hacia la Mujer y Delitos contra la Integridad Sexual que se llevó a cabo en los Departamentos de San Justo, Cruz del Eje y Minas y Río Cuarto, de la provincia de Córdoba, habiéndose conformado en toda su estructura en el Departamento Rio Cuarto.

El trabajo surge teniendo en cuenta que los Organismos Internacionales han instado a los Estados a combatir y erradicar la violencia de todo tipo contra las mujeres y en especial de delitos contra la integridad sexual.

En el trabajo cotidiano, desde el Consejo Provincial de la Mujer y sus centros de atención en el interior de la provincia de Córdoba se observa que los actores sociales y profesionales que trabajan y abordan la problemática, no siempre participan de una manera organizada y comprometida y aún carecen de una mirada sensibilizada y concientizada en la importancia de tomar medidas conjuntas. Aún sobrevuela en el inconsciente colectivo la idea arcaica de que este tipo de problemáticas son de derecho privado, problemas de familia y a ser solucionados sólo entre los miembros involucrados. Aunque también se observa que en algunos sectores no sólo esta concepción simplista, cómplice y acomodaticia está cambiando sino

que cada día aumenta el compromiso activo para solucionarlo. Pero, aún, las víctimas se encuentran solas y desprovistas de herramientas cuando buscan el acceso a la justicia, cuando buscan cortar de raíz el problema alejándose del victimario ya que caen en la cuenta de los problemas cotidianos de subsistencia y familia y quedan atrapados en el punto nodal del problema. La contención material de casa, protección para la víctima y su familia y manutención está ausente o es insuficiente, y al querer acceder a la justicia no tiene los recursos necesarios para hacerlo.

Dicha realidad es consecuencia , en la mayoría de los casos, de que los y las profesionales y agentes que trabajan en las instituciones relacionadas en la problemática, como así también en el ámbito de la justicia local, no se encuentran capacitadas debido a que existe muchas veces una invisibilidad de la problemática y ausencia de unificación de criterios para su tratamiento y resolución, por lo que se debió pensar en estrategias que puedan disminuir o posibilitar un cambio de dicha realidad, a través de un trabajo en red y un protocolo de actuación univoco y consensuado.

Para tal fin, dicho trabajo se sostiene bajo una mirada de sujetos de derechos, perspectiva de género, convenciones y acuerdos internacionales, leyes vigentes en nuestro estado de protección a la niñez, adolescencia y familia y el código penal de nuestro país.

En el trabajo de construcción de la red se abordaron los siguientes problemas:

- Marcos teóricos sin consensuar.
- Disparidad en la interpretación con respecto a la aplicación de las leyes de protección de NNA y de Violencia.
- Falta de información de recursos existentes en los ámbitos público y/o privado.

Por lo que el trabajo que se realizó estuvo centrado en lograr:

LA ARTICULACIÓN Y EL FORTALECIMIENTO TÉCNICO INSTITUCIONAL E INTERINSTITUCIONAL EN LA PREVENCIÓN Y

ASISTENCIA EN DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL Y CONTRIBUIR A LA INSTALACIÓN DE LA LEY NACIONAL Nº 26.485.

Las acciones realizadas fueron:

- Capacitación, formación y entrenamiento en la prevención y asistencia en todo tipo de violencia hacia las mujeres y específicamente de Delitos contra la Integridad Sexual a los actores del ámbito de la Justicia, Salud, Educación, Fuerzas Policiales, de Seguridad, ONG y Centros de Atención Interdisciplinaria del consejo Provincial de la Mujer en el interior de la provincia de Córdoba
- Institucionalización de una red local para la Prevención de Violencia Hacia Las Mujeres y Asistencia en Delitos Contra La Integridad Sexual, en los Departamentos citados.

  El propósito de conformar esta red se centró en redactar UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN CONSENSUADO QUE CONTEMPLE EL APORTE DE LAS INSTITUCIONES IMPLICADAS EN LA ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA Y AGRESIONES SEXUALES COMO ASÍ TAMBIÉN ESTABLECER PAUTAS DE ACTUACIÓN HOMOGÉNEAS, QUE REDUNDEN EN BENEFICIO DE LA ATENCIÓN A LAS PROPIAS VÍCTIMAS DE MANERA INTEGRAL Y DE LA PUESTA A DISPOSICIÓN JUDICIAL DE LAS PERSONAS AGRESORAS.

  Con la clarificación de roles de las instituciones intervinientes (competencias, jurisdicción, autoridad de aplicación) se pretende establecer un lenguaje clarificador, unívoco y simple que sirva para proporcionar reciprocidad y una mejor comunicación entre los actores y las instituciones.

  En el marco de los lineamientos de la red se plantea la necesidad de lograr cambios culturales y estructurales que posibiliten el respeto de los derechos de las mujeres para evitar y erradicar la violencia en las relaciones de género. Además se pretende que las legislaciones creadas para proteger y garantizar el derecho de la mujer a tener una vida libre de violencia, consideren que las sanciones al agresor necesitan un cambio. Quizás en la

interpretación o percepción de los funcionarios, motiva esta propuesta, ya que se ha visto y se ve que las medidas aplicadas a los agresores y que no tipifican un delito, con el correr del tiempo, han perdido efectividad de sus objetivos de aplicación, e implican que el agresor haga caso omiso de ellas, lo que conlleva a que el mismo sigue imponiendo su supremacía jerárquica de género, se sienta impune, aún habiendo impuesto sobre él, medidas contempladas en la ley, resistiéndose, al considerar que el maltrato familiar es un conflicto y no un delito, siendo este último considerado como tal, en casos extremos de violencia cuando se ocasionan lesiones graves o feminicidios.

El compromiso de las Instituciones implicadas en estas demandas será de adecuar su actuación dentro del máximo respeto a sus respectivas competencias y, en especial, a la independencia judicial; con el fin de favorecer la efectiva aplicación de las medidas y pautas de actuación contempladas en el Protocolo de actuación ante situaciones de violencia hacia la Mujer y Delitos Contra la Integridad Sexual con las áreas competentes en las temáticas, logrando ser este instrumento, parte de una política pública de estado en la provincia de córdoba y referencial en nuestro país, argentina.

PROTOCOLO DE ACTUACION:

El presente acuerdo , entre los miembros e instituciones de la ciudad de Rio Cuarto y el Departamento Rio Cuarto que conforman la Red, tiene por objeto articular los mecanismos de cooperación y optimizar la coordinación en las áreas con competencia material en las temáticas de violencia hacia la Mujer y Delitos contra la Integridad Sexual, colaborando con Dispositivos y/0 Mecanismos apropiados a fin de brindar un abordaje integral a las víctimas de estos delitos evitando la Re victimización desde una dimensión de Derechos Humanos y perspectiva de Género en el Departamento Rio Cuarto.

El primer dispositivo interinstitucional que se elabora es el Protocolo de Actuación ante situaciones de DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL Y VIOLENCIA HACIA LA MUJER.

Teniendo en cuenta el concepto de Protocolo Interinstitucional:
Los protocolos son dispositivos que generan mecanismos de coordinación y articulación interinstitucional donde se establecen las acciones a seguir entre los nodos a través de una comunicación formal y estandarizada que deben seguir como mínimo las áreas competentes en Violencia hacia la Mujer y Delitos contra la integridad Sexual.
Las instituciones intervinientes Acordaron lo Siguiente:
1-Marcos teóricos (legales y conceptuales) en las temáticas mencionadas.
2-Procedimiento de actuación.
3-Recusos existentes.
4-Hoja de Notificación.
5-Instituciones intervinientes

PROCEDIMIENTO:
Cada institución que reciba la demanda y tenga la necesidad de derivación, o el trabajo conjunto con otra institución, que aborde el trabajo en red de la demanda, deberá elevar el caso mediante un Informe breve con los datos necesarios (nombre y apellido, domicilio, DNI, fecha de nacimiento, datos personales de padres o tutor, teléfono y especificar demanda de intervención **(Hoja de Notificación),** como una vía de evitar la revictimización y lograr una mayor rapidez y eficacia de intervención. En cuanto se solicite informe de las actuaciones, desde el ámbito de la justicia u organismo designado como órgano de aplicación legal, el mismo deberá ser pedido mediante oficio judicial.

A) DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

-Si la demanda es por abuso o sospecha de abuso sexual, es importante rápidamente ubicar la legislación, la o las instituciones intervinientes, qué pasos legales corresponden y qué sujetos de la red intervienen, teniendo en cuenta sus competencias.

Ante un delito contra la integridad sexual se debe asesorar en donde denunciar:

- La Denuncia: puede ser en la Policía, Unidad Judicial, Fiscalías. Dicha denuncia debe ser realizada por madre, padre o tutor, que no haya inferido en el delito sexual. La denuncia, si se trata de menores de edad, puede ser anónima al 0800-555-68537.

I) Si del delito toma conocimiento la Subsecretaria de Niñez, adolescencia y Familia de la ciudad de RIO IV, las áreas sociales o equipos técnicos que dependan de los municipios y comunas del Departamento RIO IV, o salud, o ámbitos educativos de la ciudad de RIO IV o de alguna localidad del Departamento RIO IV, Jueces de Paz, como así también el Centro de Atención Interdisciplinaria para Víctimas de Delitos Contra la Integridad sexual RIO IV, y el adulto responsable de un menor de edad se niega a realizar la denuncia se deberá:

- Informar a la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) , para que desde esta Secretaria se tomen las medidas de protección y en el caso que corresponda formule la correspondiente Denuncia Penal.

II) Si la denuncia es recepcionada por SENAF esta Secretaría elevará la misma a la Fiscalía que corresponda para que comience el procedimiento judicial que se requiere con este tipo de delitos.

III) Cuando SEA EL AMBITO ESCOLAR quien reciba la demanda o sospechen de la ocurrencia de algún tipo de Delitos contra la Integridad

Sexual O Violencia Familiar, en donde esté en riesgo la integridad física o psíquica de niños, niñas o adolescentes, SE ACUERDA QUE SE PUEDE REALIZAR LA INTERVENCION POR CUALQUIERA DE ESTAS VIAS:

1) DOCENTE- informe al DIRECTOR y este informe o ponga en conocimiento a SENAF e informe al INSPECTOR.

2) DOCENTE informe al DIRECTOR, éste al INSPECTOR y que sea el inspector quien ponga en conocimiento del hecho o sospecha a SENAF.

3) DOCENTE o DIRECTOR informe al EPAE , este equipo a SENAF y al INSPECTOR.

Se recuerda al docente tener un registro de todas las acciones realizadas.

4) Si ninguna de estas instancias se llevan a cabo, todo miembro de la comunidad educativa debe recordar que: TODO ADULTO TIENE OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR, DEBE ACTUAR DE INMEDIATO E INFORMAR A SUS SUPERIORES cuando tome conocimiento de alguna situación de riesgo que pueda estar viviendo un menor de edad, según lo dispuesto por la ley 9944, adhesión a la ley Nacional de Protección integral a niños, niñas y adolescentes, en sus art. 32 y 33:

En caso de que la denuncia fuera efectuada en órgano judicial, el mismo debe -sin más trámite y de manera inmediata- remitirla a la autoridad administrativa de aplicación de la presente Ley para que tome conocimiento e intervención conforme a su competencia. No obstante, cuando de la misma denuncia o de un requerimiento del ministerio pupilar resultare que se trata de un hecho que prima facie constituiría un delito de orden penal, la autoridad judicial que la receptare, además de la remisión referida precedentemente, lo derivará de manera urgente a la fiscalía de turno.

En caso de que la denuncia fuese formulada por la niña, niño o adolescente, la ausencia de sus representantes legales nunca podrá obstaculizar su recepción.

En todos los casos es importante informar:

1) De la importancia de la profilaxis post exposición sexual, en los casos de abuso con acceso carnal, dentro de las 72hs de ocurrido el hecho.
2) De la posibilidad e importancia de la asistencia psicológica y legal que puede recibir la víctima, directa e indirecta, de un delito contra la integridad sexual en el Centro de Atención a Víctimas de Delitos Contra la Integridad Sexual, que brinda su asistencia a toda la población del departamento RIO IV.
Tel. 0351-152567896 (Pabellón V del viejo Hospital San Antonio de Padua, ciudad de RIO IV)

QUIEN PUEDE DENUNCIAR:

La ley 9944, en su art. 13, plantea la corresponsabilidad, es decir que toda persona que tome conocimiento de una situación de delitos contra la integridad sexual intrafamiliar de un niño, niña o adolescente: tiene la obligación de comunicar al organismo de aplicación o a la fiscalía de turno.

B) VIOLENCIA HACIA LA MUJER

Se acuerda:
La legislación que se tendrá en cuenta es la 9283 y 26485, donde se tendrán en cuenta todos los tipos de violencia que la ley distingue.

I) La Denuncia: debe ser realizada en la Policía, Juez de Paz, Programa de Violencia Familiar o Juzgado de Niñez, Juventud y Violencia Familiar.

II) La demanda puede ingresar por el Programa de Violencia Familiar: donde se le ofrecerá a la victima asesoramiento, podrá realizar la denuncia y se le brindara asistencia.

III) Todas la instituciones y organismos que forman parte de esta red se comprometen a informar, en cuanto tomen conocimiento o sospechen de situaciones de violencia en una mujer, acerca de las leyes de protección, que rigen en la provincia de Córdoba y el territorio de la República Argentina, como así también de las dependencias y procedimientos que deben realizar para denunciar el tipo de violencia que sufren y obtener las medidas de protección que la legislación vigente ofrece.

C) FINALMENTE en ambos casos SE ACUERDA:

La derivación de situaciones entre actores de la red tendrá lugar únicamente cuando las acciones que supone la intervención no correspondan en ninguna medida con las funciones específicas de la institución que realiza la derivación.

En tales casos la institución que realice la derivación deberá:

a) Informar adecuadamente y por escrito, quien haya solicitado la intervención, respecto del actor de la red al que debe acudir.

b) Llevar registro escrito de las derivaciones realizadas y verificar la intervención del o los actores de la red al que se haya efectuado la derivación.

c) Realizar seguimiento de los casos en los que se intervienen con un claro registro y entrecruzamiento de datos e información, entre los actores de la red, con el objeto de llevar registros estadísticos en cada zona geográfica donde se resida y especialmente evitar la revictimización y el mal uso de los recursos humanos existentes.

d) Se informe a la institución o actor al que se solicite la intervención de todas aquellas medidas cautelares u otras análogas aplicadas, Según lo establece el art.21 de la Ley 9283 y, art. 26 de la Ley 26485 y art. 45 al 48 de la Ley 9944.

LOS Y LAS INTEGRANTES DE LA RED SE COMPROMETEN A CREAR UNA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN CUYAS FUNCIONES SERÁN:

a) Confeccionar informe anual de evaluación correspondiente a la aplicación del protocolo de parte de las instituciones intervinientes.

b) Realizar acciones para la consolidación de la red.

c) Intervenir mediante la conciliación cuando se lleven acciones desarticuladas, no consensuadas entre las instituciones.

d) Realizar la consultoría permanente a los fines de asegurar el cumplimiento del presente protocolo.

e) Realizar otras funciones que se les atribuyan.

CONCLUSIONES:

El compromiso de las Instituciones implicadas en estas demandas remite a adecuar su actuación dentro del máximo respeto a sus respectivas competencias y, en especial, a la independencia judicial; con el fin de favorecer la efectiva aplicación de las medidas y pautas de actuación contempladas en el Protocolo de actuación ante situaciones de violencia hacia la mujer y delitos contra la integridad sexual con las áreas competentes en las temáticas, con el fin de disminuir y/o evitar la revictimización, logrando ser este instrumento parte de una política pública de estado en la provincia de córdoba y referencial en nuestro país, argentina.

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA

NOVIEMBRE 2014

"TRANSITANDO OTROS CAMINOS EN LA COMUNICACIÓN CON LOS ADOLESCENTES"

Autora: ZULMA B. MENGUAL –

ABOGADA – MEDIADORA

TEMARIO:

Mediacion: resolución de conflictos entre adultos y los adolescentes

La voz de los adolescentes en la mediación

La comunicación entre adultos y adolescentes

Introducción de los niños y adolescentes en el proceso de resolución de conflictos

La facultad de decisión y compromiso

Prácticas Restaurativas

Personas y problemas difíciles

FUNDAMENTOS:

La forma de como se resuelven los conflictos permitirá la estabilidad y la seguridad de los acuerdos que se realizan entre las partes involucradas.

La participación de todos los involucrados es fundamental. Si un integrante no participa en las decisiones será muy difícil que lo pueda sentir, y no podrá plasmar el objetivo que es la pacificación interior, el reencuentro con los afectos o la correspondencia con los demás, este es el punto de partida de mi propuesta.

Cuanto estoy con niños y adolescentes observo y me preocupa:

La *necesidad de integración inter-generacional.*

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.

Pero que además suelen generar un estado de *confusión a la hora de comunicarnos eficazmente.*

Las habilidades, herramientas, recursos que se utilizan en *mediación colaboran en facilitar una comunicación eficaz* entre las personas adultas y adolescentes.

Siendo mis objetivos el de 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 como 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.

Es un derecho de los jóvenes poder opinar e intervenir en las decisiones, cuando los involucra.

La mediación ha sido considerada una opción para que los niños puedan expresar su opinión y ser escuchados acerca de aquellas cuestiones que les conciernen.

La Convención de Derechos de los Niños y Adolescentes, lo establece, dos artículos son específicamente interesantes para los mediadores: el artículo 3° que enfatiza la importancia del "mejor interés" de los niños, y el artículo 12, que prescribe su derecho a ser oídos.

Desde mi lugar de Mediador he observado, que cada vez mas, las personas se atreven a contar sus dificultades cuando están a cargo de un menor. A su vez muy frecuentemente tenemos a los adolescentes y jóvenes acercarse a pedir ayuda cuando son maltratados por su familia, por sus pares y las Instituciones (llámese escuela, hospital, policía, servicios de protección, etc.) Y a todos ellos hay que darles alguna respuesta, no solo en palabras sino en acciones, poner en práctica lo que se dice en los protocolos. No es fácil llevar adelante políticas efectivas de intervención en red, no obstante aunar criterios entre los que estamos en contacto directo con la problemática, resulta realizable.

En El Bolsón- Río Negro-Argentina contamos con una Red de trabajo donde intervienen a nivel local: Hospital, Servicio de Protección de Derechos, Equipos Técnicos de Apoyo Pedagógico (ETAP), las escuelas de todos los niveles, Centro Atención Familiar (CAF), Casa de Justicia, Centro Judicial Mediación (CEJUME), y desde S.C. de Bariloche: Asesoría y Defensoría de

Menores (que está a 130 km),. Cada cual con sus protocolos, todavía no se han aunado, pero en general, podría decirse que vamos en el mismo rumbo.

Ahora cuando las personas llegan a la Mediacion y se detecta que en un menor se ejerce maltrato, es costumbre hacer intervenir a las Redes, se informa a las partes los pasos que se van a seguir y se suspende la reunión.

No hay legislación en nuestra provincia que prohíba llevar a la Mediación a los menores de edad. Aun así resulta difícil llevar a un menor al proceso de Mediacion.

Quizás sean mitos, miedos…, la realidad es que generalmente solo tenemos las narrativas de los adultos. Muchas veces me pregunté: Que dirá el niño si escuchara esto? Será así como ellos lo perciben? Es necesario que participen si están involucrados? Cuando se habla de ellos es prioritario que estén presente ?…

Depende también de nosotros su ejercicio, hacer conocer e incentivar su significado.

Pero para ello hay que comunicarlo, transmitirlo, es ahí que se nos presentan las dificultades, las barreras, el conflicto.

Transformar el conflicto en una oportunidad, basar las resoluciones en los intereses y adquirir una actitud colaborativa, permitirá fortalecer el vínculo entre las personas y solucionar las dificultades.

En las distintas formas de resolución de conflictos, entre ellas la Mediación, se practican técnicas y se usan herramientas, que facilitan el logro de los objetivos propuestos.

Quienes nos ocupamos de los adolescentes, descubrimos limitaciones, principalmente de comunicación con ellos. Como consecuencia no tenemos la información que de ellos necesitamos, cuando se presentan con los conflictos, solicitando asistencia y asesoramiento.

Muchas veces no lo dicen verbalmente, sino que lo manifiestan en sus actos y conductas. Y otras se comunican a través de un tercero, por un familiar, amigos u otros.

Por eso, ejercitarse en estas habilidades ayuda a que las relaciones personales y profesionales sean fuertes y mejoren con el tiempo.

Aprender a lidiar con el conflicto en lugar de evitarlo es fundamental para proteger y desarrollar las relaciones interpersonales.

Un conflicto mal administrado puede causar daño y provocar conductas negativas.

El conflicto surge de las diferencias, y se produce cuando hay intereses diferentes u opuestos, donde los valores, motivaciones, percepciones, ideas o deseos que no son comunes a todos.

Las necesidades juegan un papel importante en el éxito de las decisiones a corto y a largo plazo en la mayoría de las relaciones, por lo cual cada una merece respeto y consideración.

Un conflicto es algo más que un desacuerdo. Se trata de una situación en la que se puede percibir como una amenaza.

Cuando interactuamos con otras personas siempre nos comunicamos y adoptamos conductas, de las cuales algunas no nos ayuda a expresarnos ni dejamos que nuestro interlocutor lo haga, debemos evitar intervenciones que produzcan la sensación de no ser escuchados. Algunos ejemplos a la hora de hablar, lo que hacemos es: interrumpir, retar, aconsejar, culpar, minimizar o cuestionar, etc. Y también comunicamos con nuestros gestos, miradas, movimientos, entonces no podemos ayudar si no miramos a los ojos, bostezamos, fruncimos el cejo o actuamos con apuro. Estar lejos de la persona o mirar hacia otro lado. Poniéndonos en el lugar del otro, no seguiríamos la narración, ni contaríamos nuestras dificultades, probablemente la respuesta seria negativa.

La comunicación humana es un proceso que incluye dos o más personas emisor-receptor, entre las que circulan mensajes, en una serie de ida y vuelta , por distintos canales al mismo tiempo, concordantes o no entre ellos, que siempre se influyen mutuamente; ocurre en un contexto espacial , afectado por un contexto histórico, y genera una historia .-

Toda conducta o comportamiento humano, en una situación de interacción, adquiere el valor de un mensaje, pero debido a las muchas diferencias de percepción, creencia, actitudes y valores entre las personas no hay comunicación.

No es acertado *suponer* siempre que *comprendemos* adecuadamente aquello que alguien nos está comunicando o, a la inversa, que *el otro comprende* perfectamente aquello que comunicamos.

A la hora de comunicarnos debemos estar muy atentos a nuestras palabras y gestos, seguramente vamos a tener respuestas que nos ayuden a entender las dificultades del otro si nos proponemos utilizar un lenguaje fácil de entender, recordando que estamos con un adolescente, los cuales tienen sus propios códigos de comunicación. Si estamos con ellos debemos conocerlos, no nos condiciona tener que usarlos, si es básico entender de qué nos hablan. Es importante tener disponible una caja de herramientas propias, donde tengan componentes que nos brinden ayuda según los personajes o roles, los componentes históricos y de lugar que tiene cada uno.

Nuestra caja de herramientas está compuesta por habilidades y técnicas natas o adquiridas, por una escucha activa, diferentes tipos de preguntas según el objetivo, parafraseo de lo expresado, la creatividad de las ideas y un toque de encanto personal a través de la empatía, en ponerse en el lugar del otro. Y todo ello sin quedar atrapado en la telaraña de los conflictos del otro.

La habilidad de establecer una buena comunicación, es decir, una comunicación efectiva, entre dos o más personas no es algo que generalmente adquirimos espontáneamente. Requiere estar atento a las diferencias de percepciones, creencias, suposiciones, valores, etc. que pueden estar afectando la calidad y/o la efectividad de nuestra comunicación con el otro. Y adquiere mayor importancia cuando la comunicación se da con el propósito de analizar y resolver un conflicto o disputa.

En cualquier proceso comunicativo, podemos diferenciar: un componente verbal (el discurso que se emite), un componente para-verbal (el tono,

volumen, etc. con que se habla), un componente no verbal (gestos, posturas corporales, etc.), un contexto o situación social donde ese discurso se produce. Así, un mismo componente verbal (por ejemplo: "vení para acá") no tiene el mismo valor si se dice en un tono sereno y con un volumen normal o si se lo hace irritado y gritando, si se acompaña con un gesto suave o enérgico con la mano y/o el brazo, si lo emite una madre llamando a un hijo pequeño o un docente a un alumno que se ha comportado inadecuadamente.

Si a todos los denominamos de igual forma, no hay identidad. Cada uno se identifica con su nombre, su lugar, el grupo que integra, será una forma positiva de comunicarnos con ellos si los llamamos por su nombre, conocemos sus ideas y reconocemos sus aportes, sin emitir juicios.

Las personas no están acostumbradas a escuchar para aprender, sino que están preparadas para preguntar. Es común que antes de que el otro termine la narración, ya se está pensando en la pregunta siguiente o emitiendo una opinión al respecto. Y quizás lo que él solo necesita es que lo escuchen y escucharse.

Pero cuando del otro solo esperamos que se exprese verbalmente o por escrito. Es aquí donde tenemos las mayores dificultades. Es entonces el momento de desaprender y reaprender que tenemos otras formas de manifestar los pensamientos y sentimientos, quizás una mirada o el movimiento de las manos, la postura que se adopta nos da otra información necesaria al momento de resolver las situaciones.

Cuando digo resolver es lograr armar en conjunto las posibles soluciones de aquello que produjo preocupación, dado que se tiene un conflicto, un dilema, que posibiliten salir satisfactoriamente de esa telaraña contaminada.

Con el uso de "practicas restaurativas" se puede mejorar la convivencia entre las personas, pues estas se sienten que forman parte, porque pueden participar en los asuntos que los afectan, y por lo tanto se involucran positivamente en la búsqueda de las soluciones. Estas brindan métodos de diálogo efectivo para prevenir y atender la violencia y los conflictos, mediante

un “proceso de toma de decisiones participativa” en donde se garantiza el respeto de los derechos. Son sanadoras, reparadoras de los vínculos que se dañan por el mensaje y la circunstancia no aceptada, formando círculos restaurativos donde todos actúan en condiciones de igualdad y tratan el conflicto aportando ingredientes que colaboran en la exploración de soluciones.

Ser “dueño de los resultados” implica compromiso efectivo, y produce los efectos mágicos deseables por todos.

También, aparecen otros componentes que hacen difícil la comunicación, es cuando se adoptan posiciones obstinadas.

Al decir de William Ury: *“En las negociaciones complejas, cada cual considera al otro como una persona difícil…. No importa quién es el difícil; el reto es transformar un enfrentamiento en un ejercicio de solución conjunta de problemas”*

Este es el desafío: como transformamos el conflicto.

En primer lugar dejar de pensar que el conflicto es un problema sino que es una oportunidad.

Ante situaciones o personas difíciles, se debe tener presente primeramente que hay que separar las personas y los problemas.

Seguidamente utilizar nuestra caja de herramientas, la cual está integrada por elementos natos, otros aprendidos, que cada cual sabrá utilizar en su momento y determinar cuál es la mejor.

Y tendremos obstáculos o barreras que no colaboran, habrá que presentarlos a fin disipar esos “fantasmas” que estremecen”.

Tenemos primero la reacción de uno, cuantas veces nos decimos: esto me supera, no me gusta, preguntándonos que me pasa con esto. Pero también el otro reacciona.

Después se nos presentan las emociones, las posiciones ancladas, el descontento y el poder. Entonces nos ocuparemos: de lo que me pasa a mí y al

otro. Es decir metafóricamente las dos caras de la moneda deben ser evaluadas.

Y en cada caso tendremos en cuenta distintas estrategias para provocar en estas personas, con posiciones obstinadas, una mutación.

Nuestro impulso natural ante una situación o persona difícil es reaccionar. Pero también es el peor error que podemos cometer.

Veamos como impedimos caer en este impulso. Imaginemos: subir a un balcón, y desde allí otear la situación, podremos identificar las tácticas que se utilizan desde un muro de piedra, ataques y trucos.

Es sumamente importante dejar claro que estamos de su lado. De que desde éste lugar no tiene un enemigo, que ambos van a buscar la Mejor Alternativa (MAAN: Mejor Alternativa de Acuerdo Negociado)

Hacer sentir al otro que es escuchado, que se reconocen sus puntos de vista y a su vez, que el interlocutor es accesible, permitirá cambiar el juego. Debemos lograr tender "un puente de oro", con la base solida de incluir sus soluciones, satisfacer los intereses y ayudar a quedar bien con las decisiones. Y no solo ante sí mismo sino con fa familia, con el grupo de pares, con sus amigos. Facilitando el proceso con estas bases, el puente servirá para cruzar hacia el recorrido de un nuevo camino.

Pero todavía nos queda un obstáculo más, el poder. Cuando un adulto tiene que interactuar con un adolescente, existe poder ya sea por la diferencia de edad, vivencias, status, profesión, etc., la dualidad es cómo lo ejercemos.

Usemos el poder para educar y no para vencer. Preguntemos para revelar la realidad, advierta, no amenace, demuestre y utilice su MAAN, forme coaliciones, recurra a terceros, deje que el otro escoja, equilibre, forje un acuerdo duradero.

A fin de introducir la voz de los menores en el proceso de Mediacion, comenzaremos primero a darles la facultad de decisión y compromiso.

Se debe tener presente algunos parámetros de medición, para definir la inclusión del niñ@-adolescente en el procedimiento, en base a:

- El deseo a partir de las palabras
- El clima afectivo manifiesto y de los actos
- El espacio vincular
- Las fortalezas y dificultades de cada uno para ser incluirlo o no en la mediación
- Las oportunidades y obstáculos del entorno para de su intervención o no
- La participación activa
- La intervención de expertos neutrales
- Los actos responsable de los padres

Definida la intervención en la instancia, el mediador debe ser muy cauto con los protagonistas del conflicto, se deberá:

- Garantizar el procedimiento
- Proteger a los involucrados
- Globalizar el conflicto
- Avalar los principios de neutralidad y objetividad
- Controlar el proceso
- Abrir la puerta de las necesidades e intereses de las personas estén o presentes en la audiencia
- Incluir efectivamente
- Informar a los niños
- Compartir las decisiones de los padres
- Respetar la autoridad parenteral

Para comprender mejor el rol que cumple el niño dentro de la Mediación, se corresponderá considerar los aspectos mencionados y además la edad y no solo la cronológica.

Aprender a lidiar con el conflicto en lugar de evitarlo es fundamental para que progresen y maduren las relaciones.

Un conflicto mal administrado puede causar un gran daño en esa relación.

Sin embargo, cuando se maneja correctamente, de manera respetuosa y positiva, el conflicto constituye una oportunidad para fortalecer el vínculo entre las personas y solucionar las dificultades. Por eso, aprender habilidades para la resolución de conflictos ayuda a que las relaciones personales y profesionales sean fuertes y mejoren con el tiempo.

El conflicto surge de las diferencias y se produce cuando las personas no están de acuerdo sobre sus valores, motivaciones, percepciones, ideas o deseos.

Las necesidades de ambas partes juegan un papel importante en el éxito a largo plazo de la mayoría de las relaciones, y cada una merece respeto y consideración

Un conflicto es algo más que un desacuerdo. Se trata de una situación en la que una o ambas partes perciben una amenaza.

Depende de cómo se reacciona ante los conflicto será el resultado. Algunas actitudes serán de competir, otras de conceder, evitar, convenir y/ o colaborar.

Conclusiones:

Hoy a todos se nos presentan distintos dilemas cuando interactuamos con niñ@s y adolescentes por nuestras creencias y aprendizajes, y también por nuestros miedos. Es entonces cuando buscamos nuevos caminos que nos posibiliten ayudar y ayudarnos a encontrar soluciones, reparar el deterioro ya producido, y prevenirlo a través de la educación.

La importancia de permitir dar la voz a todos los involucrados en un conflicto, hará que el compromiso que se asuma, se cumpla responsablemente. Pero somos nosotros los que tenemos que colaborar a realizar el cambio, alzar la voz para que se practiquen todos los derechos de los niñ@s del mundo y que no queden solo en los protocolos.

Estamos transitando el mejor momento para transformar las dificultades en oportunidades, porque hoy es el día de descubrir otras formas de comunicarnos.

Diversos pueblos del mundo todavía no los consideran personas, pero nosotros tenemos todas las herramientas legales para lograrlo. La Convención de Niños

y Adolescentes éste año cumple 25 años de su sanción, una decisión personal hacer participar a los niños en las decisiones de los adultos, pero es una obligación ética que debemos asumir todos.

La mejor forma de colaborar es conocer lo que nos tienen que decir sin juzgar y sin recriminar. Para ello aprender escuchar es una forma de entender.

Todos podemos ser mediadores, embajadores o representantes de los niños, pero ninguno podrá saber entender sus emociones, sin no puede escucharlos.

Bibliografía sugerida:

Asertividad, expresión de una sana autoestima. Olga Castanyer. Edit. Desclée de Brouwer

El dialogo puede ser una solución, enfrentando problemas desde la palabra. Lydia Febre- Edit. Lumen

El espíritu creativo. Daniel Goleman- Edit. Vergara

Herramientas para trabajar en mediación. Francisco Diez y Gache Tapia. Edit. Paidos

La comunicación no verbal. Flora Davis- Edit. Alianza

La estructura de la magia- Programación neurolingüística. Richard Bandler - John Grinder. Edit. Cuatro Vientos.

La Inteligencia Emocional. Daniel Goleman- Edit. Vergara

Los cuatro acuerdos. Miguel Ruiz, Edit. Urano

Mediacion Estratégica. Rubén Calcaterra- Edit. Gedisa

Mediacion Familiar, Teoría y práctica: principios y estrategias operativas. Lisa Parkinson- Edic. española de Ana M Sanchez Durán- Edit. Gedisa

Mediación Interpersonal- Facilitando el diálogo entre las partes. Gregorio Billikop Encina. Publ. Fundación Chile

Mediación intrapersonal-un camino de pacificación personal. Cecilia Ramos Mejía. Edit. Librería Histórica

Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Marinés Suares. Edit. Paidós Persona Toxicas- Como identificar y tratar a las personas que te

complican la vida para relacionarte sanamente. Bernardo Stamateas- Edit. Vergara

Sí… De acuerdo ¡Cómo negociar sin ceder", Roger Fisher- William Ury -Bruce Patton, Edit. Norma

Sí… De acuerdo ¡ En la práctica. Roger Fisher-Danny Ertel, Edit. Norma

Supere el No! Cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas". Roger Fisher- William Ury, Edit. Norma.

Un mirar, un decir, un sentir en la mediación educativa. Cecilia Ramos Mejía- Edit. Librería Histórica.

EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y LAS PERSONAS CON PADECIMIENTOS MENTALES: "La aplicación operativa de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad como garantía de efectividad del derecho del niño a ser criado por sus padres."

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

ALAMFPyONAF

Comisión II

Autores: Mariela Verónica Cano

Marisa Daniela Peralta

Con la presente ponencia nos proponemos analizar de qué modo el nuevo paradigma aplicable a las personas con padecimientos mentales, y el –-¿podríamos decir ya consolidado?- sistema de la protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, pueden confluir en algunos puntos conflictivos en común, o dicho de otro modo, responder a la pregunta sobre cómo el paradigma del modelo social -o mejor, su efectivización- puede ser un modo también de efectivizar los derechos de los niños o niñas, en especial el derecho a vivir y ser criados por su familia de origen -derecho a la vida familiar-. Y es que, el modelo social de discapacidad encuentra hoy en día todavía mucha resistencia por parte de los operadores jurídicos, y a veces esa resistencia puede implicar la vulneración flagrante del derecho a la vida familiar de un niño/a.

Nos ponemos como punto de partida la situación tan frecuente de personas con padecimientos mentales (retraso mental leve o moderado, esquizofrenia, depresión, trastorno bipolar, trastornos de personalidad, cuadros piscológicos, etc.) que tienen hijos menores de edad, y que en razón de su "discapacidad" o en palabras de Agustina Palacios de su "diversidad funcional", se ven privados de criarlos, educarlos, contenerlos y en definitiva, de quererlos.

En el caso, las normas en contacto son los arts. 5, 18, 9 y 10 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CDN) y fundamentalmente los arts. 19 y 23 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD). Está claro que en nuestro

ordenamiento interno estamos hablando de dos normas de distinta jerarquía: la primera de rango constitucional, y la segunda de rango supra legal –pero no constitucional-. (conf. Art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional). Y claro está, en caso de que ambas normas entren en conflicto, siempre habrá que estar a la solución que mejor se concilie con el interés superior del niño o niña involucrado. (art. 3 CDN) Por ello nos gustaría dejar aclarado desde ya, lo que podría ser la primera objeción: en caso que la persona a raíz de su padecimiento mental no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente el rol parental, o que su ejercicio conlleve un perjuicio al desarrollo del niño, obviamente el conflicto habrá de resolverse de conformidad a lo que sea de su mejor interés.

No obstante lo expuesto en el párrafo precedente, también es preciso aclarar que –si bien en nuestro orden interno ambas normas tienen distinta jerarquía, como ya se expuso- ambos son tratados de derechos humanos, y que como tales, los derechos consagrados en ellos son universales, irrenunciables, imprescriptibles, inviolables e inalienables, etc. Pero por sobre todos los caracteres, son –en lo que nos interesa- indivisibles, interdependientes, integrales y complementarios. Ello supone que "todos los derechos humanos están relacionados entre sí y en su conjunto forman parte de un sistema armónico que garantiza y protege la vida digna, libre y autónoma de las personas. La persona necesita de todos los derechos humanos para vivir con dignidad, en libertad y en condiciones de igualdad con los demás. Todos los derechos humanos son igualmente importantes, por ello no se pueden establecer jerarquías entre ellos. La negación de un derecho pone en peligro el ejercicio de los otros derechos, por ello el ejercicio de un derecho no puede hacerse en perjuicio de algún otro." [43]

[43]Curso Introductorio de Derechos Humanos, Módulo 1, Departamento de Aula Virtual, Poder Judicial de Mendoza, material elaborado por Vanina Abraham y corregido por Alejandro Grando, Javier López Maida y Romina Cucchi, en base a la bibliografía allí citada.

Hay algunos fallos que han constituido el disparador del presente artículo, pero fundamentalmente ha sido la circunstancia de nuestro trabajo como Asesora de Menores e Incapaces y como Juez de Familia, lo que nos ha mostrado que en la realidad (que tantas veces no llega a los tribunales), existen casos en donde padres o madres con algún padecimiento mental ejercen la autoridad parental. A veces, de ese ejercicio empiezan a surgir deficiencias que redundan en perjuicios concretos para el niño o niña interesado, y que terminan dando lugar primero a medidas de protección por el Organo Administrativo, y luego dan paso a una declaración de adoptabilidad y a la vinculación del niño/a con una familia adoptiva. Otras veces, la cuestión aparece en el proceso en que se discute la capacidad de la madre/padre, y en el proceso de producción de las pruebas surge que ésta desempeña el rol materno -adecuadamente o no-, que requiere asistencia o supervisión de un tercero en ese rol, o lisa y llanamente que no puede ejercerlo y que por esa razón ese ejercicio ha sido delegado en otra persona o bien aparece como necesaria esa delegación.

Dicho esto, analizaremos ahora las normas –o mejor, concretamente los derechos en juego en la situación planteada-: el derecho a la vida familiar, está receptado en el Preámbulo de la CDN y en los arts. 5, 8, 9, 10, 28 y ccs. de la misma. Ya la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva Nº17, párrafo 66, resaltó la importancia de la familia como centro ideal para el desarrollo y la crianza de todo niño/a y por ello sostuvo: *"la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar".*

Asimismo, el párrafo 77 dice: *"El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias*

arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los arts. 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos." Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia".

Por su parte, la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad recoge el modelo social de discapacidad, entendiendo a la discapacidad como la imposibilidad de las personas con alguna diversidad funcional (física, sensorial, mental) para ejercer los derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, derivada –no de su estado patológico- sino de las barreras sociales, culturales, políticas, históricas, económicas, etc. a que se enfrenta día a día en ese ejercicio. Ello así, la discapacidad se concibe como parte de la condición humana, las personas con discapacidad son útiles a la sociedad por sí mismas (no necesitan ser rehabilitadas a ese fin), y ello deriva de su consideración como sujetos de derechos, y de su dignidad inherente. Tal como lo postula la misma Convención, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad al desarrollo de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. Este es el corazón de la Convención, en cuanto es la norma que más se condice con el propósito que describe en el art. 1:*"es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente".*El texto del art. 12 es sumamente claro en este sentido: *"1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los*

aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica: 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas….."

Como se ha explicado hasta el cansancio, el modelo pondera como modo de protección a la persona, el apoyo en la toma de decisiones, y proscribe el modelo tradicional de la curatela representativa (es decir el sistema de protección que se basa en la sustitución de la voluntad de la persona). Y se pregona además un sistema de capacidad gradual, siempre con el objetivo de favorecer al máximo posible el ejercicio autónomo de los derechos por parte de la persona que padece la diversidad funcional. En este sistema, la interdicción o incapacidad absoluta deben concebirse como proscriptas. Se trata de hacer un "traje a la medida de cada persona" a fin de no restringir su capacidad más allá de lo estrictamente necesario. De allí que la ley de salud mental 26657, que recoge este modelo incorpora el art. 152 ter al C.C., en los siguientes términos: *"Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".*

Este modelo social de discapacidad, se basa en dos presupuestos fundamentales según Agustina Palacios: "Se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. (…) no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social." Y el segundo presupuesto es considerar que "las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos la contribución será en la misma medida que el resto de personas –sin discapacidad."[44]

El compromiso asumido y ahora concretado, impone a los operadores jurídicos mirar la temática y trabajarla desde una perspectiva de los derechos humanos. En efecto, el modelo social adoptado tiene una conexión íntima con los derechos humanos, ya que implica "dejar de ver a las personas como problemas para pasar a considerarlas titulares de derechos"[45] .

Ello implica, nada más y nada menos, que "visibilizar" a la persona, en términos de la Dra. María Graciela Iglesias.[46]

Siguiendo a Agustina Palacios, ya citada, "el modelo social presenta muchas coincidencias con los valores que sustentan a los derechos humanos, esto es: la dignidad, entendida como una condición inescindible de la humanidad; la libertad entendida como autonomía –en el sentido de desarrollo del sujeto moral- que exige entre otras cosas que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten; y la igualdad inherente de todo ser humano –respetuosa de la diferencia-, la cual asimismo exige la satisfacción de ciertas necesidades básicas:"[47]

---

[44]Palacios, A., (2008). *"El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".* Madrid, España. Ediciones Cinca, p. 103.
[45]Ibídem, p.155.
[46]Iglesias, M. G., (2011), "Poder decirlo todo: hombre, persona y ley 26.657", *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.* N° 51, Abeledo-Perrot, p. 103.
[47]Palacios, A., Op. Cit., p. 156.

El Dr. Andrés Marfil, Juez del Juzgado Civil y Comercial de Federación, sostuvo: "que el derecho va a la zaga de los hechos no es una novedad, pero lo que fastidia al operador jurídico compenetrado con el tema es que nuestro Derecho Civil en el tema está demasiado atrasado, desconectado de la realidad y descolocado respecto de los derechos y garantías constitucionales. (…) la gran falencia está representada por el Código Civil, que sigue negando la condición de sujeto de derecho al enfermo mental, al mantener el régimen de interdicción absoluta como categoría contrapuesta a la de capacidad plena. El sistema del Código Civil de incapacidad no respeta el derecho a la igualdad pues a quien no es declarado incapaz se le reconocen todos los derechos, y a quien se lo declara incapaz no se le reconoce nada, aunque tenga capacidad para numerosos actos.". [48]

En base a este nuevo paradigma y sin perjuicio de la resistencia de los jueces ya referida, se ha dictado pronunciamientos muy creativos y novedosos, que han considerado las circunstancias particulares de cada persona sometida al proceso y han elaborado un sistema de protección específico para cada una de ellas; con lo cual, estamos esperanzadas en la apertura de un nuevo y diverso camino hacia el reconocimiento pleno de los derechos de las personas con padecimientos mentales. Así y sólo para citar algunos es digno de citarse[49]el de la justicia marplatense, -Tribunal de Familia Nº 2-, que en octubre de 2009, declaró la inconstitucionalidad esta del art. 141 del C.C., en el caso de un padeciente mental (Psicosis Esquizofrénica) quien conservaba muchas de sus capacidades residuales. Allí dispuso: *"Declarar que el señor E. D. en razón de su discapacidad mental y los principios, declaraciones, reconocimiento y normas de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad requiere de un régimen de apoyo para los actos*

[48] Marfil, A., (2008), "Un buen paso para la integración de los esquizofrénicos. Otro fallo sobre interdicción parcial", en *Derecho de Familia,Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia,* 2008-III, Abeledo-Perrot, p. 106.

[49]Trib. De Familia de Mar del Plata Nº 2, 22/10/2009, Expte. Nº 22.272, "D., E. s/ insania", publicado en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas,* 2010*,* (enero), La Ley, cita on line AR/JUR/46054/2009.

patrimoniales que no ejerce por sí." Este régimen será ejercido por un Curador Zonal en razón de no existir familia ni miembros de la comunidad que pudieran contener y asistir al causante.

En la misma línea de pensamiento, la Cámara Civil y Comercial de Necochea[50], resolvió *"revocar la sentencia de inhabilitación en los términos del art. 152 bis del C.C. a quien padece esquizofrenia y ordenar la designación de un "tutor de tratamiento", el que deberá informar la evolución del estado de salud y el cumplimiento del tratamiento farmacológico indicado al enfermo, pues no se ha demostrado que el paciente otorgara actos jurídicos o contratos contrarios a sus intereses, y surge acreditado que se encuentra en condiciones de ejercer los derechos que cimientan su libertad personal, extrapatrimoniales, personalísimos y patrimoniales, con la condición de cumplir el tratamiento psicoterapéutico indicado por los profesionales."*

Y -entre los más recientes- el Tribunal de Familia Sala II, de San Salvador de Jujuy[51], resolvió: *"En el caso, cabe confirmar la sentencia que rechazó la declaración de inhabilitación judicial en los términos del inc. 2 del art. 152 bis del C.C., y adoptó las medidas de apoyo y salvaguarda acordes con la modalidad de abordaje establecidas en el Capítulo V, Ley 26657, respecto de una persona que padeció un ACV, por cuanto el dictamen pericial médico no refiere en forma terminante a un estado patológico en la persona del causante que haga viable su inhabilitación, aún cuando tenga alguna de sus facultades disminuidas merced al ACV sufrido, y ello le ocasione determinadas dificultades en su vida personal, profesional o de relación."*

Específicamente en lo relacionado al reconocimiento de la capacidad para el ejercicio del rol parental, nos interesa resaltar –como ya adelantamos- puntualmente tres fallos: en el primero, el Tribunal de Familia

[50]C. Civ. Y Com. Necochea, 18/10/2010, Expte. "Z., A. s/ inhabilitación", publicado en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas,* (2011), Año 3, Nº 4, mayo de 2011, La Ley, p. 278.

[51]Tribunal de Familia de San Salvador de Jujuy, Sala II, C., M. R. y otros s. solicitud de declaración de inhabilidad, 14/11/2011, publicado en Rubinzalon line, cita RC J 395/12

Nº1 de Mar del Plata,[52] resolvió reconocer la capacidad de una persona sometida a un proceso de interdicción para el ejercicio de la patria potestad, no obstante declararlo incapaz parcialmente. Se trataba de una persona afectada por una psicosis esquizofrénica, pero con capacidad residual examinada y constatada tanto por los peritos como por la propia sentenciante, que reclamaba mantener contacto y recuperar el vínculo con sus hijos menores. En lo más saliente de su resolutivo el fallo dice: *"Hacer lugar parcialmente a la denuncia de incapacidad del Sr. C.A.F., declarando a C.A.F., incapaz para administrar y disponer de su patrimonio, manteniendo capacidad para el ejercicio de sus derechos personales. Sólo para el supuesto de descompensación psiquiátrica la curadora definitiva actúa en el doble carácter de representación y asistencia de la persona del causante, el que cesará cuando el causante se encuentre compensado, situación que deberá acreditarse fehacientemente en estos actuados, con la intervención de la representante pupilar, Sra. Asesora de Incapaces."* Uno de sus sumarios más importantes dice: *"Si de acuerdo con la ley el juez puede decidir sobre la libertad o reclusión del enfermo mental –el fallo es anterior a la ley 26657-, sobre la capacidad o la incapacidad o sobre la inhabilitación, parece razonable reconocérsele la facultad de mantener a cargo del incapaz el ejercicio personal de alguno de sus derechos, los cuales siempre serán de gran trascendencia en el camino de recuperación social en el que todo enfermo debe quedar incluido o incorporado desde que se le inicia el proceso".*

El otro fallo es del Tribunal de Familia Nº 3 de Lomas de Zamora, en donde Dra. María Silvia Villaverde, ordenó: *"**1.-** Desde una perspectiva restaurativa de derechos, ordenar la urgente revinculación de la progenitora con su hijo. **2.-** Oficiar al Hospital Gandulfo a fin de que arbitre los medios necesarios para trasladar con carácter urgente al recién nacido desde al área de neonatología de dicho nosocomio al Hospital Esteves a los fines de evitar la*

[52]Trib. De Familia de Mar del Plata Nº 1, 1/2/2008, Expte. Nº 11.015, "F., C.A. s/ insania y curatela", publicado en *Derecho de Familia,Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia,* 2008-III, Abeledo-Perrot, p. 99.

persistencia de la situación de desvínculo entre el niño y su madre a raíz de la discapacidad de ésta. ***3.-*** *Oficiar al Hospital Esteves ordenando que reciba al recién nacido y arbitre los medios necesarios para que personal de dicha institución preste la "asistencia adecuada" en la revinculación del bebé con su madre, advirtiendo que la misma incluye la caricia materna, y el amamantamiento por parte de su progenitora con la periodicidad que las características y necesidades de un recién nacido requiere."* El fallo no contiene un extenso relato de los hechos, pero de sus considerandos se advierte que la progenitora que padecía de una enfermedad mental, había dado a luz un bebé y el niño había sido separado de su madre inmediatamente después del nacimiento, luego de lo cual se presentaron en el Tribunal algunas personas con pretensiones adoptivas del niño. La Magistrada, advirtiendo que de mantenerse esa separación se generaría una situación de desvínculo entre el niño y su madre, dispuso el traslado del bebé al hospital en que se encontraba esta última en forma inmediata. Para ello se fundó solamente en la operatividad de la CDPD, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y en especial el art. 23 de la CDPD que dice: *"1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas,*

mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás. 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias. 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar."

También en esta línea jurisprudencial, *"la magistrada marplatense María Graciela Iglesias dictó un fallo, en el que declara la incapacidad de una mujer para dirigir su persona y bienes con excepción de los actos derivados del ejercicio de la patria potestad, bajo régimen de curatela para su protección. La mujer - con diagnóstico de psicosis esquizofrénica del tipo hebefrénico- es madre de tres hijos de 19, 18 y 11 años. Se resuelve que los actos derivados del ejercicio de la patria potestad serán integrados con el curador (padre de la*

mujer), encontrándose bajo la órbita de la curatela los que se refieran a la disposición de bienes, administración de los bienes de los hijos usufructo o gravamen de los mismos. Se deja constancia que el régimen de maternidad asistida se suspenderá en el caso de descompensación psiquiátrica o que la mujer se encuentre internada"[53].

En todos estos casos, la respuesta jurisdiccional ha sido acorde con la CDPD, en clara aplicación de la doctrina del control de convencionalidad elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta doctrina elaborada a partir de los fallos "Almonacid Arellano c/ Chile" y "Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú", ambos del año 2006, impone a todos los jueces nacionales la obligación de interpretar las normas internas que apliquen de conformidad a la Convención Americana de Derechos Humanos, y de conformidad *"a todos los demás tratados"* que haya suscripto el Estado.

La interpretación que comparten los fallos reseñados, es la que se aprecia como adecuada a tenor del nuevo paradigma en materia de salud mental, y de esto no puede caber duda.

Ahora bien, no parece responder a la misma filosofía el texto delos actualmente vigentes arts. 309 y 480 del C.C. El primero dice: *"El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los artículos 15 a 21 de la ley 14.394. También <u>queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el artículo 152 bis, incisos 1 y 2, hasta que sea rehabilitado</u>, y en los supuestos establecidos en el artículo 12 del Código Penal……".*Y el segundo: *"El curador de un incapaz que tenga hijos menores, es también tutor de éstos".*

Como surge de las normas, no se tiene en cuenta si la persona en el caso concreto puede o no desempeñar el rol parental, si puede o no tomar

[53]Tribunal de Familia N° 1 de Mar del Plata, "B., M.E. s/ INSANIA y CURATELA", expediente N° 4695, 10/5/2006. (Citado en la página web de la Dra. María Silvia Villaverde).-

decisiones sobre la persona de sus hijos, si sus acciones colocan en riesgo o amenazan algún derecho del niño, niña o adolescente, si se encuentra en tratamiento por su enfermedad o no, si ese tratamiento le permite cierta autonomía o vida independiente, si tiene conciencia de su enfermedad, etc. Y la verdad, es que en algunos casos que han llegado a los tribunales locales, en los hechos el "padeciente mental" ejerce su autoridad parental, cuida de sus hijos, es quien les pone límites, tiene buen nivel de alarma, aunque tal vez –en algunos casos- necesite de algún tipo de asistencia o apoyo, sobre todo cuando se trata de decisiones más complejas como disponer de un bien del hijo, celebrar un convenio transaccional sobre sus derechos, renunciar a un derecho del hijo, representarlo en un proceso judicial, etc.

Si bien en el Proyecto de Código Civil de 2012, en estudio en el Congreso de la Nación a la fecha de esta ponencia, se modifica sensiblemente el sistema de determinación de la capacidad (aunque se mantiene la interdicción absoluta, lo cual ha sido criticado por la doctrina[54]), estableciéndose un sistema de capacidad gradual (capacidad restringida) y la posibilidad de establecer sistema de apoyo en la toma de decisiones, se mantiene en términos similares el sistema actual, en torno al tema. Así el art. 140 dispone: *"El curador de la persona incapaz o con capacidad restringida es tutor de los hijos menores de éste.* Sin embargo, *el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero,* designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales." Con lo cual, pareciera que –si bien la sentencia puede restringir la capacidad de la persona en cualquier término intermedio entre la incapacidad total y la capacidad plena y designar sistemas de apoyo- en el caso que la persona tenga descendencia, las posibles soluciones serían designar tutor al curador de la persona o bien delegar la guarda del niño en un tercero. Creemos que ésta no es la interpretación que corresponde imprimir a la nueva normativa, toda vez que lo primero que deberá resolver el Juez será definir cuáles son los actos para los cuales la

54

persona necesita apoyo y de considerar que no lo requiere en el ejercicio de la responsabilidad parental así deberá declararlo, sin que sea necesaria la tutela ni la guarda previstas en el art. 140 .

Refuerza lo expuesto el texto proyectado del art. 702 que regula los supuestos de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental en estos términos: *"El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: …… c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio;…".* De manera que si el padecimiento mental no le impide el ejercicio de la responsabilidad parental, pues no será necesario suspenderlo.

No obstante lo expuesto, y la interpretación restrictiva que debe darse a esas normas, en caso de sancionarse el nuevo Código Civil, estimamos que -dentro de los principios rigen la autoridad parental y que se enumeran en el art. 639(interés superior del niño;autonomía progresiva del hijo y derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta)-, sería conveniente incorporar también una regla de no discriminación entre los progenitores en razón de sus condiciones particulares, en especial de su discapacidad, en consonancia no sólo con los arts. 3 inc. B y art. 5 de la CDPD, sino también en concordancia con la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280.

Por los argumentos expuestos, creemos que resulta necesario adecuar la normativa vigente del Código Civil a los nuevos paradigmas vigentes en materia de discapacidad y de derechos de la niñez, eliminando la suspensión del ejercicio de la autoridad como consecuencia directa e inmediata de la inhabilitación o interdicción, y dejándola subsistente sólo a criterio del Juzgador en cada caso concreto y por razones fundadas que refieran al interés del niño/a involucrado.

En síntesis, nuestra propuesta es la modificación del art. 309 del C.C. actualmente vigente, por el siguiente texto: *"El ejercicio de la autoridad de*

los padres podrá ser excepcionalmente suspendido por el Juez, en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el artículo 152 bis, incisos 1 y 2, y sólo cuando de ese ejercicio pueda derivarse un perjuicio al desarrollo integral del niño, niña o adolescente, o cuando esa suspensión resulte lo más conveniente al interés superior de aquellos."

A su turno, el art. 480 del C.C. podría reformarse en estos términos: *"El curador de un incapaz que tenga hijos menores, es también tutor de éstos; siempre y cuando la incapacidad sea absoluta o se encuentre restringida la capacidad de ejercicio del rol parental, y resulte imposible la designación de un sistema de apoyo en la toma de decisiones relacionadas a este ejercicio".*

DATOS DE LOS AUTORES:

Mariela Verónica Cano

Domicilio: Los Paraísos 119, B° Pircas I, Mzna: 4, C: 2, Tunuyan, Mendoza

Teléfono: 261 56016212

Correo: mvcano@jus.mendoza.gov.ar

PROPUESTA: "La ponencia pretende explicar el nuevo paradigma aplicable a las personas con discapacidad a partir de la CDPD, y analizar un punto de contacto entre el mismo y el paradigma de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes incorporado por la CDN, y demostrar cómo el cumplimiento operativo de los derechos garantizados a las personas con discapacidad implica en algunos casos garantizar al mismo tiempo, el derecho del niño a ser criado por sus padres. A tal fin, se sugiere la modificación del art. 309 del actual Código Civil en los siguientes términos: "

Y asimismo, se sugiere incorporar al nuevo Código Civil y Comercial Argentino, en caso de aprobarse, dentro de los principios que rigen la autoridad parental, una norma específica de no discriminación en razón de la discapacidad de los padres, en los siguientes términos: “

DERECHOS HUMANOS, FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y JUSTICIA

Cómo hacer del Abogado del Niño un instrumento eficaz para la protección de los Derechos de los Niños; Niñas y Adolescentes en los procesos judiciales.

Por Elizabeth Ornat [55]

I.- Introducción.

La Ley de Protección Integral de Niñas; Niños y Adolescentes de la República Argentina; Nª 26.061 instituyó la figura del Abogado del Niño ([56])

El precepto legal no fue concluyente sobre las características que debe tener el abogado del niño y cómo se debe aplicar, por el contrario, estos y otros aspectos quedaron abiertos a posteriores reglamentaciones e interpretaciones, lo que generó varias opiniones diferentes y, aún contrapuestas.

No cabe duda que fue un avance legislativo significativo en beneficio del reconocimiento de la capacidad y los derechos de los NNyA pero requiere que se prosiga en su configuración ya sea con el dictado de otras disposiciones legales o a través de la actividad jurisdiccional o doctrinaria.

Al respecto, se ha dicho que "es indudable que el procedimiento judicial sufrirá alteraciones importantes con la presente ley pues, deberá incorporar al niño en todo proceso judicial cuando tenga algún interés".([57])

---

[55] Asesora de Menores de Incapaces de la Ciudad de Mendoza, Argentina**. eornat@hotmail.com**

[56] Esta norma ha sido materia de expresa reglamentación a través del decreto nacional 415/2006 (B.O. del 18/04/2006) que dispone en su primer párrafo: "El derecho a la asistencia letrada previsto en el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la NNA en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar".

[57] SOLARI, Néstor E.: “El derecho a la participación del niño en la Ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial”, La Ley, 2005, F, Sec. Doctrina, p. 1126.

En consecuencia, se advierte la importancia de que los avances que se vayan haciendo para terminar de darle forma a esta figura no pierdan de vista los motivos y las finalidades que justificaron su creación para que no quede en la declamación de una buena intención del legislador o se transforme en una aplicación vacía de sentido del precepto legal.

II.- Principios legales que se pretenden hacer efectivos con el abogado del niño.

1.- Supremacía del interés del Niño.

Dado que resulta ser el norte de todos quienes trabajamos con la niñez, nunca está de más recordar el art. 3º.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que en todas las medidas que se tomen concernientes a los niños, sea a través de instituciones o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.

Además, en el tema que nos ocupa se destaca claramente su función correctora e integradora de las normas legales mostrando una notoria similitud con el papel reservado a la equidad como moderadora de la aplicación de la ley en el caso específico. ([58])

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 17 sobre la Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño conceptualizó el interés superior del niño como un "principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño"[i]([59])

---

[58] Cecilia Grosman "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia", LA LEY, 1993-B, 1089.

[59] Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 1, párrafo 56.

La Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes establece que 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 y que los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley —los menores de edad— son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

En su art. 3º define el interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la propia ley.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, se expresó en el sentido de "que cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el Juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito". ([60]) y que "la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño, no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño".

El Supremo Tribunal de Mendoza señala —con cita a nuestro Alto Tribunal (CSJN, 6/2/2001, Fallos: 324:122, entre otros)— que "el interés de los niños

[60] CSJN, "A., F.", 13/03/2007

ha de orientar y condicionar toda decisión de los Tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos". ([61])

2.- Derecho del Niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta.

Los arts. 2º; 3 y 27 de la Ley Nª 26.061 disponen que las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos y a que su opinión sea tenida especialmente en cuenta al momento de adoptar toda resolución que los involucre.

Estos derechos resultan de particular relevancia en casos de situaciones familiares conflictivas. ([62])

La escucha de los niños, no constituye un medio de prueba, sino que ellos, generalmente son parte en los procesos, con intereses propios independientes de los intereses de sus representantes legales.

3.- Reconocimiento de la capacidad progresiva de los menores de edad.

La Convención de los Derechos del niño tuvo una influencia decisiva en las normas del Código Civil Argentino –vigente a septiembre de 2.014- referidas a la capacidad de las personas.

Siguiendo el análisis realizado por Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera –y en una apretada síntesis a fin de no explayarnos en un tema que excede el presente trabajo- puede decirse que ya desde el Preámbulo de la Convención se destaca la necesidad de reconocer la autonomía e independía de los menores de edad de acuerdo a su madurez, respetando al máximo sus posibilidades. ([63])

---

[61] Causa n° 104.405, caratulada: "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.

[62] JNCInstruc. Nº 11; "F., R. M."; 03/05/2010; Online: AR/JUR/13917/2010.

[63] “Derecho Constitucional de Familia”; T1; p. 552 y sig.; Ediar; Bs. As.; 2.006.

Por otro lado, la Ley 26.061, de Protección a los Niños, Niñas y Adolescentes reconoce el principio de capacidad progresiva de los menores de edad, ya que obliga a determinar en cada caso que se presente si puede o no adoptar decisiones y le reconoce la posibilidad de asumir los efectos jurídicos de las mismas.

4.- Derecho de los Niños a intervenir en forma directa en lo procesos judiciales que los involucre.

Como se dijo anteriormente, el niño en los procesos judiciales suele asumir la calidad de parte en estricto sentido procesal, que puede tener intereses distintos y aún contradictorios con sus representantes legales.

Esta última es una de las principales pautas a tener en cuenta a la hora de hacer efectivo el derecho consagrado por el art 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño conforme la resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos in re Atala Raffo e Hijas [64]

La figura del abogado del niño debe garantizar que el niño pueda asumir su propia defensa, realizando planteos que provengan de su propio criterio y que puedan incluso cuestionar los realizados por sus representantes legales.

a) Diferenciación con la actuación del Ministerio Pupilar.

El accionar del abogado del niño "resulta incompatible que un asesor de incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del menor en el rol de 'abogado del niño' —art. 27, inc. c), ley 26.061— y, por otro lado, dictamine de acuerdo a lo que el percibe como más conveniente para aquél, pues ello resulta insuficiente para proveer su participación activa mediante una defensa técnica especializada, como la que dispone el art. 12.2° de la Convención sobre los Derechos del Niño"([65])

---

[64] Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, , ``Cuando la Corte Iteramericana de Derechos Humanos habla, hay que escucharla. El derecho a ser oído de niños y adolescentes en el ámbito regional , La Ley 20/12/2011.

[65] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 3ª, "R., J. M.; M. A.; G. N.; C., S. L.; V. M. s/ protección de persona", del 19/4/2012, LLBA 2012 (mayo), pág. 438; AR/JUR/10696/2012.

Es que la actuación del Ministerio Público Pupilar debe conjugar los derechos inherentes a la persona y los intereses del incapaz con la observancia de las leyes y del orden público. Desnaturalizaría la finalidad de la institución el darle intervención en juicio dos asesores de menores, como parte a uno en cumplimiento de los deberes que le impone el art. 493 y en representación promiscua (art. 59) a otro. ([66])

b) Diferenciación con la función del *tutor ad litem.*

Tampoco se lo puede confundir con el tutor *ad litem*, ya que este último representa a los menores de edad cuando se configure un conflicto de intereses con sus representantes necesarios y actúa sólo en relación al negocio jurídico o acto respecto del cual se configura la contraposición de posiciones disímiles que le da fundamento y razón de ser. "El tutor *ad litem* es una figura ligada a la incapacidad del niño, que sustituye su voluntad y, por lo tanto, patrocina su interés superior desde su propia perspectiva de adulto [...] el abogado no sustituye su voluntad, la reproduce y transmite al juez mediante su defensa especializada como podría ocurrir con cualquier adulto" ([67])

c) Diferenciación con el Defensor de los Derechos del Niño.

La Ley 26.061, también crea la figura la figura del defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuya designación será través de una Comisión Bicameral del Congreso Nacional. Dispone que "son sus funciones: a) Promover las acciones para la protección de los intereses difusos o colectivos relativos a las niñas, niños y adolescentes; b) Interponer acciones para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cualquier juicio, instancia o tribunal; c) Velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a las niñas, niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso. Para ello puede tomar las declaraciones del reclamante, entenderse directamente con la persona o autoridad reclamada y efectuar recomendaciones con miras a la mejoría de los

[66] Revista El Derecho, T 135 p. 718.

[67] Padula; Pablo F; "¡Quiero mi abogado! El niño y su abogado en el proceso " MICROJURIS 07-09-2011

servicios públicos y privados de atención de las niñas, niños y adolescentes, determinando un plazo razonable para su perfecta adecuación; d) Incoar acciones con miras a la aplicación de las sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de las niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal del infractor, cuando correspondiera; e) Supervisar las entidades públicas y privadas que se dediquen a la atención de las niñas, niños o adolescentes, sea albergándolos en forma transitoria o permanente, sea desarrollando programas de atención a los mismos, debiendo denunciar ante las autoridades competentes cualquier irregularidad que amenace o vulnere los derechos de todas las niñas, los niños o los adolescentes; f) Requerir para el desempeño de sus funciones el auxilio de la fuerza pública, de los servicios médicos-asistenciales y educativos, sean públicos o privados; g) Proporcionar asesoramiento de cualquier índole a las niñas, niños y adolescentes y a sus familias, a través de una organización adecuada; h) Asesorar a las niñas, niños, adolescentes y a sus familias acerca de los recursos públicos, privados y comunitarios, donde puedan recurrir para la solución de su problemática; i) Intervenir en la instancia de asesoramiento de mediación o conciliación; j) Recibir todo tipo de reclamo formulado por los niños, niñas o adolescentes o cualquier denuncia que se efectúe con relación a las niñas, niños y adolescentes, ya sea personalmente o mediante un servicio telefónico gratuito y permanente debiéndose dar curso de inmediato al requerimiento de que se trate."

De las funciones detalladas se desprende que su finalidad propia sería de defensa de los intereses difusos o generales, sin embargo, de la atenta lectura del precepto legal se observa que nada obsta a que intervenga en procesos judiciales particulares, especialmente, mientras las autoridades no hayan establecido la forma de designación de los abogados del niño.

5.- Derecho del Niño a la tutela judicial efectiva.

La asistencia técnica de los menores de edad se constituye, entonces en una garantía procesal que hace a la conformación de la garantía constitucional del debido proceso legal. ([68])

El principio de tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos. Implica el derecho a un juicio justo, a ser oído, a rendir prueba, a que se dicte sentencia sin dilaciones indebidas, y a que esa sentencia se cumpla, pues de otro modo, esa tutela dista mucho de ser realmente efectiva.

No hay duda alguna que el reconocimiento de los derechos del niño resulta inescindible de la necesidad de poner a su disposición los medios legales para acceder a la justicia de manera efectiva, sea acordándole legitimación activa para accionar en los asuntos que a éstos afecten, o través de las medidas que garanticen al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los involucra, y que su opinión sea tenida en cuenta, en función de su edad y madurez, de conformidad con lo previsto por el art. 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño y el art. 27 de la Ley 26.061. ([69])

En conclusión, puede afirmarse que la figura del abogado defensor que formule los planteos que un menor tiene para realizar en un procedimiento en el que es el eje fundamental, asumiendo su defensa con plena parcialidad, se constituye, de esta forma, en un elemento fundamental para garantizarle el acceso a la justicia y el debido proceso (art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 18 de la Constitución Nacional).

III.- Pautas para la intervención del Abogado del Niño de manera que resulte apta para la protección de sus derechos.

Como se dijo en la introducción, la figura prevista por la ley no se encuentra totalmente delimitada, por lo que es de esperar que se vayan definiendo criterios de cómo y cuándo resulta necesaria para que pueda cumplir con los objetivos y directrices explicadas en el apartado anterior.

---

[68] Padula, op. Cit.

[69] Raganto, op. cit. LLGran Cuyo, Julio, 593

1.- Quien debe o puede solicitar la designación.

a) Los jueces de oficio.

En el fallo de la Suprema Corte de Mendoza citado anteriormente ([70]) se ordenó el nombramiento de oficio de un abogado para un niño de siete años en los que entendió que su madre obstaculizaba el vínculo con el progenitor.

Entendió que en casos de afectación de derechos fundamentales de los menores, el Poder Judicial debe erigirse no sólo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo en la protección de los mismos. Incluso, como señala, cuando "no haya sido solicitado por las partes, o no haya sido objeto de debate en las instancias inferiores".

Se dijo que "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 deben desempeñar un rol activo y comprometido en la causa (...). En consecuencia, claro está que es un deber que asiste a la judicatura de intervenir de oficio en este tipo de cuestiones".

En el mismo sentido se había pronunciado Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando dispuso la designación del abogado del niño dos niñas de 10 y 14 años.([71])

Se comparte la opinión de Ángel Mauricio Cueto en cuanto a que los jueces deben extremar los recaudos necesarios para que la participación del abogado del niño en las causas sometidas a su consideración pueda concretarse. Incluso solicitando de oficio a alguno de los organismos señalados supra la designación de uno. Desde ya su intervención debería ser con todas las facultades procesales de ley, como consecuencia del carácter de sujeto de derechos que se les reconoce a los menores. ([72])

---

[70] SC Mendoza, sala I; 2014-04-08; "DYNAF s/ solicita medida conexa s/ inc."

[71] **2010-10-26 ~ G., M. S. C. J. V., L.**

[72] Cueto, Angel Mauricio, "Ante un nuevo desafío: el abogado de los niños" DJ 10/09/2014 , 14

b) A instancia del Ministerio Público Pupilar o Fiscal.

Entre las principales funciones del Ministerio Público de la Defensa se encuentra la de velar por el debido proceso legal y la defensa de los derechos de los imputados**. (**[73]**)** En ejercicio de estas facultades, proveer defensa técnica a los involucrados en procesos judiciales es de fundamental importancia.

c) A pedido del menor de edad.

En este caso, la procedencia y conveniencia del planteo deberá ser evaluado por el Juez, con la opinión del Asesor de Menores.

2.- Sobre quién debe recaer su nombramiento.

Como se dijo anteriormente, la asistencia del menor prevista en la normativa sub examen es "técnica letrada", es decir que sólo puede ejercerla un abogado. Su misión será la de asesorar y patrocinar (no representar) al NNA asistiéndolo técnicamente al igual que lo haría con un adulto patrocinado ([74])

El art. 27 del Decreto N° 415/2006 convoca a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el inc. c) del art. 27 de la Ley 26.061, disponiendo que a tales efectos podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.

Adscribo a la propuesta formulada por el Dr. Angel Mauricio Cueto, en su trabajo "Ante un nuevo desafío: el abogado de los niños" ([75]), en cuanto a que los Poderes Judiciales deberían instrumentar los mecanismos para que los Juzgados involucrados en esta temática cuenten con la posibilidad de designar al defensor del niño en las causas judiciales que así lo requieran.

A tales efectos, podría resultar de utilidad que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o las Cámaras Nacional de Apelaciones en lo Civil y en lo Criminal y Correccional de Instrucción y –agrego- Superiores Tribunales de Provincia,

[73] Coussirat, Jorge; "Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza"; T II; p. 865; La Ley; 2.013.
[74] Padula, op. Cit.
[75] Publicado en: DJ 10/09/2014 , 14

haciendo uso de las facultades de Superintendencia, creen un Registro de Defensores de los Menores, para poder ser designados —o bien elegidos por alguno de los padres involucrados— en las causas judiciales que así lo requieran.

Dicho registro podría estar conformado —en consonancia a lo estipulado por el art. 27 del Decreto N° 415/2006— por profesionales de los respectivos departamentos de las distintas facultades de derecho —públicas y privadas— con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También se podría convocar a integrarlo a miembros de los Institutos de Derecho de Familia y de la Comisión de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.([76])

> Para el caso de las jurisdicciones en las que no se ha conformado el cuerpo de abogados del niño y que nos encontremos en una situación de grave indefensión, entiendo que la defensa debería asumirla el Defensor de los Derechos del Niño o un abogado designado por el mismo ya que, es la figura que advierto más afín. Además, entre sus funciones, la ley nacional, en su art. 55 claramente estatuye las de "b) Interponer acciones para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cualquier juicio, instancia o tribunal; c) Velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a las niñas, niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso. g) Proporcionar asesoramiento de cualquier índole a las niñas, niños y adolescentes y a sus familias, a través de una organización adecuada; h) Asesorar a las niñas, niños, adolescentes y a sus familias acerca de los recursos públicos, privados y comunitarios, donde puedan recurrir para la solución de su problemática; i) Intervenir en la instancia de asesoramiento de mediación o conciliación."

---

[76] Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 1, párrafo 56.

Debe recordarse que el último párrafo del art. 1º de la Ley Nª 26.061 prescribe que la omisión en la observancia de los deberes consagrados por dicha ley habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y el goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

A falta de designación, las funciones podrían ser propuestas por los jueces, de acuerdo a las circunstancias del caso, nombrando abogados de la matrícula; Defensores Oficiales o el mismo Defensor de los Derechos del Niño.

3.- Criterios que determinan la necesidad de su designación.

a) conflicto de intereses

Pareciera un esfuerzo innecesario hacer asistir jurídicamente a cada niño que se vea involucrado en una contienda judicial.

Se podrá argumentar en este sentido, que la existencia de intereses contrapuestos entre los representantes legales y lo menores de edad no siempre se advierte con facilidad, lo cual es verdad. Pero la solución, entiendo, no puede ser hacer intervenir otro profesional en el expediente por un motivo meramente *preventivo* sino que –como se señaló anteriormente- debe ser el ojo atento de los funcionarios –jueces; fiscales y asesores- el que debe advertir sobre una situación de desprotección de los NNyA y solicitar la medida pertinente.

Se comparte la opinión de Mizrahi quien advierte que "la figura del abogado del niño no será rigurosamente indispensable en todo proceso que lo involucre, pues la naturaleza del diferendo planteado podría no ameritar esa designación, en la medida en que se haya cumplido —en toda su amplitud— con el requisito de oír al niño. Empero, ni bien advierta el juez la complejidad del asunto que tiene en sus manos, y sospeche que juegan en la especie intereses contrapuestos, tendrá inmediatamente que designar un letrado (...) La omisión de este recaudo —en esos casos—será susceptible de provocar la nulidad de

las actuaciones cumplidas; pues nada menos, hallaríamos afectada la garantía de defensa de juicio de un sujeto de derecho, el niño" ([77])

b) grado de madurez del NNyA

Hay quienes sostienen que sólo cuando el niño goza de suficiente madurez y desarrollo para ser considerado parte en el proceso tiene derecho a contar con patrocinio letrado; otros afirman que cualquiera fuera su edad, debe nombrarse un abogado.

Se enrola en la esta última postura el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -"G., M. S. c/ J. V., L." del 26/10/2010-, en el que reconoció la figura del novel "abogado del niño" a una niña de diez años y otra de siete años. No distinguió en esa oportunidad entre menores adultos y menores impúberes. ([78])

En el mismo sentido, se expidió la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el fallo precitado en el que ordenó que se le nombrara abogado a un niño de siete años.

En contrario se pronunció la Corte Federal en un caso en el que se debatía la custodia de una niña de 11 años, se rechazó la intervención del patrocinante, sosteniendo que las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes y que los menores impúberes son incapaces absolutos, por lo que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos como la designación y

---

[77] Mizrahi, Mauricio L, El derecho del niño a ser oído y su intervención en el proceso, en Familia, matrimonio y divorcio, 2° Edición, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág.739.

[78] Fallos 333:2017, cita online: AR/JUR/64441/2010; La Ley del 19/11/2010, pág. 7;

remoción de un letrado patrocinante, ni actuar por derecho propio en un proceso, en calidad de parte. ([79])

Con algunas variantes, la Corte Suprema de la Nación adoptó esta postura en un fallo del 27 de noviembre de 2012 alegando que la circunstancia de que los menores representados tuvieran ocho y nueve años de edad impide que pueda considerarse la actuación como parte legítima de una letrada patrocinante que no había sido elegida por los interesados ya que estaban imposibilitados para comprender la trascendencia de dicha actuación. Sin embargo, al resolver, y atento a que los niños no habían sido escuchados, ordenó al Juez de la causa designar un letrado especializado en la materia a los efectos de que los patrocine en el proceso.([80])

También la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, en los autos "B. L. A. E. c. G., Y. A. s/ régimen de visitas", de fecha 15/10/2013 , dijo que el art. 27, inc. c, de la Ley 26.601 debe ser interpretado en concordancia con las normas del Cód. Civil, cabe concluir que el derecho que acuerda al menor para intervenir por sí mismo en juicio con patrocinio letrado no puede ser ejercido cuando aquél no hubiera alcanzado los catorce años de edad y que el principio de capacidad progresiva de los menores no es incompatible con la supeditación del derecho acordado en el Cód. Civil a edades cronológicas determinadas, por cuanto este criterio legislativo no ignora la evolución madurativa de los niños, sino que la recoge en categorías fijas, con vistas a brindar seguridad a las relaciones jurídicas. ([81])

---

[79] CSJN, 26/06/2012, "M., G. v. P., C. A s. recurso deducido por la defensora oficial de M.S.M," LL 24/07/2012, LL 08/08/2012; , citado por Molina de Juan, Mariel, cit.

[80] CSJN 27/11/2012 "P., G. M. y P., C. I", APJD 06/12/2012, ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/3498/2012, citado por Molina de Juan, Mariel, "El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar"; LA LEY 16/06/2014 , 10 • LA LEY 2014-C , 568

[81] • LA LEY 2013-F , 525; Cita online: AR/JUR/69621/2013

Esta última posición fue criticada porque se entiende que el criterio cronológico impuesto por el Código Civil como supuesto límite tajante de la participación dotada de las mínimas garantías (art. 27, ley 26.061) que debe ejercerse con amplitud no es compatible ni con la CDN ni tampoco con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ([82])

Se comparte el criterio intermedio que rechaza la fijación de limites etarios excluyentes y aconseja dejar librado al arbitrio judicial cuándo procede la designación de acuerdo a la madurez real del niño –no su edad cronológica- y el acto del que se trate.

Esta postura es la que mejor se adecua a los principios establecidos por la Convención de los Derechos del Niño en cuanto se lo reconoce como sujeto de derecho y a los postulados de la capacidad progresiva.

A este respecto, se ha dicho que se diferencia del derecho a ser oído, que debe efectivizarse siempre que el niño lo solicite independientemente de su grado de madurez, el derecho a intervenir como parte, requiere la valoración de su desarrollo. En otras palabras, no solo debe evaluarse la edad, sino esencialmente el grado de madurez alcanzado, así como también la naturaleza de la controversia. La Opinión Consultiva 17 de la CIDH sostiene que el aplicador del derecho, "sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.". En esta línea, el artículo 26 del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial establece: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de

[82] Jáuregui, Rodolfo G, “Abogado del niño y "menores impúberes": ¿Es una utopía la garantía mínima del art. 27 inc. c) de la ley 26-061? Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (julio) , 11

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". El punto es que la Ley 26.061 no priva de esta garantía a los niños que no han alcanzado la edad o el grado de madurez suficiente. ¿Cómo se ejerce en estos casos? Las dos últimas posiciones explicadas sostienen que toda vez que exista conflicto de intereses para con el niño (sea por su edad en el caso de la postura rígida, o por su falta de desarrollo y madurez en la intermedia), debe designarse un tutor *ad litem*. ([83]) ([84])

En el mismo sentido se expidió la Corte Interamericana en el fallo Atala Raffo, citado anteriormente, en el que entendió que ``los niños y niñas ejercen de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en primera infancia actúan en ese sentido por conducto de sus familiares.

4.- Función que debe desempeñar

Como se dijo anteriormente, este abogado del niño tendrá por misión prestarle desde lo técnico profesional su saber, patrocinándolo sin representarlo y siguiendo las indicaciones que su “pequeño cliente" le indique siempre de conformidad con el también consagrado principio de autonomía o capacidad progresiva ([85])

El abogado del niño asume la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño. Su intervención como representante del niño implicará que su posición se considere de manera distinta e independiente, sin que resulte arrastrada por las otras, surgiendo

[83] Molina de Juan, Mariel, op. cit.
[84] DOMÍNGUEZ, Andrés G., FAMA, María V. y HERRERA, Marisa: Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia, en Padula, op. Cit.
[85] Padula, op. Cit.

pues un nuevo interés autónomo, y de directa atención por el órgano jurisdiccional ([86])

Debe remarcarse que su función fundamental es posibilitar la actuación del menor en el proceso por su propio derecho, con patrocinio letrado, cuya función, obviamente, no implica sustituir la voluntad del patrocinado, sino, básicamente, proporcionarle asistencia y orientación jurídica dentro del régimen del ejercicio profesional de abogados

5.- Cómo se designa.

Para el caso de que se ordene de oficio, se debería realizar un sorteo de las listas detalladas más arriba, a fin de garantizar la transparencia de la designación.

Siguiendo los principios expuestos anteriormente de reconocimiento de la capacidad progresiva y de las obligaciones de los Jueces y demás magistrados de velar por el respeto de las normas del debido proceso y de resguardo por los derechos de los menores de edad, entiendo que, en principio el niño podría proponer su abogado.

Rara vez podría admitirse que lo propongan los progenitores debido a que, precisamente la designación de este profesional se justifica por la existencia de un conflicto de intereses con sus hijos, lo cual pone en duda el compromiso de este abogado con su cliente que es el niño. No obstante, la realidad suele superar las predicciones, por lo que, entiendo que esta posibilidad no puede rechazarse de plano.

6.- Quien se hace cargo del pago de sus honorarios.

Algunas opiniones se han expresado en cuanto a que la asistencia debe ser gratuita. ([87])

En el caso de la Suprema Corte de Mendoza se dispuso –acertadamente, según mi opinión- que si el menor posee posibilidades económicas para hacerse

---

[86] Gil Dominguez-Famá- Herrera; p. 461; "Ley de Protección Integral de Niños; Niñas y Adolescentes"; Ediar; Bs. As.; 2.007.

[87] Cueto; op. Cit.

cargo del pago al abogado del niño, éste debe afrontarlo. De lo contrario, serán sus padres, como consecuencia de los deberes emergentes de la patria potestad. Si ni el niño ni sus padres tienen recursos, debe ser el Estado quien lo solvente, conforme al inc. c) del art. 27 de la Ley 26.061.

IV.- Colofón.

Entiendo que, que el menor de edad pueda presentarse en defensa de sus derechos con su propio patrocinio letrado —sin que se confunda éste con su representante legal—, con todas las facultades propias que se le asignan a las partes y sin perjuicio de la representación pupilar que le pueda prestar el Estado, con el propósito de procurar que su derecho de ser oído y a que se tenga en cuenta su opinión, previo al dictado de toda resolución judicial que lo involucre, deviene como un imperativo del efectivo ejercicio del derecho de defensa en juicio. ([88])

Ahora, esta valiosa herramienta que nos ha proporcionado la legislación para poder hacer efectivos los derechos de los Niños; Niñas y Adolescentes de nada valdría "si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz". ([89])

---

[88] Cueto, op. Cit.

[89] Molina de Juan, Mariel F, op. Cit.

TEMA: DE OBJETOS A SUJETOS: una intervención posible

Comisión II: Derechos Humanos, Familia, Niñez, Adolescentes y Justicia

Autoras: Nadia A. Darigo

Fabiola V. Piemonte

Paola A. Regina

Profesionales pertenecientes a la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia – Nodos Rosario y Venado Tuerto;

Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia;

Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Santa Fe;

República Argentina

fvpiemonte@gmail.com

---

nadiadarigo@hotmail.com

paolaregina2@hotmail.com

CONTACTO PARA LA ORGANIZACIÓN DEL CONGRESO:

Primera autora: Nadia Alejandra Darigo

Domicilio: Bv. 27 de Febrero Nro. 1588 – Rosario – CP 2000

Provincia de Santa Fe – República Argentina

Teléfono: 00 54 0341 4812360 – teléfono celular 00 54 9 341 6 713575

Correo electrónico: ndarigo@santafe.gov.ar **/** nadiadarigo@hotmail.com

BREVE SINTESIS DE NUESTRA PROPUESTA.

A qué nos referimos cuando hablamos de objetos a sujetos? Quizá esta es nuestra propuesta a intentar cumplir como trabajadoras del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños.

Lo que intentaremos a través de la presente ponencia es dar a conocer el trabajo interdisciplinario realizado en un caso concreto de un niño de 8 años que se encontraba alojado en una institución a raíz de una Medida de Protección Excepcional, y al egresar dentro del Programa de Familia Solidaria, relata que en la institución era víctima de abuso sexual por parte de los cuidadores.

Con motivo de ese relato, el que si fue escuchado y receptado por el Equipo interviniente y por las autoridades de la Dirección, se articula y trabaja en conjunto a distintos organismos con el fin de, en primera instancia, resguardar al niño, identificar a los autores materiales del delito, y que tengan una sanción de tipo penal; e informar a las autoridades de la institución de lo que estaba ocurriendo puertas adentro, para que no suceda nunca más.

Como resultado de todo el trabajo desplegado, y en especial por toda la información recabada, a pesar de las innumerables dificultades y trabas que enfrentamos, el niño hoy tiene una familia definitiva, hay una causa penal en trámite con dos imputados, en la que, por primera vez en la historia de la provincia, el estado se constituye como querellante dado que es **responsabilidad estatal** indelegable e irrenunciable proteger el **bien jurídico tutelado** en la figura penal –la **integridad psicofísica de un niño-** cuya violación afecta directamente los **intereses colectivos del estado provincial** que radican en la efectiva aplicación del Sistema de Protección Integral de Derechos, además de generar responsabilidad internacional por ser la Convención de los Derechos del Niño, derecho vigente, de aplicación y cumplimiento obligatorios.

Además de ello, y como corolario, una institución con más de 140 años de “trayectoria” como lo fue el “Hogar del Huérfano” fue cerrada y

egresaron los 130 niños que había allí alojados.

El relato de este niño fue el comienzo de un largo camino que deberemos recorrer para echar luz a tanta oscuridad dentro de esa institución.

DE OBJETOS A SUJETOS: una intervención posible

Breve relato del caso.

Esta historia comienza con un niño. Es decir, en los hechos, con un legajo con el nombre de un niño en la portada, con un montón de papeles que hablaban de un niño de 8 años que por distintas situaciones de vulneración de derechos se encontraba alojado mediante una Medida de Protección Excepcional en una institución privada con convenio con el estado, para alojar niños. Esta institución es la más antigua y tradicional de nuestra ciudad, Rosario, con más de 140 años de existencia, y cuya comisión directiva se encuentra formada por las "damas de beneficencia" de la alta sociedad.

Dado que esos "papeles" daban cuenta que el niño se encontraba alojado allí desde hacía más de un año, nos acercamos a la institución para conocerlo personalmente, ponerle "sujeto" a ese legajo y trabajar junto a él las posibilidades de su egreso. Nos encontramos con un niño chiquito, flaquito, que casi no hablaba, casi no jugaba, casi no se reía. Y el que luego de un largo de rato de chistes, juegos y pelotazos, nos hizo un dibujo, una paloma a la que puso de nombre "libre" y nos pudo decir que él quería una familia. Hacia allí emprendimos nuestro trabajo.

A este niño vamos a ponerle un nombre para identificarlo a lo largo de la ponencia, y para no violentar el derecho a la identidad del protagonista de la historia lo llamaremos Madiba, que es el apodo con el que llamaban a Mandela.

Madiba ingresa al Programa de Familias Solidarias, es decir una familia de acogida transitoria compuesta por una señora de unos 60 años, a quien denominaba "Oma", abuela en alemán, y su hija, y así egresa de la institución luego de 2 años y 4 meses, para nunca más volver. En ese seno de confianza y en donde si fue alojado, en todo el sentido de la palabra, es que un

día, relatando a su “Oma” las vivencias en el hogar, refiere que también la pasó mal en el hogar porque los dos celadores que los cuidaban le hicieron “la mala cochinada, eso que hacen los novios”, “que a todos los chicos se lo hacían”, “que a veces también estaba Carlos, el cocinero”, “que siempre pasó esto”, y que “todos sabían”.

A partir de ese relato inocente, todo el Sistema de Protección Integral de Derechos se puso en movimiento para resguardar al niño, cautelar su relato y proteger a los demás niños que continuaban alojados en la institución, hacer la denuncia penal correspondiente, no re-victimizar a Madiba, y resolver definitivamente su situación jurídica para darle lo que él nos había pedido, una familia.

Articular entre todos los actores del Sistema de Protección Integral implicó elaboración de informes por parte de las profesionales del equipo técnico de Familias Solidarias, quiénes realizan el seguimiento de las situaciones ingresadas al Programa; solicitar los informes correspondientes al Centro de Salud al que asistía Madiba para controles médicos y porque “se hacía caca todo el tiempo”, por este motivo se lo deriva al Hospital de Niños, para interconsulta con una gastroenteróloga, la que constata el cuadro de “encopresis” y emite un certificado con ese diagnóstico provocado “por abusos reiterados”.

Una vez recabados estos informes, solicitamos a una Psicóloga con amplio recorrido en la materia, realice una entrevista personal a Madiba para dejar sentado su relato y poder así finalmente realizar la denuncia penal con todos los elementos. La denuncia penal la realiza la Directora de la Dirección Provincial de Niñez, Autoridad Administrativa de aplicación del Sistema de Protección Integral de Derechos, conforme lo establece la Ley de la Provincia de Santa Fe 12.967, y conjuntamente se plasma la intervención administrativa de la institución que concluye con el egreso de todos los niños allí alojados.

Así comienza el camino de restitución de derechos, no solo de Madiba, si no de todos los niños y niñas que había allí alojados.

FUNDAMENTACION

ANALISIS SUBJETIVO: Restituyendo Derechos.

"La igualdad humana no existe en la naturaleza; necesita siempre de un hecho político fundante."[90]

El caso "testigo" que queremos compartir se encuentra enmarcado dentro de la Ley de la Provincia de Santa Fe 12.967, en concordancia a la Ley Nacional 26.061, de Protección de Derechos de NNA, adecuación normativa interna de la Convención de los Derechos del Niño, en lo que llamamos en parte de objeto a sujeto.

A Madiba lo visitamos en la Institución, allí en ese encuentro vimos a un niño pequeño, con pocas palabras, con mirada triste, retraído…Nos cuenta algunas cosas entre ellas que quería ser una paloma a la que apoda como "Libre" y dice: para poder volar. Le preguntamos si quería conocer a alguna familia para tener en principio algunas salidas y paseos. Sin dudarlo y con una sonrisa asintió.

Madiba comienza sus salidas los fines de semana, comienza a asistir a clubes, plazas, con una familia enmarcada dentro del programa Familias Solidarias. La relación mejora encuentro tras encuentro, luego comienza a pasar los fines de semana, hasta su egreso "definitivo". Hasta allí lo que fuimos observando y recibiendo era que Madiba estaba feliz en esta familia, que se encontraba alojado donde por primera vez contaba con su cuarto, su camiseta del cuadro de fútbol que simpatizaba, sus juguetes, su ropa. Comienza a crecer, a comer mejor, a dialogar, a desear, aparece su singularidad.

Luego de un tiempo se acerca la familia preocupada porque el niño había comenzado a relatar sucesos, hechos vividos en la Institución. Madiba y varios niños eran sometidos a diferentes prácticas de maltrato tanto psicológico como físico, también sexual. Aquello "naturalizado" empieza a

90 pag. 12, "El recreo de la infancia", Eduardo Bustelo.

cobrar sentido, el niño comienza a manifestarse en la escuela, en la casa, hechos que había soportado de manera pasiva los comienza a demostrar de manera activa. Madiba ya no era el mismo, había dejado de ser ese pequeño que vimos por primera vez, retraído, avergonzado, callado, humillado para convertirse en el niño que logró expresar, "quiero ir a contar todo lo que viví porque también se los hacían a mis amigos…" (lo refiere ante la pregunta si estaba dispuesto a relatarlo ante el Poder Judicial)

Madiba pudo comenzar a hablar porque existió Otro que lo alojó, que le brindó amor, contención, que le permitió sentirse único, un niño; que le permitió historizar acerca de quién era, con quienes pudo comenzar a sentirse amado, con quien pudo decir porque lo nombraban "soy" así o asá…en fin con quienes logró identidad. Por todo esto Madiba pudo decir, acá estoy "yo" y tengo muchas cosas que contar…ese Otro con el que me encontré antes no me trató bien, me hizo daño.

Cuando decimos de objeto a sujeto, estas son pequeñas muestras de cuán importante es una escucha bien ubicada, escucha e intervención interdisciplinaria, pero para luego hacer algo con eso, a partir de allí comenzó una denuncia penal. El niño al decir, denunció a ese Otro de la Institución, ese Otro que no estaba cumpliendo con la función que se espera, de garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, de darles la posibilidad de crecer, desarrollarse, constituirse como sujetos y brindarles herramientas que les permita ser uno entre otros en la sociedad. Una intervención que, por ser lo que le corresponde hacer a cada uno de los profesionales o no, que estén involucrados de alguna manera, es ética por sí misma, y desde ese primer momento es restitutiva de derechos.

Una cuestión fundamental a considerar la constituye el acto de la denuncia, es decir, el quiebre del pacto de silencio al que los abusadores someten a sus víctimas. La denuncia, ese pasaje de lo privado a lo público, implica el primer acto de resistencia frente a la violencia del abusador. De la recepción que esa denuncia tenga, del lugar y la ayuda que se le brinde al

niño/a, dependerá la inscripción restitutiva o no que ese acto tenga en el psiquismo. Si el abuso es reconocido como un delito desde el discurso social y castigado con la pena que la ley estipule, entonces el procesamiento del mismo en el psiquismo de la víctima, tendrá otras posibilidades.[91]

Tal vez el rasgo más impactante que presentan las víctimas de abuso sexual en la infancia, así como las de otras situaciones extremas, sea un vacío del sentido del futuro.[92] En el abuso, el adulto somete al niño a una escena perversa que conlleva un arrasamiento de la subjetividad.[93]

Por avatares, acontecimientos de la vida de esta familia nos encontramos con Madiba nuevamente sin un alojamiento, reiniciamos la búsqueda, su vuelta a un hogar.

El alojamiento en este lugar le permitió a Madiba conocer a otra familia con la que compartió nuevos paseos, encuentros y en la que se lo escuchó pedir un papá, una bicicleta, algunas cosas que le pertenecían y no tenía con él, pudo "desear", soñar, imaginar…que iba a ser esto o esto otro…además de cambiar de cuadro de fútbol…

Hablamos de un nuevo paradigma, donde el niño ya no es objeto de protección paternalista de un adulto o del Estado así sin más, sino donde el niño puede y debe decir, pedir, opinar, acerca de él, de lo que desea como sujeto, que abre a un diálogo entre niños y adultos, en una interrelación permanente que enriquece las intervenciones. Prácticas como las que presentamos ya no deberían existir, menos en nombre de la infancia…

Como afirma ciertamente Bauman, la responsabilidad hacia los niños y niñas puede ser pensada como la ética de una caricia: "la mano que acaricia siempre se mantiene abierta, nunca se cierra para asir", jamás demanda posesión. Y éste es el sentido más profundo de lo que llamamos "derechos". [94]

ANALISIS NORMATIVO: "<u>Sostengo que cuanto más</u>

91 pág. 50, "Abuso sexual en la Infancia"; Bettina Calvi
92 pág. 59, "Abuso sexual en la Infancia"; Bettina Calvi
93 pág 83, "Abuso sexual en la Infancia"; Bettina Calvi
94 pág.131, "El recreo de la infancia", Eduardo Bustelo.

indefensa es una criatura, más derechos tiene a ser protegida por el hombre contra la crueldad del hombre." Mahatma Gandhi

Adentrándonos en la Convención sobre los Derechos del Niño y específicamente respecto de los NNA víctimas o testigo de delitos, la CIDN establece diversos mecanismos de protección especial de sus derechos contra el abuso físico, mental y sexual y los malos tratos (Art. 19 CIDN). Haciendo mención especifica a la obligación general de los Estado Partes de tomar medidas "hasta el máximo de los recursos de que dispongan" (art. 4) para asegurar la plena vigencia de sus derechos, entendiéndose que este derecho implica una serie de conductas activas por parte de las autoridades publicas.[95]

Aquí es interesante resaltar que en relación de NNA víctimas o testigos de delitos, el art. 12 de la CIDN les reconoce el derecho a ser oídos en todo proceso judicial o administrativo, llevando esto a consolidar una postura jurisprudencial por la cual los NNA víctimas pueden constituirse como parte querellante en los procesos donde se investigan los delitos en los que se vieron involucrados.

Por tanto, con la incorporación a nuestra constitución de la CIDN al derecho interno argentino nace la obligación del estado de adoptar medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole que impliquen darle efectividad a los derechos reconocidos en ella.

Otros instrumentos internacionales referidos a los NNA victimas de delitos:

Las Directrices de Riad, dedican un apartado especial a tocar el tema en cuestión, específicamente se han normado Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos, como ser, la Directriz N° 23 dispone que "*Al prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un numero excesivo de intervenciones*", y también la Directriz 31 prevé que los

95 párrafos 90 y 91, Opinión Consultiva Nº 17, agosto de 2002, CIDH.

profesionales deberán aplicar medidas para limitar el número de entrevistas, velar para que el presunto autor del hecho delictivo no interrogue a los niños y por tanto asegurar que el interrogatorio se lleve a cabo en forma adecuada. En esta línea de razonamiento, a nivel de jurisprudencia nacional se ha avanzado en tal sentido con claridad en los juzgadores respecto de la aplicación de estos estándares internacionales, en tanto que a nivel provincial, el MPA (Ministerio Público de la Acusación) ha formalizado un Protocolo de Intervención en casos de NNA víctimas y testigos de delitos sexuales (Resolución Nº 19/2014) en el mismo.

Así también las Reglas de Brasilia Nro. 5, en relación a la edad, Nros. 10,11 y 12 referido a víctimas, 24, 25, 28, 29 en relación a la asistencia legal y defensa, 62, 64, 65, 67 a 74 relativas a los modos de comparecencia en actos judiciales, 78, participación de NNA en actos judiciales, 80 a 84, preservación de la intimidad, etc.

Las Normas Locales de la República Argentina

A partir de la incorporación en el año 1994 a través del art. 75 Inc. 22 a nuestra constitución de la CIDN, se dicta la Ley Nacional 26.061 a fin de garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte como reza el art. 1.

Esta norma es replicada en nuestra provincia a través de la Ley Provincial 12.967, de Promoción y Protección Integral de los Derechos de NNA, y su Decreto Reglamentario 619/2010.

Es necesario también mencionar normas procedimentales en relación a la problemática que nos compete, esto es, la sanción a nivel nacional de la Ley 25.852 que ha modificado el Código de Procedimiento Penal de la Nación y por tanto, la justicia federal, respecto del modo de tomar las declaraciones de los NNA víctimas de delitos contra la integridad sexual implementando la Cámara Gesell y dispositivos similares, introduciéndose en el art. 250 bis y ter la obligación de entrevistar al menor por personal

especializado, en un ámbito adecuado evitándose la revictimización del niño ante el interrogatorio de sujetos, tales como jueces o los empleados propios del tribunal sin formación especifica en la materia.

A nivel provincial podemos mencionar que recién en el 10/07/2008 a través del Acta Acuerdo N° 28 P. 19 de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia se aprobó la implementación de la Cámara Gesell como dispositivo adecuado para la escucha de NNA victimas o testigos de delitos. Esto vino de la mano de un cambio de paradigma en materia procesal penal, un proceso de transición entre el sistema inquisitivo imperante y el nuevo sistema acusatorio, siendo esta transitoriedad regulada en la Ley Provincial 12.912 o Código Procesal Penal de Transición que en su art. 108 plasmaba estos estándares internacionales. Este proceso se vio terminado en el actual sistema de enjuiciamiento penal que en el art. 160 de la Ley Provincial 12.734 mantiene los mismos preceptos, habiéndose logrado la aprobación por parte de los jueces de garantía de la figura del "anticipo jurisdiccional de prueba", preservándose así el testimonio del NNA en Cámara Gesell, llevándose al juicio oral la filmación de la misma evitando así exponer a la victima al estrés que conlleva prestar testimonio en un juicio oral frente a su agresor reduciendo significativamente los problemas emocionales y respetando su intimidad.

Víctima en el Proceso Judicial: Figura del Querellante

Este desarrollo normativo que brevemente hemos mencionado tiene la novedad de haber generado en nuestra provincia con la implementación del modelo acusatorio o adversarial, que la víctima tome un protagonismo fundamental con un mayor reconocimiento de sus derechos. Esta incorporación como actor del proceso penal con cierta visibilidad y con la posibilidad de accionar en un juicio plasma esta idea consagrada internacionalmente de que los niños tienen derecho a una protección especial, que en el caso de las victimas menores de edad conforma una doble protección jurídica: protección por ser victima y protección por ser NNA.

Hablando específicamente de como este proceso pudo plasmarse en

el caso puntual, debemos comenzar por explicar que venimos como ya dijimos de un sistema inquisitivo, y esta normativa de transición nos encontró a medio de camino del sistema actual pero que como muestra clara de la intencionalidad de adecuarse a principios constitucionales, incorporó en su articulado la figura del Querellante de la mano del reconocimiento de los Derechos a la Victima, es aquí donde la norma provincial 12.912 en su art. 67 II in fine que reza "Querellante: Sin perjuicio de lo establecido por este código…*También podrá serlo la persona jurídica cuyo objeto fuera la protección del bien jurídico tutelado en la figura penal, cuando se trate de delitos que afecten intereses colectivos o difusos*"**.** Este párrafo nos permite considerar que el Estado, que si bien puede tener al individuo como titular de un derecho o de un interés (es el caso de Madiba por estar bajo la tutela del mismo Estado en su alojamiento transitorio en esta institución conveniada), puede trascender ese derecho individual e integrar el proceso como ofendido en pos de la preservación de un bien jurídico que considera de tutela propia.[96]

Del Proceso en particular.

En esta restitución de derechos y constitución como sujeto de Madiba, siempre desde una perspectiva interdisciplinaria, tropezamos ante el impedimento de que carecíamos de representación legal para el mismo. Por lo que también fue parte de nuestro trabajo constituirlo como sujeto activo de derechos, reconocido jurídicamente.

Dado que en nuestra provincia regía el sistema penal inquisitivo -al momento de realizada la denuncia ya que actualmente se ha modificado- tal como se explicó previamente, nos encontramos ante la falta de representación legal de un niño, que a su vez, por ser menor de edad, carece de personería jurídica para presentarse por si mismo para defender sus derechos.

Si bien la Dirección Provincial interviene ante la amenaza o vulneración de los derechos o garantías de los NNA, para preservar o restituir

96 Pags.314/5/6, Tomo 2, Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Ley 12734, Baclini Jorge, Ed. Juris.

a los mismos el goce y ejercicio de los derechos amenazados o vulnerados y la reparación de sus consecuencias, (art. 50 Ley 12.967), la adopción de Medidas de Protección Excepcional (art. 51 Ley 12.967), como la que fue adoptada respecto de Madiba no implica suspensión ni privación de la patria potestad. Este organismo administrativo no posee facultades para resolver cuestiones legales de fondo, las que competen en forma exclusiva al Poder Judicial.

Por lo que, y atento que existía una contraposición de intereses entre la representante legal, su progenitora -en ejercicio de la patria potestad- y su hijo Madiba -institucionalizado desde el 20 de enero de 2009 hasta 17 de mayo de 2011 en el Hogar del Huérfano de Rosario, se solicitó al Juzgado de Familia en donde tramitaba el control de legalidad de la Medida Excepcional, se arbitren todos los medios procesales que fueren necesarios y conducentes dándose intervención al Defensor General (art. 145 inc. 5 Ley 10.160) a fin de proveer a Madiba un representante legal. En consecuencia, a fin de soslayar este inconveniente, se propuso se le designe un **ABOGADO DEL NIÑO,** quién a su vez se lo designo como tutor especial, al solo efecto de representar y proteger los intereses del niño y con facultades para constituirse como querellante, en el marco del estado procesal de la Causa Penal, en pos de proteger los derechos severamente lesionados del niño, y ejercer su defensa técnica, considerándose en toda instancia los derechos del niño, entre otros el de ser asistido por letrado en los procedimientos administrativos y judiciales que tramiten cuestiones que hagan a sus derechos constitucionales.

Que las referidas garantías, que derivan de textos internacionales y que son receptadas por normativas tanto provinciales como nacionales, son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles[97], cuyo incumplimiento puede acarrear la nulidad de los actos procesales, así como también responsabilidad internacional del Estado frente al incumplimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, motivando esto, que el Juzgado de Familia haga lugar a nuestro pedido y

97 Art. 2º,in fine, Ley Nº 26.061/2005.

designe un Abogado del Niño para Madiba.

Por cuestiones de plazos procesales y el tiempo que acarreó la Resolución con la designación de Abogado del Niño, no pudo constituirse como querellante porque se elevó la causa a juicio, es decir, una vez realizada la requisitoria de elevación a juicio, se cierra la etapa procesal para presentar las querellas. De todos modos el abogado del niño se presenta en el proceso penal, que en estos momentos se encuentra en el Juzgado de Sentencia en la etapa probatoria, y el Juzgado lo notifica de todos los pasos procesales. Por lo que, si bien no es parte, participa de las audiencias, realiza preguntas, tiene conocimiento del expediente y propone medidas a la querella de la Provincia de Santa Fe.

No obstante ello, de acuerdo a lo postulado en el presente y en consonancia a la Doctrina de Protección Integral, el delito perpetrado contra la integridad sexual de Madiba ofendió, por un lado al niño víctima del hecho, y por el otro afectó los intereses del Estado Provincial dentro del marco de las Políticas gubernamentales que cumplimenta a través del plexo normativo integral en materia de niñez, Ley Provincial Nº 12.967, modificatoria y Decreto Reglamentario; Ley Nacional Nº 26.061, Pactos, Tratados, Opinión Consultiva Nro. 17 del año 2002, emitida por la CIDH -respecto de la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño- así como del fallo dictado por el mismo organismo internacional conocido como "Los niños de la calle vs. Guatemala"; y demás Convenios Internacionales de Derechos Humanos que en materia de Niñez y Adolescencia, que gozan de Jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.). Que tal como lo resolviera la C.I.D.H. en el citado caso *–Los niños de la calle vs. Guatemala-* al referirse a la Protección Judicial y Garantías Judiciales, en el punto 199 *"…cuando se ha violado un derecho protegido [por el Estado parte],* ***el Estado está obligado a responder sua sponte*** *con determinadas medidas de investigación, actos encaminados a sancionar y castigar a los perpetradores, y mecanismos que garanticen el acceso a la indemnización y, al mismo tiempo,* ***la víctima tiene un derecho directo a procurarse***

protección y reparación judicial."

Por lo expuesto, la figura del querellante en la persona del Estado Provincial representado por el Señor Gobernador se presento en el año 2012, habiendo sido encontrados probables autores del delito investigado los llamados Ovi y Oski, quiénes por solicitud de su defensa, les fue concedida la excarcelación por el juzgado interviniente, encontrándonos en estos momentos, hablando en términos procesales puros, en etapa probatoria, debiendo destacar que esta querella cuando presentó su escrito propuso como medios probatorios y en resguardo de la integridad psicofísica y de la intimidad de Madiba, solo aquellos que preservaran al niño, excluyendo de proceso alguno de debate, a su testimonio, el cual pudo ser preservado en Cámara Gesell y que solo debe ser valorado en el ámbito judicial y por el juez de la causa ya que se trata como bien dice Eva Giberti "*de algo cuya veracidad no hay razón para dudar, una criatura no conoce las reglas internas del relato, por eso no se preocupa por tornarlo verosímil, ni dispondría de capacidad de simbolización suficiente para realizar la maniobra*". Lo que esta más que claro es que Madiba ha logrado ocupar el lugar de sujeto de derecho ante el juez y por tanto debe presumirse la verosimilitud de su relato.[98]

CONCLUSIONES. RESUMEN DE LA PROPUESTA CONCRETA

A modo de conclusión…el problema no es de índole particular y no se resuelve desde un compromiso personal con un niño o un proyecto, sino en un espacio colectivo construido como política pública. La dependencia y la cautividad de los niños en una relación de padrinazgo los hace víctimas del despotismo de la benevolencia y de toda clase de abusos.[99]

No es casual ni fortuito el momento histórico para la sanción de todo este plexo normativo, sino que han sido producto de luchas sociales, de lucha por los derechos humanos, por la inclusión, nada menos que en Argentina y entendemos que se replica en general en otros países de América Latina, de un

[98] Tratamiento de niños en sede judicial, Acceso a la justicia de niños y niñas, Unicef, 2005.

99 pág. 41, "El recreo de la infancia", Eduardo Bustelo.

contexto social que posibilitó que eso surgiera ya que, las "políticas públicas" no serían tales sin la participación de la comunidad en su conjunto, por el contrario son el reflejo de lo que la sociedad reclama, no meras herramientas técnico-jurídicas que en sí mismas no lograrían el objetivo.

Como ya mencionamos nuestra intervención no se limitaría al trabajo específico de nuestra profesión, sino a aportar para la construcción de políticas públicas que apunten a una sociedad más justa, a un Estado garante de los derechos humanos, que favorezca a la autonomía y la libertad del hombre, es decir, a una justa distribución de los recursos simbólicos y esto no es posible sin una justa distribución de los recursos materiales.

Ahora bien, desde la órbita del Poder Judicial, mas allá de haberse concedido lo solicitado en relación a representación del niño en el proceso, nos preguntamos como ha podido la justicia permitir que el abusador que era cuidador de este niño en su ámbito de alojamiento haya transitado el proceso en estado de libertad teniéndose en consideración las implicancias y la gravedad del delito cometido? Y en este punto lamentablemente concluimos que aún de haberse podido preservar el testimonio del niño y garantizar la doble tutela en el proceso, han primado en la evaluación judicial los derechos de defensa del imputado quien al haber probado que no se fugaría o no entorpecería el proceso pudo ser excarcelado y por tanto estar en libertad a la fecha.

Arribamos entonces a dos propuestas, ambas restitutivas de derechos, al Estado en relación a la Política Pública y al Poder Judicial.

Al Estado en relación a la Política Pública, proponemos que a partir de este primer caso testigo sea el Estado el que asuma la representación de los niños víctimas en el proceso penal, solicitando la designación de un Abogado del Niño y constituyéndose como Querellante para garantizar la participación del NNA en el proceso y así lograr una sentencia condenatoria y por ende, restitutiva para el niño y constitutiva de sujeto. Siendo aplicable por tanto a todos los niños que se encuentren incluidos dentro del Sistema de Protección

Integral del Estado.

Al Poder Judicial, proponemos que en relación a la gravedad de este tipo de delito y habiendo logrado implementarse estándares internacionales y adecuar nuestra normativa interna a los mismos, consolidándose así la incorporación de los Derecho de la Victima y de la doble tutela de NNA, estos primen siempre a la hora de sopesar los derechos del acusado al momento de la evaluación por parte del juzgador de la aplicación de una medida de coerción personal, asegurándosele a la víctima que el poder sancionatorio que posee el Derecho Penal será efectivo en este sentido pudiéndose aplicar medidas alternativas que conlleven una morigeración y no una omisión en la cautela que la dejen nuevamente vulnerable y expuesta ante su agresor.

BIBLIOGRAFIA.

"Abuso sexual en la Infancia", Bettina Calvi, Editorial Lugar, 3ra, reimpresión, Año 2012;

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados;

Convención Internacional de los Derechos del Niño;

"El recreo de la infancia: argumentos para otro comienzo", Eduardo Bustelo, Editorial Siglo XXI, 2da. Edición, Año 2011;

Fallo "Los Niños de la calle vs. Guatemala", Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 19 de noviembre de 1999;

Ley de la Provincia de Santa Fe Nro. 12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 2009

Ley Nacional Argentina Nro. 26.061

Manual de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, UNICEF, Hodgkin Raquel y Newell Peter.

Opinión Consultiva Nro. 17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Corte Interamericana de Derechos Humanos

Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Ley 12734, Baclini Jorge, Ed. Juris.

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA

Dra. María Alejandra Ferrer. Asesora de Menores e Incapaces de Tupungato, Mendoza

Tema: COMISION 2: Derechos Humanos, Familia, Niñez Adolescencia y Justicia

a.- Justicia de Familia: Principios fundamentales **celeridad**, economía procesal **efectividad**

"LA GARANTIA DEL PLAZO RAZONABLE BAJO EL FOCO DE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL ROL DE LOS ASESORES DE MENORES PARA REFORZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO"

Esta ponencia se halla vinculada a la responsabilidad internacional que le cupo a la República Argentina, por la falta de respuesta oportuna, por parte de las autoridades judiciales al incurrir en una demora excesiva -12 años- en la resolución de un conflicto, vulnerándose la garantía judicial del plazo razonable. Se trata de definir el contenido y los alcances de las obligaciones que debe asumir un Estado, cuando se trata de los derechos de niños, adolescentes y personas con discapacidad entendida ésta, no exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, sensorial o intelectual; sino por la interrelación con las barreras que existen para que una persona pueda ejercer sus derechos de manera efectiva.

En el desarrollo de este trabajo, sigo lo lineamientos del Caso Furlán y Familiares c/Argentina, fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 31/08/2012, donde dadas las condiciones de salud en las que se encontraba el adolescente y la necesidad que le urgía a su

familia para la obtención de medios económicos con el objeto de procurar su rehabilitación y el acompañamiento psicoterapéutico a raíz de los daños cerebrales, del grado de incapacidad psíquica, de los trastornos irreversibles en el área cognitiva y motora con que quedó el adolescente; los que si bien son graves, no son menos que los daños colaterales que sufrió su familia, a quienes se le complicó la vida por los problemas anímicos, económicos, por tener que soportar una espera llena de limitaciones que no les permitió manejar la situación de discapacidad con programas sostenidos de rehabilitación y que terminó por desintegrar, empobrecer y humillarla, esperando una indemnización ecuánime y digna.

Dentro de las medidas positivas determinables en función de las peculiares necesidades de protección en que se pueda encontrar el sujeto de derecho vulnerable, **está la del plazo razonable.**

El plazo razonable para que se sustancie un proceso no se encuentra expresamente enumerado en nuestro derecho interno, sólo contamos con el instituto de la perención; por lo que se impone su consideración a los fines de la efectividad de la tutela y de lograr la adecuada protección en tiempo propio, con el propósito de evitar que la sentencia a pronunciarse, no ocasione un daño grave e irreparable, sobre todo a personas vulnerables, como es el caso de niños o de personas con discapacidad.

Sí lo preveé el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando proclama en el punto 6.1: *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente y en un plazo razonable.*

Nuestro Derecho se ha enriquecido con la incorporación de los Tratados de Derechos y Libertades fundamentales, los cuales han delineado con mayor precisión el marco de las garantías individuales que integran el debido proceso, dándole así contenido nuevo a viejos derechos, donde juega un papel se suma trascendencia, el Pacto de San José de Costa Rica que integra el bloque de constitucionalidad federal.

Éste a través de su art. 8.1 establece "*...el derecho de toda persona a una razonable duración temporal del proceso o a un proceso sin dilaciones indebidas...*"

No hay dudas de que el tiempo es un factor determinante a los fines de alcanzar justicia en un caso concreto, ya que una sentencia que llegue tarde puede frustrar o afectar la efectividad de la tutela judicial. Se trata de buscar un delicado equilibrio entre la celeridad de la decisión, la posibilidad de las partes de oponer sus defensas y la posibilidad del juez de analizar cuidadosamente las alegaciones y pruebas.

Ahora bien, teniendo en consideración que cada proceso de familia tiene sus características, resulta imposible establecer un plazo de modo uniforme para determinar cuando se está en presencia de una flagrante vulneración del plazo razonable. Por ello esta ponencia apunta a dejar la razonabilidad del plazo, <u>como un concepto abierto e indeterminado, pero con pautas de interpretación según cada litigio.</u>

Sigo el criterio hermenéutico sostenido por los jueces europeos a partir del caso Genie Lacayo vs Nicaragua, los cuales consagran 3 criterios: a) complejidad de la cuestión de jure y de facto; 2) actividad procesal de la parte interesada -omisiva o activa- y 3) conducta de las autoridades judiciales, la que asume un papel fundamental para la evaluación de la razonabilidad de la duración del proceso. El juez no es un simple espectador con facultades para dirigir el proceso, sino que le cabe un rol más activo.

Puede agregarse, lo que el Tribunal Europeo incorporó como cuarto criterio "lo que en el litigio arriesga el demandante", como podría ser la premura especial para el cobro de una pensión por discapacidad cuando está en juego nada más ni nada menos, que la propia supervivencia del sujeto (Caso Nunes Volantes vs Portugal).

El Asesor de Menores constituye sin lugar a dudas, una herramienta esencial para contrarrestar la vulnerabilidad de la víctima -niño o enfermo mental-, debido al efecto negativo que genera la interrelación entre

discapacidad y la pobreza y exclusión social para afrontarla, produciendo un impacto desproporcionado en la condición de persona con discapacidad.

El A. de M. cuenta con una amplia gama de facultades además de las ya consabidas, com: promover o requerir las medidas conducentes para la protección de la persona y fundamentalmente, **para reforzar la garantía del Interés Superior del Niño**. Puede activar diversas acciones especificando rubros resarcitorios, puede requerir una tutela anticipada de los tratamientos médicos prescriptos, controlar la prueba, cuestionar la modalidad de pago del resarcimiento, solicitar el otorgamiento de una pensión por discapacidad atento a la dilación o imposibilidad de realizar aquéllos, entre otras.

Por otro lado, se trata de realizar, ajustes de procedimiento para facilitar la celeridad de los procesos y el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud.

Concluyo en la necesidad de que las autoridades judiciales, han de tener especialmente en cuenta, el estado de vulnerabilidad en que se encuentran los sujetos, y poner mayor diligencia a fin de procurar la celeridad y brevedad de los procesos, máxime aquellos donde se trata de obtener una pensión, un resarcimiento, o un tutela anticipada para atenuar o paliar los efectos negativos del transcurso del tiempo. El Estado ostenta un deber jurídico propio, por lo que los tiempos de la justicia, no pueden depender exclusivamente, de la iniciativa procesal de los actores del proceso.

Tema: ¿FILIACION POR VOLUNTAD PROCREACIONAL?

Comisión elegida: COMISION 2 Derechos Humanos, Familia, Niñez Adolescencia y Justicia

d- Filiación biológica y adoptiva. Derechos Humanos y nuevas formas familiares.

AREVALO FOUIRNE, MIRTA ELENA

BULLORINI, ALEJANDRO GABRIEL

MODUGNO, VANINA GRISEL

Síntesis de la propuesta:

En este trabajo, pretendemos mostrar la importancia de una interpretación integral de las implicancias que trae aparejada la aplicación de la Reforma Constitucional de 1994, los derechos y principios establecidos en la Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes, a través del estudio de la normativa aplicable a un caso concreto, como es: *el derecho a la igualdad e identidad de los hijos e hijas en familias homoparentales en cuanto al reconocimiento de su filiación y la protección de la familia,* dando especial atención a aquellos casos en donde existen *hijos e hijas nacidos(as)con anterioridad a la sanción de la ley de matrimonio igualitario en la República Argentina.*

¿FILIACION POR VOLUNTAD PROCREACIONAL?

La legislación cumple la función de definir y dar las bases de toda

estructura social, política, económica y cultural de un Estado-Nación, siendo una de las instituciones fundamentales al momento de buscar instaurar el *status quo* en un determinado país. Sin duda alguna, el proceso de construcción legislativa en la República Argentina, llevado a cabo durante las últimas décadas, ha desarrollado una de sus virtudes más valorables a nivel nacional e internacional: el gran espacio de legitimación dado a los Derechos Humanos.

Es así que, tras la Reforma Constitucional de 1994, Argentina adhiere y otorga jerarquía constitucional a distintos Tratados y/o Pactos Internacionales, entre ellos: Declaración Americana de los Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Niña y los adolescentes[100].

Los derechos y principios emanados de estos instrumentos internacionales ahora consagrados constitucionalmente tiñen todo el ordenamiento jurídico argentino.

"En el modelo argentino la supremacía constitucional se manifiesta mediante la regla de reconocimiento constitucional que conjuga una interrelación constante entre la Constitución Argentina (como fuente interna) y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (como fuente externa), y desde su fuerza normativa invade e

[100] Vale hacer la aclaración que, en el caso del presente análisis, incorporaremos el enfoque de Género, en concordancia con nuestra mirada inclusiva desde aspectos tan cotidianos, como lo son el habla y la lecto-escritura. Por eso, referimos al "niño, la niña y los adolescentes", visibilizando a los distintos grupos etéreos cuyos intereses son representados en la Convención.

interpreta a todos los derechos inferiores, configurando, en el caso, el derecho de familia". ("Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia" Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, pág. 21").

Esta "invasión", de la que nos hablan los autores, ha sido una trascendental transformación, ya que ha incorporado una serie de derechos, obligaciones y principios a la Constitución Nacional, tanto individuales como colectivos, en lo que refiere a la búsqueda y protección del Interés Superior del Niño, la Niña y los adolescentes. No obstante, ésta incorporación, todavía presenta una serie de debilidades en la aplicación práctica de dichos fundamentos, lo que hace que, en ocasiones, muchos de estos avances se queden en el papel, sin que su interpretación repercuta positivamente en la vida de las personas que se supone ha de representar.

Filiación biológica, filiación por adopción y filiación por voluntad procreacional

En el Código Civil Argentino, el artículo 240 establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza o adopción.

Asimismo, en el artículo 250 reza que: "[…] *No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la* ***acción de impugnación de la filiación*** *establecida*".

La ley 26413[101] en su artículo 45 establece que: "*No podrán inscribirse reconocimientos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo*".

De la lectura de estas normas referenciadas podemos interpretar que su finalidad es la de evitar una filiación contradictoria sobre una persona.

Si interpretáramos que la finalidad perseguida por el legislador es la

[101] La Ley 26.413 establece que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

de evitar filiaciones sobre una misma persona por dos personas de un mismo género, estaríamos ante un anacronismo legislativo a la luz de una interpretación constitucional integral de la normativa argentina.

Retomando el artículo 240, que refiere a que la filiación puede ser biológica o por adopción, si tenemos en cuenta los tratamientos de reproducción asistida (en adelante, TRA), la doctrina y jurisprudencia al respecto no podemos dejar de lado la **"voluntad procreacional"**, como fundamento para una nueva clase de filiación.

La voluntad procreacional, no se encuentra regulada dentro de nuestro ordenamiento jurídico como tal, sin embargo, a la luz de una interpretación dinámica de los derechos humanos, del derecho a la igualdad, el derecho a la identidad, el Interés Superior del Niño(a) y la protección integral de la familia, son absolutamente compatibles.

El anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación estipula una filiación binaria sobre la base de la voluntad procreacional; en el art. 561 expresa: "Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos."

En este sentido un Juzgado de Familia de Gualeguay, Pcía de Entre Ríos, expediente nº 82, con fecha 19 de noviembre de 2013 estableció en un caso de maternidad subrogada que:

"1.- Corresponde acoger la demanda de impugnación de maternidad extramatrimonial y el consecuente reconocimiento en persona de la actora de la maternidad matrimonial, en razón de haber sido conjuntamente con su marido quienes, mediante el aporte de óvulos y espermatozoides respectivamente, dieron origen a la formación del embrión de cuyo producto y con el aporte del útero perteneciente a la demandada,

nació el niño cuya filiación se cuestiona.2.- El elemento prioritario en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional, siendo a todas luces evidente y comprobada la misma por parte de los actores, es decir, de quienes participaron en el proceso de que aquél naciera y no así de la gestante. 3.-Cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del CC., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación. 4.-Existe una creciente concientización de que en una sociedad liberal la gente debería elegir, dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por ello; así, mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla. 5.-Ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes en el procedimiento de maternidad subrogada, merece otorgarse preeminencia a principios como el interés superior del niño, el derecho a la identidad, a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia y la voluntad procreacional".

En este mismo sentido aclara la Dra. Eleonora Lamm[102]: *"Hoy, como consecuencia de la aparición de las TRA, lo biológico ya no comprende lo genético[103], ni lo genético comprende lo biológico[104]. En otras palabras hoy el aporte puede ser exclusivamente genético. Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se presentan tres criterios perfectamente*

[102] Abogada. Doctora en Derecho, con línea de investigación en Bioética, por la Universidad de Barcelona. Máster en Bioética y Derecho y Máster en Derecho de Familia por la Universidad de Barcelona. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho (UB). Becaria del CONICET.

[103] Por ejemplo: mujer que acude a la donación de óvulos o los casos de maternidad subrogada gestacional.

[104] Puede suceder que una persona aporte únicamente material genético (por ej. donación de semen) o que se utilice material genético del hombre que quiere tener un hijo, pero el embarazo se produzca a través de las TRA.

diferenciados lo genético, lo biológico y lo voluntario. Ahora bien, como las TRA permiten que el aporte sea puramente genético, cuando se trata de filiación derivada de las TRA el aporte en general[105] *deja de ser biológico (como sucedía en la procreación natural*[106]*, para comenzar a ser puramente genético). Entonces, mientras que en la filiación por naturaleza el conflicto es entre lo biológico y lo volitivo, en la filiación derivada de las TRA el conflicto es entre lo genético y lo volitivo. Ahora bien, lo biológico importa un plus respecto de lo genética*[107]*; y como lo genético carece de ese plus adquiere más importancia y relevancia lo volitivo*[108]*. En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRA, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética. Se está ante nuevas realidades que importan una "desbiologización y/o desgenetización de la filiación", y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de "parentalidad voluntaria" o "voluntad procreacional". Lo expuesto demuestra que si durante años la lucha se dirigió al triunfo de la verdad biológica (recuérdese la derogación de la prohibición de investigar la paternidad que existía en el derecho español), hoy se ha dado una vuelta de página. Las TRA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo. Si bien las TRA son utilizadas, en general, por aquellos que no quieren renunciar a tener un hijo "genéticamente propio", no es el elemento genético el que determina la filiación, sino el volitivo. Conforme se verá luego, se trata de una filiación que se*

---

[105] Digo en general, porque entiendo que deben hacerse precisiones cuando se trata de supuestos de maternidad subrogada o cuando es la mujer la que recurre a material genético de otra aportando la gestación.

[106] El embarazo de la mujer ya no se produce a través del coito, sino que se recurre a las TRA. De esta manera, como el embarazo ya no es consecuencia del acto sexual, su aporte será genético o volitivo –o los dos– pero no biológico.

[107] Lo biológico importa un plus respecto de lo genético dado que irroga un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon que va más allá del aporte genético. El origen cuenta con una producción: alguien estuvo allí para producirlo y ese alguien está más allá de los genes.

[108] ¿Quién es el padre? ¿El donante que aportó material genético o el que quiso tener el niño?

determina sobre la base del consentimiento previamente prestado."

A partir de lo señalado y volviendo al artículo 240 de la legislación Argentina, referente a la filiación, no se desprende que las únicas formas de filiación sean la biológica o la adopción. La norma expresa que la filiación ***"puede"*** tener lugar por estas dos formas. Por lo que podemos interpretar que no excluye la voluntad procreacional como criterio de filiación. En este tercer supuesto, el elemento volitivo tendría un espacio de mayor envergadura que el componente genético. En sustento a esta realidad, no puede soslayarse que si bien no está expresamente regulada la voluntad procreacional como fuente de filiación, ya puede considerarse como una creación pretoriana y doctrinaria en tanto jueces del fuero Civil de la Nación como así también del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires han fundamentado sus sentencias reconociendo como padres a quienes no era progenitores biológicos del niño, en este instituto.

Ley de Matrimonio Igualitario

En el año 2010, se dictó la ley 26.618 cuyo aporte es la modificación de la institución matrimonial. Centralmente, dicha ley eliminó el requisito de binariedad de sexos para la realización de un matrimonio, permitiendo de este modo que puedan casarse parejas cuyos integrantes son del mismo género. Con esto, se otorgó reconocimiento a todas las personas en igualdad de condiciones aceptando que vivimos en diversidad, independientemente de la orientación sexual, dando libertad de elegir con quién asumimos los compromisos de pareja, bajo la regulación de la institución civil del matrimonio y se reconoció, además (mediante la incorporación de una cláusula de equiparación genérica, dentro del artículo 172, in fine), un principio de interpretación que implica reconocer, más allá de las propias especificidades, iguales derechos, obligaciones y requisitos, a todos y todas los y las contrayentes en la institución matrimonial, sean del mismo o de distinto

género.

Asimismo, la ley incorporó una cláusula complementaria, referida a la aplicación de la reforma en todas las normas de nuestro derecho vigente, estableciendo que todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico, se entenderán aplicables al matrimonio constituido por dos personas de igual o distinto género. De la mano con ello, se estableció la imposibilidad de interpretar norma alguna en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones para los matrimonios constituidos por personas del mismo género, debiendo siempre equipararse en condiciones con los conformados por dos personas de distinto género (IBARRA: 2010).

Las parejas homosexuales, al no poder superponer matrimonio y procreación, obligan a admitir un parentesco no construido en bases biológicas. La adopción, por definición, permite desligar completamente lo biológico de la filiación, privilegiando el carácter volitivo, y por ende, la construcción social del parentesco. Por lo demás, el nacimiento de un niño o una niña y su producción física no bastan para hacer de sus progenitores "padres", como pone de manifiesto el caso del niño cuyos padres no se han hecho cargo suyo. Nacer de un hombre y una mujer no basta para ser hijo o hija de ese hombre o mujer (CADORET: 2003).

Estas nuevas formas de concebir la familia requieren sean reconocidos sus derechos filiatorios. Así se expuso con claridad "la existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obligan admitir la construcción de un parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la "socioafectividad; y cuya construcción dependen de la existencia de una voluntad procreacional, a la que sin duda debe dar una respuesta el ordenamiento jurídico"[109]

La desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y

[109] Fortuna Sebastián Ignacio "Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación"; RDF num 57, Abeledo Perrot, 2012.

central en la determinación de la filiación, consolida a la procreación asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales (KEMELMAJER DE CARLUCCI; HERRERA; LAMM: 2010). Tan así es, que se habla de una "desbiologización de la paternidad", focalizándose en la "parentalidad voluntaria" como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas. Por otro lado, no puede negarse que aún la determinación de la paternidad matrimonial tiene un alto componente social. En efecto, el marido de la madre puede no ser genéticamente el progenitor del niño que su esposa da a luz.

Ante lo dicho, es importante denotar que los conceptos de familia y matrimonio no son universales, estáticas, naturales, sino culturales.

Para ello, es de suma importancia considerar que la norma jurídica debe adecuarse a la nueva realidad social, garantizando los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, asimismo, evitando la discriminación aún latente en el seno social. No obstante, en Argentina ha resultado de gran avance el cumplimiento de la ley 26.618, que ha permitido a las personas del mismo género contraer matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales; ello implica que aquellos hijos e hijas de familias diversas, hoy tienen la posibilidad de gozar de los mismos derechos y garantías que cualquier niño, niña o adolescente.

Pero como ya veremos más adelante, el caso particular que voy a desarrollar, es el de una niña, Mariana (tanto el nombre de la niña como el de sus madres ha sido modificado para preservar su derecho a la privacidad), que según una interpretación normativa rígida, parecería tener vulnerado su derecho a la identidad.

Convención sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes

El artículo 4° de la Convención de los Derechos del Niño, la Niña y los Adolescentes, comprometió a los Estados Partes a adoptar medidas

legislativas, judiciales y de otra índole, dirigidas a hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, entre los cuales considero importante destacar –con relación al objeto de análisis: el artículo 2º referido al derecho a la Igualdad y la no discriminación, el artículo 3º sobre el Interés Superior del Niño, la Niña y el adolescente, los artículos 7º y 8º referidos al derecho a la identidad y el artículo 9º sobre el derecho a pertenecer a una familia y a permanecer en contacto con los padres.

El Estado Argentino, actualmente, estaría violando este artículo 4°, al no adoptar medidas legislativas que contemplen los casos de niños, niñas y adolescentes nacidos en una familia homoparental con anterioridad a la sanción de la ley de Matrimonio Igualitario.

En ese sentido, considero que el tipo de filiación que un niño, niña o adolescente posean, no debe surgir de la condición sexual de sus padres, cuando el paradigma de la filiación biológica y de la filiación por adopción ya ha sido ampliado doctrinariamente, incluyendo la filiación por voluntad procreacional. Si bien, los tres tipos de filiación tienen mecanismos particulares al momento de llevarse a cabo, no deberían existir lagunas legales que permitan tratos discriminatorios hacia los niños, las niñas y los adolescentes en dichas circunstancias.

Además, a esto le aporta el artículo 3º, párrafo 2º de la Convención, que destaca: *"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."*

Antecedentes legislativos históricos de la Argentina

El marco legislativo nacional reconoce como prioritario el derecho a la igualdad y la protección contra tratos discriminatorios. De esta forma, en el

artículo 16 de la Constitución Nacional, tras la Reforma Constitucional de 1994, numerosas normativas internacionales de derechos humanos, al adquirir jerarquía, actúan como un complemento en su contenido (Constitución Nacional, art. 75 inc. 22; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 26; entre otras). Éstas normativas, de conformidad con lo normado por el artículo 10 de la CCABA, se encuentran vigentes en el ámbito local.

A la par, el artículo 75, inciso 23 del mismo texto constitucional dispone la competencia del Congreso de la Nación para *"legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocida por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (...)".*

A su turno, la ley 26.061, promulgada en el año 2005, en su artículo 29, ha aportado la consagración del "Principio de Efectividad" conforme al cual "*los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley."* Este principio ensambla armoniosamente con la "garantía de prioridad diferenciada", a favor de niños, niñas y adolescentes, en tutela del reconocimiento de sus derechos, ante la conculcación por parte de los órganos gubernamentales del Estado.

La doctrina y el concepto "familia"

La doctrina señala que, ante todo, la familia es una institución social. En ese sentido, no puede desconocerse que nuestra sociedad es tributaria de la complejidad en la que se desarrolla y, por lo tanto, es también complejo el concepto de filiación, que presupone, para su correcto entendimiento, una determinada idea de lo que se entiende por familia. Postula Zannoni que la

familia puede ser considerada un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco (Zannoni: 2006).

Cabe decir que, ante las diversas miradas y argumentos normativos, es importante resaltar los retos de la familia contemporánea de cara al desarrollo de una identidad acorde con los tiempos, lo cual implica que los padres desarrollen roles de género parentales mucho menos estereotipados y diferenciados, para así llevar a la práctica los principios de la Convención de los Derechos del Niño, la Niña y los adolescentes.

En el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, la Niña y los adolescentes, se señala 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, comprensión y amor".* En ese sentido, la vida en familia, es lo que hace a una familia.

Consideramos al respecto que dentro del marco de la familia homoparental, la adopción o las otras diferentes formas de procreación (inseminación artificial), son un derecho natural e inherente al matrimonio igualitario, necesario para la formación de una familia, ante la ausencia de la procreación biológica, pasando de una situación de ambigüedad legal, que dejaba a los hijos y las hijas de estas parejas en una situación de desprotección, a un marco legal donde estas familias puedan acceder a sus derechos como corresponde. Este es un cambio muy importante a los fines de visibilizar el entorno legal, pero no dejan de generarse dificultades cotidianas y de aceptación social, tanto para los hijos e hijas, como para los padres /madres, tal como sucede con "Mariana", que es el caso que ha motivado nuestro presente trabajo.

Aquí se toma en su extensión, la vida en plenitud de los niños, las niñas y los adolescentes, señalando el Interés Superior del Niño en su máxima expresión, con el desarrollo dentro de una familia y, posteriormente, en su desenvolvimiento dentro de una sociedad, en donde los individuos gozan del

derecho de vivir en plenitud como seres humano iguales y diversos a la vez. A su vez, el desarrollo de la personalidad e identidad del niño o la niña, en una familia homoparental debería tener el mismo reconocimiento que los otros tipos de familia, es decir, el crecimiento y desarrollo de los infantes en la conformación de las familias homoparentales no hace hincapié a diferencias sustanciales en su desarrollo personal y social, más bien, muchas diferencias e indiferencias han sido, a través de la historia, sistemáticamente mitificadas por la misma sociedad, bajo prejuicios conservadores poco críticos, frente a la actual situación de los niños y niñas de familias homoparentales. Siendo las familias homoparentales objeto de discriminación por la sociedad y llevando consigo el tener que adoptar diferentes posturas y estrategias para vencer, a nivel individual o social, esas discriminaciones, las cuales han tenido consecuencias tanto en las posibilidades de acceso a las mismas garantías político-legales, que el resto de las parejas, como en el desarrollo de la propia identidad familiar.

El caso de Mariana[110]

Nadia y Raquel formaron pareja en el año 2002, Nadia se sometió en el año 2007 a un tratamiento de fertilización con semen de donante anónimo y nueve meses después nació Mariana. En el año 2008, Nadia y Raquel se unieron civilmente y en el año 2009, se separaron. En Julio del año 2010, se sancionó la ley 26.618, conocida como "Ley de Matrimonio Igualitario", a partir de lo cual, todos los nacimientos tienen un procedimiento previsto.

En el año 2011, Raquel solicitó ante el Registro de Estado Civil y capacidad de las personas, su reconocimiento como madre de Mariana y que se la incorpore en la partida de nacimiento como su madre junto con Nadia. La petición fue rechazada, argumentando que *"la normativa vigente en materia*

[110]Con el fin de preservar el derecho a la privacidad, hemos modificado el nombre de la niña y de las personas adultas involucradas en el caso, considerando además que este concreto se encuentra judicializado en pleno trámite.

filiatoria no contempla una situación como la planteada en la presente, toda vez que la voluntad procreacional no se encuentre consignada entre las causas de filiación, razón por la cual no puede acceder a lo peticionado"[111].

A la negativa del Director del Registro Civil, debe sumarse el desacuerdo de Nadia (madre bilógica) a la petición de Raquel. Cabe destacar que, durante el tiempo transcurrido entre la separación de sus madres y la actualidad, Mariana no ha tenido contacto con Raquel, porque Nadia no lo ha permitido, por lo cual, hoy en día, la niña no tiene conciencia de la problemática que viven sus madres. La niña solo sabe que Nadia "consiguió una semillita, en un lugar especializado, para traerla al mundo".

Ante esta problemática, nos definimos con certeza en que, si bien la voluntad procreacional hoy en día no está reconocida explícitamente en la legislación vigente como las causas de la filiación, doctrinariamente y, realizando una interpretación integral de la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales, con énfasis en su jerarquía constitucional, en el Interés Superior de la Niña que obliga al Estado a reconocer su derecho a la Identidad, a la Igualdad, la No Discriminación y a la protección de la Familia como base de nuestro orden social y que, además, en atención al Artículo 4º de la Convención, el Estado está obligado a arbitrar las medidas legislativas, judiciales y administrativas, para garantizar el derecho de Mariana a preservar su identidad, siendo su origen y su historia familiar una parte importante en la construcción de ésta.

Consideramos que, de acuerdo a la capacidad progresiva de Mariana, ella debe ser informada de la existencia del litigio judicial y consideramos que debe respetarse su derecho a ser oída (artículo 12º de la Convención), a fin de resolver esta disputa, en cumplimiento de los principios y derechos emanados de todos las normas legales convocadas para el caso.

---

[111]Esta respuesta surge del dictamen emitido por el Director General del Registro Civil y Capacidad de las Personas, cuyo número de expediente y fecha no puede ser individualizado por ser esta documental parte integrante de una acción judicial que se encuentra en trámite. Sin embargo, ponemos a disposición de la docente el material, con fines académicos.

Conclusiones y Propuestas.

Para resolver el caso de Mariana entendemos que se debe reconocer la voluntad procreacional como fuente de filiación sin hacer distinciones en cuanto a que quienes manifiesten su voluntad procreacional sean del mismo o distinto género. Por ello es necesario incorporar este instituto al art. 240 del Código Civil.

Teniendo en cuenta el dinamismo con el que se modifica la conformación de las familias, ya sean ensambladas, homoparentales, e incluso parejas homosexuales que con un tercero deciden ser padres, si bien las normas vienen a regular una realidad ya existente, se hace necesario utilizar estos ámbitos académicos para ir pensando las soluciones normativas para cada ordenamiento jurídico acordes a una interpretación integral de los tratados sobre derechos humanos, con especial énfasis en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como es en el caso de Mariana, además de encontrarse en discusión su filiación respecto de sus madres, debemos pensar qué respuesta deberíamos darle como agentes jurídicos, si la niña quisiera conocer además a su padre biológico.

Por otra parte a efectos de evitar posibles futuras disputas en torno a la filiación sería conveniente y necesario que al momento de realizar el TRA en los Institutos, Clínicas y Hospitales especializados se requiera a la persona y en su caso a su pareja que manifiesten su voluntad procreacional para determinar la filiación de ese niño o niña por nacer.

Al pensar en este caso, se nos abre una interrogante respecto de aquellas familias homoparentales que no disponen de los recursos económicos para acceder a un tratamiento de fertilización asistida y a eso se suma el hecho de que el Estado hasta ahora no ha destinado recursos económicos para la efectivización de Políticas Públicas que cubran este tipo de necesidades. Entonces, nuestra conclusión es que, más allá de ser un vacío legal y de

constituir un distanciamiento entre la letra de la ley y la realidad social, esto debería ser planteado como un desafío importante para así dar pasos reales hacia la verdadera inclusión y hacia un verdadero respeto entre seres humanos.

Referencias

- Lamm, E. (enero, 2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de bioética y derecho, 24,* 76-91.
- Bossert, G. & Zannoni, E. (1992). *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264.* Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Cadoret, A. (2003). *Padres como los demás, homosexualidad y parentesco.* Barcelona: Gedisa.
- Gómez de la Torre Vargas, M. (1993). *La fecundación in vitro y la filiación.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ibarra, V. (2010). *Matrimonio Igualitario: aspectos constitucionales. Suplemento especial, Matrimonio entre personas del mismo sexo*. Buenos Aires: Revista La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, A. et al. (2010). *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*. Buenos Aires: Revista La Ley.
- Ramos, R. (1998). *Fecundación asistida y derecho.* Rosario, Argentina: Editorial Juris.
- Zannoni, E. (2006). *Derecho Civil, Derecho de Familia.* Buenos Aires: Editorial Astrea.
- UNICEF. Convención de los Derechos del Niño, la Niña y los adolescentes.
- Argentina. Código Civil de la República Argentina.
- Ley no. 26.061 (2005). Ley de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes. Argentina.
- Ley no. 26.618 (2010). Ley de Matrimonio Igualitario. Argentina.
- Argentina. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Dirección, teléfono, e-mail del primer autor, para contacto de la organización del Congreso

AREVALO FOUIRNE, MIRTA ELENA

mirta_arevalo@hotmail.com y marevalo@jusbaires.gov.ar
OMBU 2907 – DON TORCUATO – PCIA. DE BUENOS AIRES – ARGENTINA
011-1530665682 CELULAR
011-47271938 TELEFONO PARTICULAR
011 -52994400 (INT. 4751) TELEFONO LABORAL

IV ASOCIACION LATINOAMERICANA DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS PROFESIONALES Y OPERADORES DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA -ALAMFP y ONAF-

Comisión II: Derechos Humanos Familia, Niñez Adolescencia y Justicia

SUBTEMA: JUSTICIA DE FAMILIA Y EFECTIVIDAD

PONENTES: DRA. MARIA JULIA GARAY
+543885853645
mgaray@justiciajujuy.gov.ar
LIC. JIMENA MARTINEZ ALVARADO
+543885807956
jmartinezalvarado@yahoo.com.ar

TITULO DE LA PONENCIA:

GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN CASOS DONDE SE ENCUENTRAN INVOLUCRADAS PERSONAS QUE PERTENECEN A GRUPOS VULNERABLES.

SINTESIS DE LA PROPUESTA:

Proponemos que desde el Poder Judicial, espacio receptor del conflicto social, garantizar la efectividad de la Intervención del Estado a través de la detección de los casos, en los que son parte, personas que pertenecen a Grupos Vulnerables.

Declarar la prioridad en el tratamiento en el ámbito de la Justicia, al mismo tiempo que se disponga del abordaje interdisciplinario, a fin de presentar asistencia social y psicológica según la necesidad de las personas involucradas. De este modo se efectivizará la intervención del Estado, lo que también redundará en la disminución de conflictos judicializables.

1. INTRODUCCION

A partir de nuestro desempeño profesional como funcionarias del Poder Judicial, lugar en el que intervenimos diariamente, surge en nosotras, la inquietud de estudiar en nuestra población beneficiaria, el concepto de vulnerabilidad, encontrando en dicho concepto una característica en común

en dicha población; esto hace, que nuestra labor sea pensada y repensada constantemente.

Trabajamos con Grupos Vulnerables, no solamente por su condición jurídica, económica o social, sino también por su situación emocional, de edad, cultural. Es decir, el concepto de vulnerabilidad, lo aplicamos en nuestro quehacer profesional, a aquellos sectores o grupos de la población que por su condición de edad, sexo, estado civil y origen étnico, se encuentran en condición de riesgo, lo que les impide incorporarse al desarrollo y acceder a mejores condiciones de bienestar.

Todas las personas somos vulnerables, pero cada una, en función de sus circunstancias socioeconómicas y condicionantes personales, tienen su propio nivel de vulnerabilidad, así como también su propio tipo de vulnerabilidad. Una misma persona puede ser muy vulnerable a un tipo de situación, pero poco a otra, ya que cada situación impacta de forma diferente, ello por condicionantes culturales, psicológicos, sociales, biológicos, etc.

Generalmente, se considera a la pobreza como un indicador efectivo para determinar que un individuo o grupo se encuentre en situación de vulnerabilidad. La pobreza es un componente importante de la vulnerabilidad, pero no el único, por lo que es errónea la identificación directa que con frecuencia se hace entre ambos conceptos.

La pobreza es la falta de recursos materiales, es una medida descriptiva y mucho menos compleja, de las necesidades o carencias de las personas.

Se trata de dimensiones diferentes, aunque la pobreza venga frecuentemente acompañada del resto de componentes de la vulnerabilidad.

Ahora bien, estos Grupos Vulnerables con los que diariamente trabajamos, cuando requieren de la respuestas de la Justicia, ésta,

aparece llena de obstáculos, ya sea por la falta de información, por los altos costos económicos (directos e indirectos), por el extremo formalismo, por los tiempos de demora, por la ubicación geográfica, o por el origen y estructura misma de los tribunales. Los grupos más desaventajados o que se encuentran en una condición de vulnerabilidad, que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce.

Es por ello, que en la búsqueda de distintos mecanismos y estrategias para implementar en el marco de la justicia, consideramos ampliar el acceso o brindar un servicio judicial que tome en consideración la especial situación de personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.

Con respecto a los procesos judiciales, una vez que se detecte, que en la causa están involucrados personas que pertenecen a Grupos Vulnerables, se priorizará el caso el caso, en orden a la celeridad del tratamiento.

Además, se efectuará el abordaje interdisciplinarios, que brindará a las personas, asistencia en los aspectos que lo requieran y con los recursos disponibles.

2- CUERPO CENTRAL - CONTENIDO Y FUNDAMENTO.

El acceso de múltiples grupos de la población a la Justicia aún aparece limitado por diversas barreras. Entre ellas está el alto costo económico-social-familiar que el proceso judicial suele implicar para las partes, el largo tiempo que suelen demorar los procesos, la percepción de cada una de las partes de la Justicia. En consecuencia, se genera un conjunto de *necesidades jurídicas insatisfechas* ante las cuales, la justicia tradicional en general, se presenta como ajena y distante. Para satisfacer estas necesidades y para que la ciudadanía pueda satisfacer de manera más sencilla y rápida, los problemas de acceso a la justicia, consideramos necesarios en la Justicia, aquellos casos

que se ven agravados cuando los justiciables se encuentran en condición de vulnerabilidad.

Consideramos como Grupos Vulnerables:

Niñez y Adolescencia: la protección, defensa, restitución y garantía de los derechos de la niñez y la juventud debe ser una preocupación fundamental para todos. Deben proporcionárseles los espacios y condiciones adecuadas para que gocen plenamente de sus derechos fundamentales. Estamos frente a un colectivo que debe ser protegido de manera "preferencial o calificada" en razón de su particular vulnerabilidad. Esa protección especial no solo involucra el marco de derechos y garantías, sino el tratamiento en el acceso a la justicia, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial.

Los niños, niñas y adolescentes se enfrentan a problemas generalizados en la región, tales como explotación sexual, turismo con fines sexuales, tráfico de niños y niñas, explotación laboral y violencia de todo tipo, producto del narcotráfico, la xenofobia, el racismo, la guerra vivida e incluso la violencia intrafamiliar. Cabe señalar que el abordaje de los niños y adolescentes se los considera como verdaderos sujetos que requieren una protección integral.

Mujeres: sin lugar a dudas uno de los avances más importantes que se han generado, se observa en los distintos esfuerzos en pro de la equidad de género y la eliminación de la discriminación contra la mujer. Garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley, y de la ley, particularmente cuando por condición de género, en las relaciones de poder o confianza, en el ámbito público o privado quien agrede, cometa en contra de ellas prácticas discriminatorias, de violencia física, psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos. Promover e implementar disposiciones orientadas a la erradicación de la violencia física, psicológica, sexual, económica o cualquier tipo de coacción en contra de las mujeres, garantizándoles una vida libre de violencia.

Las mujeres son vulneradas en su derecho cuando no son tratadas en condiciones de igualdad, cuando se violentan sus derechos a la libertad, a la seguridad de su persona, a la igual protección ante la ley, cuando son discriminadas en su derecho a la salud física y mental, en su derecho a condiciones de trabajo justas y favorables, a ser sometidas a tratos o penas crueles o inhumanos.

Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer

Pueblos Indígenas: El término se aplica a todo aquello que es relativo a una población originaria del territorio que habita, cuyo establecimiento en el mismo precede al de otros pueblos o cuya presencia es lo suficientemente prolongada y estable como para tenerla por oriunda. Con el mismo sentido se utiliza, con mayor frecuencia, el término equivalente nativo. Un elemento de insoslayable consideración en nuestra realidad es el carácter pluricultural, multiétnico de nuestra provincia. Esta afirmación nos remite a dos conceptos: la multiculturalidad y la interculturalidad.

Multicultural cuando en éste convive más de un pueblo. Con interculturalidad nos referimos a la interacción entre culturas, de una forma simétrica, favoreciendo en todo momento la integración y convivencia de ambas partes, estableciéndose una relación basada en el respeto a la diversidad y el enriquecimiento mutuo.

"Es deber del Estado resguardar la seguridad de la nación, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar

y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio "entre los derechos que no han sido reconocidos en la reforma constitucional nacional", se encuentra el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas a la tierra, el territorio y a los recursos naturales que éstos albergan, carecen de derechos políticos, como la participación en los órganos del estado, la autonomía y el reconocimiento de los sistemas de justicia y derecho indígena".

Personas con Capacidades Diferentes: Este grupo con especial vulnerabilidad, conocido inicialmente como personas con alguna discapacidad, su referencia ha pasado desde acepciones paternalistas de "minusválidos", "incapacitados" o "discapacitados" hasta las que hoy en día las identifican como personas con capacidades o habilidades diversas.

La terminología que se ha utilizado para catalogar a estas personas, como ya se indicó, está inmersa en una serie de connotaciones que, voluntaria o involuntariamente, consciente o inconscientemente, reflejan la percepción que algunas personas tienen de ellos como "inferiores". Denominarlos "incapacitados" o "discapacitados", es decir, que no son capaces de hacer algo por sí mismos y por su condición particular, también los posiciona como grupo de vulnerables los cuales presentan prioridad de atención.

Los derechos que en general son vulnerados en estas personas son el derecho a la seguridad social (reconocido por la organización de Estados Americanos en El Salvador), el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, a su capacidad jurídica, no se respeta la voluntad de los mismos ni sus preferencias, el derecho a la propiedad, a controlar sus asuntos financieros al acceso al crédito financiero, etc. (derechos todos que deben ser garantizados conforme la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, aprobado mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006)

Adultos Mayores:

Los derechos sociales de los adultos mayores son inalienables y como tal deben ser respetados y garantizados. Porque a pesar que las leyes en materia de protección social al adulto mayor, tuvieron importante avance en materia de legislación en la práctica no ha logrado resolver algunos de los problemas que presenta esta población, por la cual la consideramos como Grupo Vulnerable

En este orden de ideas, los aportes que ofrecemos es hacer de conocimiento público los derechos que tienen los adultos mayores a recibir una atención integral y a mejorar sus condiciones de vida.

Porque dichos aportes, pueden servir de apoyo a instituciones y personas que están en contacto directo con las personas de la tercera edad. E incursionar en un área poco estudiada y poner en práctica los conocimientos teóricos, metodológicos y técnicos adquiridos. Además de constituir un aporte significativo en la formación y praxis profesional.

El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 enumera los mismos parámetros normativos y remarca que el Estado se obliga a proveer los recursos necesarios hasta el máximo de que disponga;. Art. 17: ;Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal sentido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica, y en particular: a) proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación, atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismo b) ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;. c) estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos. Aceptado este punto de partida, hay que concluir que la sociedad tiene la obligación de priorizar la prevención y el cuidado de la calidad de vida de los ancianos, manteniendo su autonomía, tan ligada a la dignidad de la persona.

El acceso a la justicia

El acceso a la justicia es, indiscutiblemente, un derecho que corresponde a todas las personas. Tanto es así, que el tema de acceso a la justicia, se lo considera con el objeto de poner de manifiesto la enorme importancia que el mismo tiene en el fortalecimiento del Estado de Derecho. Esto equivale a decir que, no es posible concebir al Estado de Derecho si al mismo tiempo no se garantizan las normas que permiten el acceso a la justicia.

Frente a nuestro objeto de investigación y lo anterior mencionado, consideramos que, para garantizar acceso a la Justicia de manera mas efectiva a nuestros Grupos Vulnerables, debemos poder abarcar y/o modificar todas aquellas instancias al proceso judicial tradicional para impartir una justicia con principio de inmediatez, que permita la resolución del conflicto judicial con una impronta de urgencia, y de esta manera , mejorar el Acceso a la Justicia de la ciudadanía y de manera efectiva a esta categoría de Grupos Vulnerables. .

Cuando hablamos de efectividad en la Justicia para los Grupos Vulnerables, nos referimos a una nueva concepción "social" de la justicia y de la ley, acceso eficaz para esta nueva categoría y/o condición (de Grupos Vulnerables) al sistema legal, intervenciones judiciales mas eficiente; y así, hacer valer esta nueva categoría de los justiciables, equilibrando en parte las desventajas que padecen.

Entendemos que esta nueva categoría de beneficiarios a la Justicia, debe estar acompañada por la visión del equipo interdisciplinario, referido a aportar información clave para la toma de decisiones por parte de los magistrados, defensores, etc. Esto es, como parte de la investigación judicial, pero además también pueden intervenir otras lógicas estatales que no sean las del propio Poder Judicial. La práctica judicial cotidiana muestra la necesidad de que durante los procesos, el recurso interdisciplinario esté inminentemente presente, ya que revela la situación de nuestros Grupos Vulnerables. Colocar

la interdisciplina obedece a una racionalidad, que tiene en cuenta a la realidad con aspectos substanciales. Así, con equipos gestionados por dentro y fuera de los órganos jurisdiccionales, el tratamiento a las causas judiciales de los Grupos Vulnerables serían abordados con el principio de inmediatez, aplicando políticas menos alejadas de la realidad y de manera eficiente a cada caso en particular.

Nuestra visión radica en "La Justicia" adaptada precisamente a las nuevas cuestiones sociales, en la búsqueda de nuevos caminos a las modernas tendencias en materia social y jurídica, con una lógica judicial interdisciplinaria y de la intervención de los tres poderes del Estado, en donde cada organismo estatal aborde, investigue y de respuesta mediata e inmediata a cada situación particular.

Buscamos el accionar coordinado de los tres poderes del Estado, a partir del Poder Judicial como agente de detección de problemáticas sociales.

3- PROPUESTA

El conflicto judicial, revela situaciones personales y familiares de fondo, que tienen como fundamento vulneraciones de derechos. En nuestra tarea diaria, se presta asistencia jurídica a personas que pertenecen a grupos vulnerables; sin embargo, al no atender las necesidades que sufren en lo personal y familiar, al poco tiempo vuelven a tener conflictos judiciales.-

Nuestra propuesta radica en crear dentro de las causas que tramitan en el Poder Judicial, la categoría de causa de GRUPO VULNERABLE.-

Situándonos desde nuestro área laboral, el Departamento de Asistencia Jurídico Social de la Provincia de Jujuy, como espacio receptor de la cuestión jurídica y social, donde cotidianamente en el quehacer profesional se debe dar respuesta al momento en que la persona efectúa la consulta o demanda; y de esta forma situar el caso como "caso perteneciente a grupo vulnerable".-

Esta categorización implicaría dos mecanismos de abordaje: en primer lugar significaría que e todos los operadores del poder judicial, darán alta prioridad al trámite de la causa judicial, y en segundo término implicaría la intervención de un equipo interdisciplinario, que ahondaría en la problemática familiar y personal de las partes intervinientes en el conflicto; a los fines de derivar la problemática a las instituciones, organismos competentes en las materias afines que el caso requiera, lo que en definitiva redundará en la disminución de casos judicializables. Debe advertirse además, que el Estado resulta muchas veces demandado, por violación a los derechos de las personas, que pertenecen a grupos vulnerables y se lo condena.-

La separación de los poderes del estado, tiene como fundamente el control de los poderes del estado, entre sí.-

Nuestra propuesta, busca la coordinación de los poderes del estado para prevenir demandas sobre el mismo y prevenir los conflictos familiares y sociales.-

REFLEXION FINAL

En el caso de los grupos vulnerables, la intervención del estado sólo con la finalidad de resolver los conflictos judiciales, resulta insuficiente. Ello, porque en general detrás del conflicto judicial subyacen problemas familiares y personales, que de no encausarse, seguramente generarán nuevos conflictos judiciales; además de ser la intervención del estado inefectiva.-

Los poderes del estado son independientes, pero deben actuar coordinadamente, sobre todo a fin de hacer efectiva la intervención del estado en las funciones que le son propias, como justicia, seguridad, salud, educación, etc.-

SEXTO CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

1) ***Tema: EL DERECHO DE LOS NIÑOS CONCEBIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDAS (T.R.A.), A CONOCER SUS ORÍGENES.***
2) COMISION 2 "Derechos Humanos, Familia, Niñez Adolescencia y Justicia"
3) *AUTORAS: María Victoria Conde (Ab.) – María Verónica Ojeda (Ab.)*

FUNDACIÓN SUR ARGENTINA Av. Rivadavia 1479. Piso 2, Dpto. A. CP (1033). Ciudad de Buenos Aires. Tel/Fax: (+54) 11-4383-5873 - E-mail: fundacion@surargentina.org.ar Fundación Sur Argentina

SINTESIS DE LA PONENCIA

La presente ponencia propone una mirada reflexiva sobre la reciente Ley de Reproducción médicamente asistida N°26.862 y el Proyecto de Reforma del Código Civil de la República Argentina.

Es indiscutible que el derecho como ciencia social es evolutivo, en la medida que acompaña los movimientos culturales, geográficos, fácticos y tecnológicos, prestando atención a sus disensos y consensos.

Así, los significativos avances ocurridos en el último siglo en el campo de la medicina, la ciencia y la tecnología, han puesto en jaque valores sociales y han provocado tensión entre los derechos afectados.

Estos embates socio-jurídicos, llevan a ponderar conflictos de valores y derechos comprometidos, forjando cambios en los paradigmas normativos.

En esta lógica, les cabe a los Tribunales, mediante sus sentencias, la responsabilidad de dar las respuestas que no se encuentran en el cuerpo legal que rige en una sociedad y en un momento determinados. A su vez esta dinámica es lo que permite ir perfilando los contenidos de las futuras leyes.

En este escenario, es dable mencionar la **ley nacional de Reproducción Médicamente Asistida, N° 26.862**, sancionada el 5 de junio de 2013.[112]

FUNDAMENTACIÓN DE LA PONENCIA

"Existe un universo, una población de adultos que, agrupados o en soledad, piensan cada día en quiénes serían si pudieran saber quiénes fueron y, a pesar del respeto amoroso que muchos de ellos guardan hacia quienes los criaron, no pueden menos que darse cuenta de que han sido víctimas".

Eva Giberti doctora en psicología Publicado el 25 de junio de 2014 en Página 12

La ley sobre TRA, finalmente ha venido a zanjar el vacío normativo que, ante el curso de los hechos y la alta demanda social, requería de una regulación que otorgara un marco jurídico a las prácticas facilitadas por la biotecnología.

Desde lo fáctico, ha traído alivio a quienes tienen dificultades para concebir y alcanzar la maternidad/paternidad, pues **garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida**, liberando obstáculos económicos, normativos y de cualquier índole desproporcionada o

[112] http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=216700

discriminatoria (artículo 1) y ha beneficiado a todas las personas mayores de edad que expliciten su consentimiento informado (artículo 7)[113]

Es innegable el avance en la materia, no sólo porque pretende garantizar el acceso a los tratamientos de reproducción, sino porque supera una serie de barreras -la distinción de género, el límite de edad máxima o impedimentos económicos, entre otros-, toda vez que establece como único requisito ser mayor de edad y prestar el consentimiento pertinente para someterse a los tratamientos médicos.

La incorporación de la bio-tecnología al esquema normativo nacional, convoca a reflexionar e interrogar sobre los derechos de los niños del futuro, los niños concebidos mediante estas técnicas, en especial el derecho a conocer sus orígenes.

En efecto, la ley prevé un banco de donantes con el objeto de receptar el material genético que será utilizado para las TRA[114]: *"… en caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) de la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente del MINISTERIO DE SALUD…."* (art. 8 Decreto 956/2013)

En este marco, resulta oportuno traer a colación el **Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina**, que en su **artículo 564** propone respecto del derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida que: *"… A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas,*

---

[113] http://www.boletinoficial.gov.ar/DisplayPdf.aspx?f=20130723&s=01&pd=3&ph=4&sup=False
Decreto 956/2013 Artículo 8: El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud.

[114] ARTICULO 4° — Registro. Créase, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.

evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud."

En igual sentido el Proyecto, dispone la inadmisibilidad de la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, y desestima la acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste (art. 577).

En este punto es preciso diferenciar el emplazamiento filial y el acceso a los orígenes como elementos integrantes del derecho a la identidad.

El impedimento a interponer acciones de emplazamiento y desplazamiento de filiación en las TRA se traduce en la restricción a obtener el "estado de familia" acorde a la información genética, toda vez que implica proteger la identidad del hijo así concebido desde una mirada "socio-afectiva" relacionada con la circunstancia de integrar una familia determinada. A su vez, también se encuentran comprometidos otros derechos, el derecho de los progenitores a ejercer su "voluntad procreacional"[115], el derecho a la vida familiar y a formar una familia, todos aspectos del derecho a la identidad, pero desde el aspecto de los progenitores.

A este complejo entramado de derechos que se complementan y se enfrentan, se suma el derecho del niño a conocer sus orígenes.

La pregunta que subyace es el alcance de la prohibición que se propone en el art. 577 del Proyecto, cuál es la razonabilidad de los límites que plantea.

De la lectura armónica de los artículos "supra" mencionados sería posible interpretar que la rigurosidad de la prohibición sería atendible siempre y

[115]"… en la filiación derivada de las TRA, lo que funda la filiación jurídica no es la capacidad reproductiva (el elemento biológico) sino la voluntad (el elemento volitivo). Las TRA nos obligan a asumir un sistema de filiación fundado en la voluntad respecto de la mujer o el hombre que, independientemente del aporte de material genético, consiente las TRA de la mujer que concibe y da a luz." Eleonora Lamm- Revista de Bioetica y Derecho Número 24 - Enero 2012

cuando se reconozca el derecho del niño concebido mediante TRA a conocer sus orígenes.

Por otra parte, otro aspecto que surge de esta puja de derechos, es la desigualdad que se plantea si consideramos que el donante confiere el material genético en ejercicio de su libertad y voluntad plena, mientras el niño concebido mediante esta técnica es ajeno a este proceso. Es justo que la legislación contemple esta desigualdad y le otorgue herramientas para que una vez alcanzada su madurez y en función de su capacidad progresiva, pueda acceder a conocer sus orígenes.

En otro orden, puede existir confusión con relación a qué se entiende por derecho a la identidad y derecho al acceso al origen, sin embargo están claramente delimitados pues, la identidad filiatoria se verifica en el "emplazamiento filiatorio" mientras que la "identidad biológica" se conoce a través de una petición de conocimiento de origen sin mayores consecuencias jurídicas.

Bajo esta perspectiva, una solución legal intermedia en el Proyecto debiera admitir una acción de conocimiento de identidad biológica, al sólo efecto de proporcionar información genética al niño concebido, en aras de la protección de otros derechos, como el derecho a conocer la historia genética familiar y en función de la capacidad progresiva del niño y/o adolescente que lo solicite. Al mismo tiempo, debiera facilitarse la gestión por intermedio de una presentación ante el Órgano Administrativo de aplicación de los Derechos del Niño en su caso acompañado de su abogado de confianza, todo de conformidad con la Ley 26.061.

Como quedó dicho en el inicio, ante la laguna legal, les compete a los Tribunales poner luz en estas contiendas.

Un reciente fallo de la CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL-SALA V- 40549/2011C., E. M. Y OTROS c/ EN-M SALUD s/AMPARO LEY

16.986, del 29 de abril de 2014 [116]ordena al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que "…*arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia.…"*

La solución aportada aparece razonable en el contexto legal actual que aún no contempla estas particularidades.

Por otra parte, en consonancia con los distintos instrumentos legales que protegen los derechos del universo de niños, niñas y adolescentes, sean estos adoptados o concebidos con o sin uso de las TRA, podemos inferir que **todos** tienen el derecho personalísimo de conocer su realidad biológica, pues el derecho al origen genético es un derecho independiente del derecho de filiación. [117]

En esta lógica, no es posible considerar, sin caer en la discriminación y el menoscabo de los derechos de los concebidos mediante TRA heteróloga con donadores anónimos, que unos tengan más derecho que los otros.

Como desafío queda pendiente, a la luz de la reciente legislación, cubrir los vacíos legales y contradicciones que inevitablemente se están generando.

---

[116]www.infojus.gob.ar/resource/kbee:/saij.../ovodonacion.pdf

[117]**CDN Artículo 8**1. 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.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

CN ART. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

"Así como Europa asistió, durante los siglos XV y XVI y debido a los descubrimientos geográficos de sus navegantes, a la modificación de las estructuras jurídicas imperantes y a la creación de nuevos institutos para abarcar relaciones y situaciones hasta ese momento inéditas, la humanidad toda, en el transcurso del siglo XX, se enfrenta a una verdadera revolución biológica y a los consiguientes cambios en el orden jurídico que la misma fuerza. "Los hallazgos precedentes, y los coetáneos en otras áreas o con otras técnicas, favorecían, favorecen, las condiciones de vida; éstos modifican, alteran, la propia vida humana. el estar-en-el-mundo transformado por el resultado de otros logros científicos, se convierte aquí en un radical trastrocamiento del puro ser-en-el-mundo". El derecho, como mecanismo regulador de conductas, se encuentra indisolublemente ligado a las transformaciones que experimenten los diferentes comportamientos humanos. Esas modificaciones pueden reconocer como génesis significativas mutaciones de la ideología imperante en una comunidad determinada, o, como en el caso que nos ocupa, espectaculares avances científicos que echan por tierra conceptos que, hasta ese momento, revestían la calidad de verdades inmutables..." (Martínez, Stella Maris: Manipulación genética y derecho penal, Buenos Aires, 1994)

PROPUESTAS

Bajo la perspectiva de derechos planteada, se formulan las siguientes propuestas:

1. se reconozca el derecho del niño concebido mediante TRA a conocer sus orígenes.
2. se contemple la desigualdad que se genera entre los niños nacidos mediante TRA y los niños adoptados –con relación al derecho a conocer sus orígenes- y le otorgue herramientas para que una vez alcanzada su madurez y en función de su capacidad progresiva, puedan acceder a conocer su realidad biológica.

3. Se admita una "acción de conocimiento de identidad biológica", al sólo efecto de proporcionar información genética al niño concebido a través de las TRA, en aras de la protección de otros derechos, como el derecho a conocer la historia genética familiar y en función de la capacidad progresiva del niño y/o adolescente que lo solicite.
4. Que la "acción de conocimiento de identidad biológica" la inicie el niño, niña o adolescente interesado ante el Órgano Administrativo de aplicación de los Derechos del Niño, en su caso acompañado de su abogado de confianza, todo de conformidad con la Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Ponencia para presentar en el VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA – 12 al 14 de Noviembre de 2014

Comisión II: Derechos Humanos de Niños, Niñas, Adolescentes y Familias en situación de vulnerabilidad; Políticas Públicas, Legislativas y Programas

Tema: La revisión de las prácticas y condiciones de alojamiento de niñas, niños y adolescentes en ámbitos de cuidados alternativos residenciales. Encuentros y desencuentros. Desafíos para la eficacia de las políticas de protección

Autoras:

- Ps. Andrea Battaini; andibatt@hotmail.com
- Lic. Celina Barrilli; celinabarrilli@yahoo.com.ar
- Ps. Luciana Vitale; luchavitale@hotmail.com

Síntesis

El presente trabajo lo planteamos como un ejercicio de revisión de las propias prácticas. Sin tratarse de una evaluación de proceso sino de un breve registro que nos permita hacer una pausa para repensarnos, decidimos compartir nuestra experiencia de participación en el proceso de diseño e implementación de un Programa impulsado por el organismo de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes del cual formamos parte - la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Santa Fe, República Argentina[118] - ante la persistencia del desencuentro de lógicas en los ámbitos de cuidados alternativos residenciales; esperando fortalecer nuestro trabajo con las instancias de debate y diálogo con compañeros y colegas que se encuentren también trabajando para las infancias.

No obstante, no es esta la revisión a la que queremos referir en el tema de la presente ponencia, sino la que se propuso entre los objetivos del Programa, la de invitar a los centros residenciales a resignificarse, a ponerlos a dialogar con la historia de la que todos formamos parte.

Fundamentación

El recorte que abordaremos es específicamente el de los alojamientos en centros residenciales. Porque hay allí niños alojados se requiere reparar acerca de las prácticas y condiciones de los alojamientos.

Específicamente nuestro recorte comprende 32 centros residenciales públicos y privados de la provincia de Santa Fe que brindan alojamiento a aproximadamente 360 niñas, niños y adolescentes hasta 18 años de edad; sobre un total de alrededor de 600 alojados en ámbitos alternativos que incluyen las familias ampliadas y de la comunidad.

118 www.santafe.gov.ar

Desde su creación y hasta principios del siglo XXI, aún con la Convención[119] como marco normativo con jerarquía constitucional en el caso de Argentina, el órgano administrativo de la provincia de Santa Fe en materia de niñez, adolescencia y familia, en lo relativo a las prácticas y condiciones de los alojamientos básicamente no tenía acceso a lo que sucedía al interior de los centros residenciales, ni mucho menos a participar de las decisiones que allí emergían. Fueron décadas de "dejar hacer". Los centros residenciales, tanto públicos como privados, sostuvieron las articulaciones mínimas, casi exclusivamente para el momento de los ingresos de niñas, niños y adolescentes – diferenciado éste de los momentos de estadía o egreso. Si bien con las entidades privadas se formalizaban acuerdos que suponían la financiación de las plazas, y el alojamiento propiamente como contraprestación, en lo relativo a las prácticas y condiciones de alojamiento las articulaciones se gestaban cuando algún episodio "trascendía los muros de la organización". Cada centro trabajaba según sus propios criterios; generalmente ligados a la lógica de la caridad como aliada necesaria del sistema tutelar: se alojaban niños a pedido de sus padres sin que mediare marco legal ni administrativo alguno, personas voluntarias se presentaban y devenían en familias adoptivas sin mas, los adultos a cargo del "cuidado" de los niños se seleccionaban de acuerdo a estos mismos criterios, sin que mediara trabajo profesional alguno. De todas estas cuestiones el organismo de protección se anoticiaba incidentalmente. Lo escasamente visible como por ejemplo que los niños alojados se trasportaban en vehículos rotulados con los nombres de las entidades al estilo "Hogar del Huérfano" o "Hogar de Protección de Menores" reproducían la despersonalización y estigmatización que suponía el lugar de "menor".

La idea de la "Protección integral" difería según el criterio con el cual se abordaba la práctica diaria. Porque subyacían representaciones diferentes,

119 Convención sobre los Derechos del Niño.

algunas emparentadas a las lógicas tutelares, y otras con criterios construidos en función del nuevo paradigma. Cabe aclarar que tomamos el concepto de "lógica" para referirnos a las "lógicas de intervención", es decir, aquel soporte simbólico que antecede toda práctica.

Revertir este cuadro de fragmentación existente suponía un abordaje que rompiera con la línea de la historia de desencuentros recurrentes.

Ahora bien, cómo podíamos encontrar las partes si nos situábamos del lado de algunos decires de la Doctrina de la Protección Integral según los cuales se realza la existencia de modelos artificiales; uno, el de la protección integral, el otro, de la denominada Doctrina de la Situación Irregular. Específicamente se trata de decires que enfatizan en los asuntos estrictamente jurídicos, particularmente acerca del articulado de la Convención sobre los Derechos de los Niños; quedando el primero de los modelos conformado entonces por las categorías definidas básicamente por los enunciados de los derechos, y el segundo, por sus opuestos.

Cabe aquí introducir lo que consideramos el marco teórico de esta fundamentación, en lo relativo a los modelos de oposición. Estos forman parte de una metodología que remite a la herencia cartesiana en torno a las representaciones[120], e inaugura un modo de objetivar el mundo y ponerlo a disposición. En la relación epistemológica y metodológica que construye el discurso científico moderno, ante la pregunta por el sujeto y el objeto, el primero queda reducido al segundo, al "pienso luego existo". La herencia cartesiana instaló así la dicotomía entre el mundo y el yo. El objeto existe y el sujeto lo representa.

---

120 La categoría de representación social, la cual refiere al modo a través del cual construimos nuestra idea de lo que es real a partir de nuestra condición de sujetos atravesados por el lenguaje. Lindante con las nociones de "visión del mundo", "imaginario", "sentidos", "narrativas", la categoría de representaciones sociales se resume en las maneras en que los sujetos conocemos, interpretamos, nos apropiamos y actuamos en la realidad, para finalmente legitimarla (Alvarado, Botero, Gutiérrez; 2008). Refiere a las formas de comprender, juzgar, decidir, y actuar en las prácticas cotidianas de los sujetos. El presupuesto que subyace a este concepto es que la realidad no es "esencialmente natural", sino que la realidad se construye de acuerdo a las experiencias de los sujetos en sus colectividades.

En este marco, las representaciones sociales cobran un lugar privilegiado como "sustituto cognitivo" del mundo, en tanto realidad predeterminada que el sujeto debe desentrañar o descubrir. Como si el sujeto captara la realidad tal cual se presenta - desconociendo el hecho que se trata de lecturas acerca de ella -, las representaciones adquieren un carácter de verdad; se emancipan tanto del contexto como del sujeto que interpreta. De alguna manera, las categorías de análisis se cargan de autonomía.

Surgen así los modelos sociales artificiales al estilo de oposiciones binarias - profano / sagrado, primitivo / moderno, hombre / naturaleza – como metodología para comprender y explicar la realidad. Estos modelos proponen verdades irrefutables que no admiten nuevas preguntas. Se define una categoría y se explica a partir de su opuesto. Lo uno es en tanto oposición a lo otro. Se es - o está con - lo uno o lo otro, nunca – con - los dos. Es decir, invita a la toma de posición; mientras que una de las categorías supone una connotación positiva, la otra, en cambio, negativa; al estilo bueno / malo, lindo / feo, justo / injusto.

Sin duda se trata de una concepción radicalizada, de escasa permeabilidad.

El corpus teórico de la Doctrina de la Protección Integral no está exento de esta lectura según la cual la oposición binaria cobra un carácter relevante. En la búsqueda de referencias bibliográficas siquiera profunda acerca del tema, se pueden encontrar incluso diagramaciones al estilo de cuadros de doble entrada en los que se haga referencia explícita a los preceptos de uno y otro como ideas marcadamente distintivas, cuando no contrapuestas. En este punto enseguida emergen las combinaciones duales[121] más usuales tales como objeto / sujeto, o menor / niño, aislamiento / integración, tutelados / titulares. Como narraciones que organizan y ayudan a entender la realidad de lo que es, se puede, y/o debe ser, entendemos que la idea de sistematizarlas

121 Referiremos aquí indistintamente a modelos de oposición o combinaciones duales o binarias, ya que su diferenciación no aporta a los fines del presente. En su caso ver Moragón Martínez, 2007.

en forma binaria nos remite a escenas despojadas de historia, de diálogo, de convivencia. De hecho, nos remiten a escenarios (en apariencia) irreconciliables.

Generalmente es desde la línea por oposiciones dicotómicas que se piensan las instituciones. Es lo uno a diferencia de lo otro. Sin lugar a dudas cabe referir en este punto al binomio institucionalización / desinstitucionalización, según el cual las instituciones de alojamiento para niñas, niños y adolescentes quedan reducidas a las nociones de aislamiento, encierro, privación de libertad, ruptura vincular, despersonalización, disciplinamiento, tiempos indeterminados, estado tutelar.

Circunscribir nuestras intervenciones a posicionamientos dicotómicos, homogeneiza y reduce a una sola representación las prácticas en torno a las instituciones de alojamiento, o mejor dicho, en vez de habilitarnos a pensar en cómo sortear los obstáculos, nos obstaculiza.

Planteado así se nos presenta un dilema que nos encierra en una encrucijada difícil de sortear, que a todas luces excluye de la reflexión un factor fundamental: el tiempo humano, esa distancia diferencial entre diacronía y sincronía a la que sabiamente refiere Agamben (2008), y que forma parte indisoluble de las instituciones de alojamiento. Porque a las instituciones las conforman sujetos, y las moldean a través de sus acciones, mediante las operatorias de su subjetividad desde su doble vía, singular y colectiva (Minicelli, 2007). Es decir, se construyen, a saber: toda acción implica una intervención.

La posibilidad de corrernos del dualismo y la asimetría epistémica que se presenta a través de las oposiciones binarias, se manifiesta en otras miradas sobre la Doctrina de la Protección Integral que abren sus narrativas en la búsqueda nuevos caminos; dando cuenta de otros registros, como el entramado social y político en su variada gama de sucesos y actores participantes, de experiencias y discursos que se suman los unos a los otros en una concatenación de resignificados.

Aparece entonces una segunda línea de sentido en torno a las instituciones de alojamiento; aquella que da lugar a la consideración de las instituciones en atención a las experiencias vividas, recuperando los aciertos y aprendiendo de los errores. Retomando a los sujetos como hacedores de la historia.

La posición en torno a la pregunta por las representaciones ya no se encuentra en la búsqueda de invariantes sino en lo contextual y temporal, en la revisión de las prácticas y condiciones de alojamiento, en tanto construcción continua y colectiva.

Por todo ello, recurrimos a la idea de institución de alojamiento como un recurso material, accesible, posible, que de un continente, una contención, a la materialización de la protección de los niños, niñas y adolescentes; apelamos a un nuevo curso que no nos encierre en dicotomías que nos obstaculicen, y nos abra al discurrir de la historia en el trabajo con las infancias; convocando a la participación, la palabra, no solo desde un discurso vacío de acción, sino desde la acción misma.

Muchas veces los cambios de paradigma pretenden imprimir en la historia un carácter drástico, al estilo de revolución copernicana, tendiendo a abandonar por completo los discursos previamente sostenidos. Y sabemos, dijimos, el tiempo humano requiere otras consideraciones, cuanto mínimo, dialogar con las representaciones sociales que retoman los discursos a expensas de un nuevo paradigma. Ellas conviven, en un sentido y en otros, dejando como consecuencia una confusión reinante en torno a la posición que "debemos" tomar, o la lectura "debemos" realizar. La respuesta no se encuentra generando oposiciones, sino habitando el dialogo en la interacción cotidiana, dando lugar a un espacio de construcción y deconstrucción continua de sentidos, alejándonos de la naturalización de las representaciones como verdades irrefutables, y acercándonos a la construcción de sentidos que

retornen a las bases mismas donde se construyen los textos escritos y visuales que conforman los discursos.

Es con esta fundamentación con el que comenzamos a pensar la necesidad de abordar este problema con la configuración de un Programa diseñado a tal efecto, tal como se define en la fundamentación del Programa: ”Lo que esta en juego es la identidad de una practica para abrir diversas experiencias a un dialogo que nos hace pensar lo nuevo y lo viejo , lo múltiple . un complejo entramado que es necesario armar y desarmar construyendo saberes que trascienden la mera adscripción a un paradigma . Desafiliarse de ciertas identificaciones (de niño como objeto. vigilado corregido) para poder inscribirlos en una filiación que reconozca al niño en su condición de niño, que propicie y garantice sus deseos e intereses. Reconocerlos por sus nombres, sus historias, mirar sus ojos, escuchar sus voces, descubrir sus miedos, andar sus vidas en la medida en que ellos lo permitan, construir otro alojamiento”.[122]

Diseño del Programa

Tres años de vigencia de la Ley Provincial 12.967 transcurrieron hasta ubicar en agenda la necesidad de revisión sistemática de las prácticas y condiciones de los alojamientos para niñas, niños y adolescentes en ámbitos de cuidados alternativos residenciales de la Provincia de Santa Fe; seis años de la Ley Nacional 26.061, y veintidós de la Convención. En 2012 se inicia entonces el proceso de construcción de lo que (aproximadamente un año después) se presentaría como el marco de referencia de las intervenciones en materia de protección en centros residenciales.

Sin duda el proceso de diseño surge de la toma de una decisión política madurada. No obstante, en la difícil conjugación entre el querer, poder, necesitar y deber, la metodología para su elaboración fue siguiendo un curso pausado; ni planificado ni por ello desordenado, aunque sí relativamente

122 Cita de Fundamentación del Programa de “Fortalecimiento de las prácticas y condiciones de los ámbitos de cuidados alternativos residenciales”, Decreto 39/14 de la Provincia de Santa Fe.

espontáneo: a medida que se iba avanzando se recurría a las fuentes – bibliográficas, relatorías, profesionales – evaluadas según el caso.

A la hora de pensar en el proceso de construcción del diseño del Programa con esa mínima distancia referida, y con la idea de describirlo ordenadamente, resulta posible identificar tres fases: I) Definición de criterios guía, II) Definición del cómo acompañar la "adecuación" a tales criterios, y III) Definición del con qué acompañar la "adecuación" a los criterios.

I. Porque lo se quería poner a dialogar eran criterios, comunes a todos, que guiaran la toma de decisiones de las personas que participaran en la cotidianeidad respecto a la vida de las niñas, niños y adolescentes alojados en centros residenciales; había que definirlos y hacerlos explícitos.

La primera de las fases se inicia entonces a partir de la búsqueda y lectura de antecedentes de formulación, logrando acceder a algunas fuentes que resultaron constituirse en significativos aportes[123], tanto sea por explicitar lineamientos para el abordaje de las situaciones, como por relatar experiencias de gestión que suponían asequible ciertas mejoras. Entre las lecturas realizadas, además de las de carácter técnico – de programas y proyectos formulados u aplicados – también se alternaba con material teórico que en definitiva resulta parte del corpus de la Doctrina de la Protección Integral.[124]

---

123 Decreto Nº 88 de la Legislatura de la Comunidad de Madrid. Estatuto de las Residencias de atención a la infancia y adolescencia de la Comunidad de Madrid (2002); Secretary of State for Health - United Kingdom. National Minimum Standards. Children's Homes Regulations (2002).Lineamientos Nacionales en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes Carentes de Cuidados Parentales; Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia; 15 de Diciembre de 2007; Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nº 2.881. Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes (2008); Manual for the Measurement of Indicators for Children in Formal Care (UNICEF – 2009); Mónica Hernández Lemus, "Koinomadelfia: Residencia de protección de niños y adolescentes. Una experiencia de mejora continua, gestión de calidad focalizada en el servicio", Revista El Observador Nº 5, Edición especial, Chile, diciembre de 2009; Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, "Guía de estándares para el personal de las entidades públicas y privadas que se ocupan de la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, diciembre de 2010; Resolución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nº 436/2011. Registro de Organizaciones Comunitarias y Organismos No Gubernamentales. Reglamentación (2011); Puertas Adentro. La Política de Institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Buenos Aires (2007-2011). Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Eudeba, 2012.

124 Bustelo, Minicceli, y otros autores citados en el punto de la Bibliografía.

El trazo del diseño de los criterios guía se fue estableciendo de manera paulatina. Partiendo del análisis de los documentos arriba citados, se pudo construir una estructura de grandes áreas temáticas que incluían la planificación, los cuidados propiamente, los modos de interactuar, la organización, y lo edilicio[125]. A medida que se iba describiendo o caracterizando el contenido de cada título, fue surgiendo la necesidad de introducir subtítulos; con lo cual el documento quedó armado en tres niveles de desagregación: Títulos (o áreas temáticas) – Componentes (o subtítulos) – Características.

El nivel de desagregación resultó ser en algunos puntos en exceso minucioso, en la búsqueda por representar la cotidianeidad de "un hogar", con la complejidad de tratarse de "un centro residencial". Si bien de aspectos inacabados, la vida diaria fue quedando plasmada en el documento; con partes de mayor y menor incidencia sobre la efectivización de los derechos.

Durante el análisis prescindimos de juzgamientos en términos de buenas o malas intenciones de los miembros de las Comisiones Directivas de los centros residenciales, o del personal a cargo, o de los voluntarios que transitaban por dichos espacios; sino que nos alcanzó con advertir que "en nombre de la protección" tenían lugar situaciones que definitivamente eran caracterizables como vulneraciones de derechos. La idea de explicitar criterios serviría de herramienta para no dar lugar a "no lo sabía", "nadie lo dijo", "siempre lo hicimos así", entre otros.

Se armó un documento base de aproximadamente 15 páginas, el cual, tras un exhaustivo proceso de revisión, terminó por rondar las 100. Fueron parte del proceso alrededor de 50 profesionales formados en diversas disciplinas[126] con experiencia de desempeño en alguna actividad afín o propia de la

125 Título 1) Planificación de los cuidados; Título 2) Calidad de la atención; Título 3) Relaciones de convivencia; Título 4) Organización; Título 5) Estructura edilicia, diseño y equipamiento de los ambientes.

126 Abogacía, psicología, trabajo social, antropología, terapia ocupacional, entre otros.

Subsecretaría – incluso en centros residenciales. De alguna manera se trató de un colectivo de trabajadores, que a través de su recorrido en la temática, mediante encuentros individuales o grupales, desde una perspectiva total o parcial, más o menos formal, terminaron por definir los criterios.

El enriquecimiento del documento claramente se dio en términos cuantitativos, pero sobre todo cualitativos. Cada nueva descripción sumaba una referencia que entendíamos resultaba significativa para aportar a la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes alojados. El acceso de los niños a los productos de higiene personal, por ejemplo, eran justamente "obviedades" desatendidas para algún niño de algún centro en algún lugar que conocíamos. La desatención de la salud o la inasistencia escolar sin mas, eran problemas de máxima gravedad que también se presentaban en algún lugar que conocíamos. En estos casos, aún habiendo leyes generales de fondo, como por ejemplo la Ley Nacional de Educación que establece la obligatoriedad de que las niñas, niños y adolescentes se escolaricen, se consideró que la existencia de criterios acerca del posicionamiento que tomar, las medidas que impulsar, las gestiones por tramitar, orientarían favorablemente el accionar de los centros residenciales.

En síntesis, tras cada enunciado en positivo del documento de criterios guía, subyace una experiencia problemática que justifica su explicitación.

Se concluye con el documento impreso para su difusión, denominado "Estándares de calidad de las prácticas y condiciones de alojamiento en los ámbitos de cuidados alternativos residenciales para niñas, niños y adolescentes de la Provincia de Santa Fe", presentado como un *instrumento* - metaforizando con uno musical, al que se va conociendo de menor a mayor, dependiendo de la voluntad de ensayo del intérprete, y su capacidad de interpretación.

II. Avanzado el documento de criterios guía tiene lugar la segunda fase del diseño, de elaboración de un marco programático y administrativo que encuadrare la posible implementación de los mismos.

Ante la distancia evidente entre las prácticas deseadas y la realidad imperante, la disyuntiva que se presentó en este punto fue lo que se desprende de lo arriba expuesto en la Fundamentación: de brindar una oportunidad para la revisión y aplicación conjunta - entre el organismo administrativo y los centros de alojamiento - de los criterios propuestos; o establecer límites a partir de plazos y sanciones que marcaran la aprobación o desaprobación de lo consumado.

Nuevamente se hacía presente esa difícil conjugación entre el querer, poder, necesitar y deber.

Tal como ya se introdujo acerca de la esencia del diseño, como una instancia de diálogo, de confianza en ese intercambio, una "apuesta" al establecimiento de relaciones signficantes entre las partes; la disyuntiva no pudo mas que resolverse en pos de brindar una oportunidad para la revisión y aplicación conjunta - entre el organismo administrativo y los centros de alojamiento - de los criterios propuestos. Y ello, asegurado a partir de contemplar las líneas de:

Asistencia técnica; consistente en el asesoramiento que la organización del Programa pueda brindar a cada centro residencial en cuanto al diseño e implementación de estrategias de mejora de la calidad de las prácticas y condiciones de alojamiento, de acuerdo a la información generada y disponible, y siempre desde la perspectiva integral de derechos y según los enunciados del documento de "Estándares de calidad" que se anexa al Programa como parte integrante del mismo. Se propuso que las acciones que surjan de la asistencia técnica se sistematicen en un Plan de trabajo a los fines de tener una óptima visualización de los objetivos, recursos y calendarización de las actividades, para su seguimiento y evaluación.

Monitoreo; consistente en la elaboración, recopilación y análisis de datos de manera permanente, utilizando metodologías e instrumentos específicos y sistematizados que permitan generar la información estratégica de todos y cada uno de los centros residenciales de alojamiento transitorio, acerca de sus

prácticas y condiciones, y su correspondencia con la normativa vigente. Se establece que todos los centros residenciales de la Provincia, públicos y privados, debían prestar su colaboración para que las acciones de monitoreo se desarrollen con eficiencia y eficacia; para lo cual debía tenerse en cuenta el documento "Sistema de Monitoreo de los ámbitos de cuidados alternativos residenciales de niñas, niños y adolescentes de la Provincia de Santa Fe" que se anexa al presente Programa como parte integrante del mismo.

Asistencia financiera; consistente en la transferencia monetaria para dotar a los centros residenciales de las capacidades necesarias que favorezcan la concreción de estrategias para la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes desde una perspectiva integral, en concordancia con los enunciados de la Ley 12.967 en general, y de los "Estándares de calidad" en particular.

Por todo ello el Programa terminó por denominarse de "Fortalecimiento de las prácticas y condiciones de los ámbitos de cuidados alternativos residenciales".

Se encuentra en vigencia a partir del Decreto Provincial suscripto por el Gobernador de la Provincia de Santa Fe, Nº 39 de Enero de 2014.

III. La línea de "asistencia financiera" fue abordada en detalle en una tercera y última fase de diseño, incluso posterior a la sanción del Decreto que aprueba el Programa. Tratándose de un aspecto meramente técnico, de adecuación de las necesidades de financiamiento a los canales administrativos en vigencia por la normativa provincial, sobre este aspecto se trabajó en diferentes líneas. *Asistencia financiera según plazas de alojamiento*, que garantice gastos de funcionamiento; *Asistencia financiera de proyectos institucionales*, para la adquisición de bienes y servicios que redunden en mejoramiento de las capacidades de cuidado; *Asistencia financiera para el Plan de Estadía de las niñas, niños y adolescentes.*

Las líneas de intervención propuestas en este componente de Programa fueron diseñadas con la idea de, además de cubrir los

requerimientos administrativos, formales y propios de la burocracia estatal, formar una instancia más del fortalecimiento – objeto del Programa -, convocando una y otra vez al ejercicio de revisión de las prácticas.

Implementación del Programa

En 2012, es decir, en pleno proceso de diseño, se conformaron los Equipos para la implementación, no del Programa propiamente ya que no estaba del todo cerrado, pero sí tuvo lugar un primer acercamiento a los centros residenciales. Se llevó adelante un relevamiento en torno a la dinámica de cada centro, los recursos humanos que allí se desempeñaban, niños alojados y su documentación; a partir de lo cual se construyeron análisis diagnóstico de cada uno de ellos. Los Equipos "del Programa" fueron estableciendo espacios de reunión e intercambio con las Comisiones Directivas de los centros, y también con el personal. En definitiva se trató de un acercamiento de las partes, en un intento por avanzar en el encuentro de lógicas.

De estos encuentros, entre los primeros acuerdos que pudieron construirse, se concretó la incorporación de profesionales para aquellos centros que no los tenían. Inclusive el Equipo dependiente de la Subsecretaría pudo participar de dichos procesos de selección. Asimismo, se dio lugar al análisis y revisión de los roles, funciones y tareas del personal dentro de cada centro residencial. Poco a poco se fue visualizando la necesidad de una coordinación / dirección para la gestión de los proyectos institucionales. Se pudo trabajar además estableciendo la necesidad de instalar ceremonias mínimas que habiliten un lugar de sujeto al las niñas, niños y adolescentes[127]; en los momentos de los ingresos, los almuerzos y cenas, las visitas, las salidas, y celebraciones en general. También se pudo trabajar en la reformulación de los espacios en función de las niñas, niños y adolescentes; en lo relativo al acondicionamiento de los dormitorios, a la importancia sobre el lugar de

127 La idea de "ceremonias mínimas" es tomada de Mercedes Minicelli, de su libro "Ceremonias Mínimas. Una apuesta a la educación en la era del consumo".

guardado de sus pertenencias, a la habilitación de espacios de recreación y esparcimiento, decoraciones amigables, entre otros. La organización de las prácticas de colaboración fue otro de los puntos abordados, ordenando el para qué, el cómo, y siempre priorizando las necesidades y deseos de los niños, y no de los adultos. Otra de las actividades en las cuales se incorporaron los Equipos, consistió en acercar las posiciones de los centros residenciales en lo relativo a situaciones puntuales de niñas, niños y adolescentes alojados, con los Equipos del organismo de aplicación; sirviendo de nexo, habilitando y facilitando el diálogo entre las partes, que invite a sentirse partícipe del Sistema de Protección.

Sobre muchos otros aspectos fue posible un trabajo que redunde en transformaciones, acotadas desde ya, apenas como punto de partida. Así como en muchos otros aspectos se presentaron resistencias, resultando poco posible un abordaje, al menos hasta ahora. La demora en la formulación del circuito administrativo de los fondos, vino por ejemplo a representar demoras en poner a disposición tales recursos financieros como enlace de la necesidad y el deseo con el "poder hacer". Creemos sin embargo que se trata de la propia coyuntura de algo nuevo.

Conclusiones

Consideramos que lo narrado hasta aquí nos acerca (resumidamente) a un nuevo escenario de las políticas públicas de protección de derechos; rescatamos a modo de conclusiones:

- El Programa se presenta como un instrumento facilitador del diálogo en que el estado asume una parte fundamental de su responsabilidad, de toma de una posición activa. Después de la actualización del marco legal a los criterios de la Convención, se trata de su primer "gran puesta en agenda" del organismo a cargo.
- Asumiendo que las políticas no son solo "lo que se dice" sino también "lo que se hace", al poner en palabras objetivos y caminos concretos, el

diseño del Programa se constituye así como punto de partida y no de llegada. De la implementación – con el despliegue de recursos (humanos, técnicos, materiales, financieros) que ello supone - dependerá su efectividad, es decir, la protección de los derechos de los niños.

- La invisibilización de los centros residenciales (y lo que allí acontece) es posible revertirla a partir de la revisión conjunta de las prácticas y condiciones de los alojamientos, que pone en valor a los centros residenciales como partícipes fundamentales, protagonistas de las políticas de restitución de derechos.
- El Programa interpela el diálogo que resulta ser, no entre un "nosotros y ellos", sino incluso entre "nosotros mismos construyendo un todos" (Sistema).
- Además de las revisiones al interior de los centros residenciales y de las prácticas promovidas del organismo de aplicación, entre los desafíos que quedan por habilitar y facilitar, queda por atender el encuentro con otros actores del Sistema de Protección, para configurar alojamientos verdaderamente integrales.
- Ante situaciones de vulneración de derechos faltaría explicitar qué medidas administrativas resultaran viables de adoptar a los fines de establecer un límite necesario que irrumpa sobre tales prácticas, marcando no ya la transformación sino un cese que de lugar a "lo nuevo".

Bibliografía

— Agamben, Giorgio; "Infancia e historia"; Adriana Hidalgo Editora, 4ta edición, Buenos Aires; 2007.
— Beloff, Mary; "La protección de los niños y las políticas de la diferencia"; Lecciones y ensayos Nº 89, Universidad de Buenos Aires, 2011.
— Botero Gómez, Patricia (comp.); Representaciones y ciencias sociales. Una perspectiva epistemològica y metodológica; Cinde, Universidad de

Manizales, Espacio Editorial; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008.

— Bustelo, Eduardo; "El Recreo de la infancia"; 2da Ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.
— Dávila Balsera, Paulí; y Naya Garmendia Luis María; "El discurso proteccionista sobre los derechos de la infancia en los Tratados Internacionales"; XXI, Revista de Educación, 10, 2008, 15-30; Universidad de Huelva; 2008.
— Fernández Fank, María Marta; Magistris, Gabriela; y Salzman, Marina; "Derechos económicos, sociales y culturales para la infancia y la adolescencia"; Buenos Aires; 2008.
— Fonseca, Claudia; Desigualdades cerca y lejos: Adopciòn internacional desde la perspectiva de las Favelas Brasileñas; Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2007.
— Foucault, Michel; Viligar y castigar. Nacimiento de la prisión; Siglo veintiuno editores; Buenos Aires, 2006.
— García Méndez (Comp.); 2006.
— Goffman, Erving; Internado. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, Amorrortu editores, Buenos Aires.
— Llobet, Valeria (compiladora); "Pensar la infancia desde América Latina. Un estado de la cuestión"; CLACSO – Colección Red de Posgrados en Ciencias Sociales; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2013.
— Marre, Diana; Prólogo del libro "Pensar la infancia desde América Latina. Un estado de la cuestión"; Llobet, Valeria (compiladora); CLACSO – Colección Red de Posgrados en Ciencias Sociales; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2013.
— Minicelli, Mercedes: "Infancia e institución (es); Noveduc; Buenos Aires, 2007.
— Moragón Martínez, Lucía; "Estructuralismo y posestructuralismo en arqueología"; en Arqueoweb. Revista sobre Arqueología en Internet 9 (1); 2007.

— Pedernera, Luis; “A veinte años de su ratificación. Lecturas críticas sobre la Convención sobre los Derechos del Niño”; Trabajo presentado en las IX Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Sociales, UdelaR, Montevideo, 13-15 de setiembre de 2010; Uruguay.
— Pilotti, Francisco; “Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto”; Organización de Estados Americanos; Washington, 2000.
— Rojas Flores, Jorge; “Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930”; Instituto de Historia Pontificia Universidad Católica de Chile; Historia N° 40, Vol. I, enero-junio 2007; 129-164; Santiago, 2007.
— Children`s Bureau; “The story of The White House Conferences on Children and Youth. 1909-1919-1930-1940-1950-1960”; U.S. Department of Health, Education, and Welfare Social and Rehabilitation Service; 1967.

PONENCIA:

“El derecho humano a la identidad en la adopción. Las obligaciones del Estado”

COMISION N°2

Derechos Humanos, Familia, Niñez Adolescencia y Justicia

Autora: **María Alfonsa G. Ventureyra**

D.N.I.: 24.336.668

TESIS:

La ley nacional de adopción N° 24.779, sancionada en nuestro país en el año 1997, no respeta el derecho humano a la identidad de los niños, niñas y adolescentes adoptados.

Esta vulneración se observa fundamentalmente en dos puntos nucleares de la citada normativa. El primero es al definir el concepto de adopción plena como una filiación irrevocable[128], que sustituye la de origen, extinguiendo todos los efectos jurídicos que de esta surgen, es decir que, el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de esta. Vale destacar que es la forma en que los jueces aun hoy otorgan la mayoría de las adopciones en la Argentina.

El otro punto es el que se refiere específicamente a como y cuando el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica. La norma expresa textualmente que *"...podrá acceder al expediente de adopción a partir de sus dieciocho años de edad..."*[129]

Es el único artículo que se ocupa expresamente de preservar el derecho a la identidad del adoptado y lo efectúa con carácter condicional, sin establecer obligaciones y responsabilidades del Estado, fijando una edad cronológica que no condice con la noción de capacidad y autonomía progresiva a la cual se refiere la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CDN). Es decir, en este punto se vulnera no solo el derecho a la identidad sino el concepto de capacidad que define la CDN y luego recepta la ley nacional 26.061.

---

[128] Código Civil Artículo 327 -Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323.

[129] Código Civil Artículo 328-El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

INTRODUCCION

Evolución normativa de los derechos humanos de la infancia

El proceso de lucha y reconocimiento internacional por los derechos humanos de los niños, generó un marco de renovación normativa e institucional cuya expresión por excelencia, en nuestro país, es la ratificación de la CDN y su incorporación a la Constitución de la Nación (en adelante CN), con la máxima jerarquía normativa imperante en nuestro ordenamiento jurídico.

Al incorporarse la CDN se produce una transformación decisiva en la en la forma de tratamiento y definición de las personas menores de edad, ya que por primera vez se concibe al niño como un verdadero sujeto de derechos al que se le reconoce su condición de ciudadano y en consecuencia, el goce de las garantías constitucionales que detentan los mayores mas un plus por su carácter de persona en desarrollo y formación.

Esta nueva concepción de la infancia redefine las obligaciones del Estado, que deja de ser un Estado filantrópico, caritativo y asistencial, y asume la obligación de establecer políticas públicas que garanticen respeto, protección y satisfacción de los derechos y garantías de los niños.

En este marco, y en materia de políticas sociales, tres son los compromisos estructurales: el Poder Ejecutivo debe planificar y ejecutar un programa social de gobierno que garantice efectivos servicios y programas sociales de acceso a la educación, salud, vivienda, alimentación y nivel de vida adecuado; y el Poder Judicial debe realizar el control de legalidad de las acciones u omisiones de gobierno en los casos donde se registra una vulneración de los derechos sociales de los niños; y el Poder Legislativo debe revisar la legislación vigente y adecuarla a este nuevo tratado de derechos humanos.

Es en este sentido que, entendemos en cuanto al tema que nos ocupa, que la normativa nacional vigente que regula la filiación por adopción en nuestro país, se encuentra incumpliendo con dicho tratado internacional, dado que la ley 24.779 colisiona con la CDN al no respetar el derecho a la identidad de las niñas y niños adoptados.

Al respecto, existe jurisprudencia reciente en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia en contra del Estado Argentino respecto el proceder de sus diferentes poderes en un caso de adopción[130].

Allí la Corte entendió que *"…el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual esta llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Tal como el tribunal lo había indicado, el disfrute muto de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.* ***El niño debe permanecer en su familia salvo que existan razones determinantes para optar por separarlo (…)*** *y estos casos por las delicadas cuestiones que se tratan deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades…"* el resaltado nos pertenece.

La CIDH afirmó que "…*el Estado no ha tomado las medidas necesarias para implementar un régimen de visitas oportuno, por lo que la niña ha sido privada de su derecho a acceder a diversos aspectos de su identidad, de contar con información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica.* ***Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad****…"* el resaltado nos pertenece.

Por otra parte, la Corte considera que *"el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los*

[130] Caso "Forneron e hija Vs Argentina"

estándares normativos mas relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la CADH, así como de los artículos 8,9 18 y 21 de la CDN (…) a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica , la cual incluye a sus familiares mas cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado (…) a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos."[131]

Breve síntesis de los antecedentes legislativos de la adopción en la Argentina.

Para situarnos históricamente, el Código Civil que data de 1869 no regulaba la adopción. Esto se debía a que su autor, Vélez Sarsfield consideraba no oportuno introducir en una familia a un individuo que la naturaleza no había colocado en ella.

Luego, la ley nacional 13.252, sancionada en setiembre de 1948, incorpora la adopción con un alcance limitado. Es decir que, no se rompen los vínculos de sangre con la familia de origen. Pero si puso fin a las frecuentes inscripciones fraudulentas y el prohijamiento o las familias de crianza.

En julio de 1971 se sanciona el Decreto-Ley 19.134, por el cual el gobierno de facto deja sin efecto la ley anterior. Mediante este decreto, se aceleran los procesos de adopción, se eliminan impedimentos y restricciones hacia el adoptante y el adoptado, disminuye el número de años de matrimonio, modifica la edad mínima del adoptante, admite la adopción de más de un niño, otorga la adopción aún habiendo descendencia, reduce el plazo de guarda. Pero fundamentalmente se consagra la adopción plena la cual genera la ruptura de los vínculos familiares de origen y cuyos efectos son de carácter irrevocable, sin

[131] Caso "Forneron e hija Vs Argentina, párrafo 119

obligación del juez de citar a los padres biológicos al juicio de adopción bajo los supuestos de "abandono moral y material". También permitió la entrega por escritura pública, legitimando expropiaciones.

Vale destacar la existencia del Decreto-Ley 19.216, cuyo objetivo fue establecer una amnistía general por adopciones efectuadas mediante inscripción falsa de niños como hijos propios, siempre que en la ejecución de los hechos no se hubiere obrado con fin de lucro o con propósito de causar perjuicio. Posteriormente, se sanciona la vigente ley nacional 24.779, en 1997, entre sus características principales encontramos que: se suprime expresamente la guarda otorgada por escritura pública u órgano administrativo, establece un procedimiento judicial para la guarda pre-adoptiva, y otro para el juicio de adopción, con la intervención obligatoria del Defensor Público de Menores. Se establece el Registro de Aspirantes a guarda con fines de Adopción, y propone la creación de un Registro único de adoptantes; exigencia de un tiempo mínimo de residencia en el país de 5 años para poder ser postulante.

A su vez, ratifica la adopción plena bajo las mismas condiciones, solo adiciona que el adoptado pueda acceder a su expediente de adopción al cumplir los 18 años, pero tal como mencionáramos lo hace de manera ambigua ya que no establece sanciones ni como implementarlo.

Por ultimo, Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes sancionada en 2005, obliga a reformular radicalmente la ley de adopción, ya que esta normativa es reglamentaria de la Convención de los Derechos del Niño, pero esto aun se encuentra sin cumplir.

El derecho a la identidad

El concepto mas difundido sobre la identidad en términos de derechos pertenece al doctrinario peruano Fernández Sessarego, quien lo entiende como

el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de características de personalidad de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su mismidad, en lo que ella es en cuanto especifico ser humano.

A su vez, este mismo autor divisa dentro de este derecho dos vertientes: una estática, inmodificable o con tendencia a no variar, que se encontraría conformada por el genoma humano, las huellas digitales; y la dinámica que se caracteriza por el despliegue temporal y fluido de la personalidad.[132]

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que sus 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. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad, se le deberá prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a que rápidamente se le restablezca.[133]

> En el mismo sentido, la ley 26.061 expresa que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia.[134]

Avanzando, la Ley 114 de Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, se refiere al derecho a la identidad en diversos artículos, estableciendo en principio que la efectivización

---

[132] Gil Domínguez, Fama, Herrera. Ley de Protección Integral comentada, anotada, concordada.Ediar.2007
[133] Conforme art. 8 CDN
[134] Conforme art. 11 ley 26.061

del derecho a la identidad debe ser asegurada por la familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad con absoluta prioridad.

A su vez, expresa que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad en todas sus dimensiones. El derecho a la identidad comprende el derecho a una nacionalidad, a un nombre, a su cultura, a su lengua de origen, a su orientación sexual, al conocimiento de quiénes son sus padres y a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley. Para efectivizar el derecho a la identidad el Gobierno de la Ciudad debe -entre otras-facilitar y colaborar para obtener información, la búsqueda o localización de los padres u otros familiares de niñas, niños y adolescentes facilitándoseles el encuentro o reencuentro familiar.

DESARROLLO DEL PROBLEMA

Adopción Plena

La ley vigente establece un régimen dual. Por un lado, la adopción simple que reconoce al adoptado la posición de hijo biológico con el adoptante pero no crea vinculo de parentesco entre aquel y la familia biológica de éste. Por otro, la adopción plena, que tal como expresamos anteriormente, se trata de una ficción jurídica por la cual se sustituye la filiación de origen.

Es decir que, una vez firme la sentencia de adopción plena, la persona adoptada deja de pertenecer a su familia biológica, extinguiendo definitivamente los lazos de parentesco con los integrantes de esta así como todos sus efectos jurídicos. No permite el posterior reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni puede interponer una acción de reclamación de filiación contra estos. La sentencia de adopción plena es irrevocable.

Opinamos que se trata de una forma rígida, cerrada y tajante que podría permitir -por ejemplo- la no continuidad de vínculo del adoptado con sus hermanos, abuelos u otros familiares con los cuales mantenía relaciones de

afectos. Por esto es claro que la adopción plena se encuentra en colisión con el derecho a la identidad reconocido expresamente en el art. 8 de la CDN y en el 11 de la ley 26061. Asimismo, ha entendido la jurisprudencia -acertadamente acorde a nuestra opinión- que *"...las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales..."* [135]

En este orden de ideas, consideramos que podría aplicarse como una forma válida **exclusivamente** para casos de personas menores de edad con filiación desconocida o cuando sus padres hayan fallecido, y una vez agotada la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente, estableciendo un plazo, además **permitiendo siempre** el ejercicio de las acciones filiatorias. Para el resto de las situaciones la adopción simple es la opción que respeta el derecho a la identidad y cuya finalidad es que el niño/a pueda sumar afectos no restarlos, sustituirlos o reemplazarlos.

Por otra parte, vale destacar que tanto la CDN como la ley nacional 26.061 consagran el derecho de t2do niño, niña o adolescente a crecer, ser educado, atendido y protegido al amparo y bajo responsabilidad de su familia biológica, salvo situaciones excepcionales. Siendo contundente al expresar que en ningún caso, podrá ser fundamento para la aplicación de una medida de separación, la falta de recursos económicos de la familia, teniendo que, frente a estas circunstancias activarse medidas de protección integral de derechos.

Es decir que, las autoridades competentes deben agotar previamente la aplicación de programas sociales y de políticas públicas en general. Como criterio de aplicación de estas medidas, los niños/as deben permanecer, en principio, con personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad, afinidad, miembros de la familia ampliada o de la comunidad, respetando el derecho de los niños/as y adolescentes involucrados a ser oídos

[135] *CN Civil, Sala J, 11-07-2000, LL, 2001, C, 761.*

y que su opinión sea tenida fundamentalmente en cuenta conforme su grado de madurez y desarrollo.

En algunos casos, luego de adoptar la medida excepcional de separación familiar, la autoridad judicial decide que se decrete el estado de adoptabilidad del niño, cuando esta decisión se toma sin haber agotado las medidas de fortalecimiento, acompañamiento familiar, subsidios económicos, etc. (conforme art. 37 ley 26061) también se vulnera el derecho a la identidad.

Así afirmo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *"…la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño (…) el Estado debe apoyarla y fortalecerla a través de las diversas medidas que esta requiera para el mejor cumplimiento de su función (…) la carencia de recursos materiales no puede ser fundamento para una decisión que suponga la separación del niño con respecto a su familia…"* [136]

El derecho a conocer sus orígenes

Tal como adelantamos, si bien el código civil en el art. 328, incorporado en el año 1997, mediante ley 24.779, refiere que el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica para lo cual podrá acceder a su expediente de adopción cuando tenga dieciocho años de edad; entendemos que este articulo en su actual redacción no es suficiente a fin de garantizar el derecho a la identidad de la persona adoptada.

En principio, si definimos el derecho a la identidad no limitándonos a una visión biologicista, sino reconociendo que la identidad atraviesa diferentes dimensiones, como la cultural, la económica y la social, no se resguarda con la sola condición de que el adoptado pueda acceder a su expediente como sostiene el sistema vigente.

[136] Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002

Asimismo, dar cabal cumplimiento al derecho a la identidad debe implicar para el Estado la obligación de realizar -desde el principio-los esfuerzos necesarios para mantener la vinculación con la familia cuando hay deseos y afecto, pero tal vez no se cuenta con recursos debido a situaciones de vulnerabilidad o pobreza. No se trata sólo de conocer la historia, sino de lograr su continuidad. En este sentido, la adopción debería operar siempre como un plus, sumando a la propia historia personal, sin desconocerla ni ocultarla, un nuevo mundo de relaciones y afectos que permitirán al niño crecer y desarrollarse en forma integrada en un ámbito familiar, tal como lo establece la CDN.

Por otra parte, al establecer que el acceso al expediente podrá ser recién a partir de los 18 años, se contraviene con lo establecido por la CDN y la Ley 26.061 sobre el derecho de la persona menor de edad a ser informado y asesorado en cualquier proceso que lo involucre.

Tal como lo entienden diversos autores, se vuelve ineludible revisar los conceptos de incapacidad establecidos en la legislación interna, enquistados en la doctrina de la situación irregular y contradictoria con la noción del niño como sujeto de derecho. Se trata de deconstruir para reconstruir sobre la base de los estudios actuales sobre psicología evolutiva, lo cual significa una participación más activa por parte de los niños y adolescentes[137].

Es por esto que los jueces no pueden ya sustentarse en el criterio rígido de establecer una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, según su madurez intelectual, psicológica y el suficiente entendimiento. [138]

---

[137] -Minyerski, N. y Herrera, M. (2006). "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26061". En García Méndez, Emilio (Comps.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061.* Buenos Aires: Editorial del Puerto.

[138] En coincidencia con esta interpretación, también encontramos la Resolución 1234/06 de la Defensoría General de la Nación, que insta a los asesores de menores a que soliciten la designación de abogado de confianza en aquellos supuestos que denotan complejidad o intereses contrapuestos.
Establece que sujetar el ejercicio del derecho de defensa a edades cronológicas determinadas no respeta el principio de capacidad progresiva en función del propio juicio y madurez del niño o adolescente.

Consideramos que es fundamental que una reforma legislativa establezca claramente que el niño, niña o adolescente adoptado tiene derecho a conocer su origen y filiación biológica, accediendo al expediente de guarda, al de adopción o al de control de legalidad de la medida excepcional de separación –si es que existiera-y demás información que conste en registros judiciales y/o administrativos. Esto sucederá en el momento que el adoptado así lo requiera, sin que exista una edad mínima necesaria. Si es persona menor de edad, el juez debe disponer la intervención del equipo técnico del tribunal o del registro de adoptantes correspondiente, o con un profesional de confianza del niño si este así lo prefiriese.

A su vez, el expediente judicial y administrativo, si lo hay, debe contener la mayor cantidad de datos posibles del niño y de su familia de origen referidos a la identidad, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles

Por ultimo, esta reforma legal deberá establecer expresamente que los adoptantes están obligados a hacerle conocer su filiación de origen al adoptado, debiendo constar dicha obligación en la sentencia que otorga la adopción. El estado es quien tiene la responsabilidad de citarlos a fin de controlar que esto haya sido llevado a cabo fehacientemente, no pudiendo quedar algo tan determinante en la vida de una persona librado a la buena voluntad y deseo de otros, el estado tiene que ser el garante de que se de su cumplimiento.

Ponencia

La ley de Adopción vigente en la Republica Argentina, vulnera el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes adoptados, en contradicción con los que postulados tanto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño -con jerarquía Constitucional en la Republica Argentina- y la ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Esta vulneración se observa al establecer la filiación por adopción plena, de carácter irrevocable, sustituyendo la filiación de origen, y definiendo que extingue el parentesco con los integrantes de su familia biológica.

El otro punto es el que establece que el adoptado p*odrá acceder al expediente de adopción a partir de sus dieciocho años de edad.* Es el único artículo que se ocupa expresamente de preservar el derecho a la identidad del adoptado y lo efectúa de una manera vaga e imprecisa sin expresar cuales serian las obligaciones y responsabilidades del Estado al respecto, al margen de fijar una edad cronológica que se contradice con la autonomía progresiva a la cual se refiere la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Por todo lo expuesto, proponemos:

- ✓ anular la condición de irrevocabilidad para la adopción plena, al igual que se establece para la adopción simple.
- ✓ fortalecer la adopción simple y restringir la adopción plena, limitando los supuestos únicamente a los casos de niños con filiación desconocida –luego de haber agotado la búsqueda de sus familiares-o huérfanos sin tutor.
- ✓ Permitir el acceso, con el asesoramiento pertinente, al expediente cuando el niño así lo requiera
- ✓ establecer la obligación hacia los padres adoptantes de hacer conocer la realidad biológica del adoptado, para esto el juez deberá citarlos dentro de un plazo pre-establecido a una audiencia donde conste que se ha cumplido con este compromiso

<u>Bibliografía</u>

-Altamirano Florencia, “Niñez, pobreza y adopción”. Espacio. 2002

-Código Civil de la Republica Argentina

-Convención Internacional de los Derechos del Niño

-Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002

-Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Forneron e Hija vs Estado Argentino”

-Gil Domínguez, Fama, Herrera. “Ley de Protección Integral comentada, anotada, concordada”. Ediar. 2007

-Ley Nacional 24.779

-Ley Nacional 26.061

-Minyerski, N. y Herrera, M. (2006). “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26061”. En García Méndez, Emilio (Comps.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061.* Buenos Aires: Editorial del Puerto.

Datos autora para contacto:

-Nombre: Maria Alfonsa Garcia Ventureyra

-Domicilio: Luis María Drago 232, piso 5to, dto 11. Ciudad Autónoma de Buenos Aires

-Teléfonos: 054-11-4855 7284

-Celular 054-11-1541579710

-Correo electrónico: magventureyra@gmail.com

LA GARANTIA DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS NIÑAS NIÑOS Y ADOLESCENTES: HUMANIZACION DEL PROCESO

COMISION 2. DERECHOS HUMANOS, FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y JUSTICIA

Subtemas g- y h-

ANDREA MARIEL BRUNETTI[139]

abrunetti@justiciasantafe.gov.ar

Sumario: *I. Constitucionalización del Derecho: Humanización del proceso. II. 2. Acceso a la Justicia y el Principio de Autonomía Progresiva. III. Las niñas, niños y adolescentes en el proceso y el principio rector del interés superior del niño. El abogado del niño. IV. El interés colectivo de la defensa de los niños. V. La tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes*

139 Jueza del Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, Santa Fe, Argentina. Miembro de la Red de Jueces de La Haya designada por CSJ de la Provincia de Santa Fe. Especialista en Derecho Empresario UNR. Especialización en Magistratura UNR. Maestrando de la Maestría en Derecho Procesal de la UNR. Doctorado en Derecho de la UNR. Repicadora del Programa "Hablemos de género" de la Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina.

SINTESIS DE LA PROPUESTA

El actual paradigma de protección integral de la niñez y adolescencia, vigente desde la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), en especial la Convención sobre los Derechos del Niño[140] reconoce a los niños como sujeto pleno de derechos, previendo a tal fin un sistema de garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de la tutela efectiva de sus derechos fundamentales, todo lo cual exige necesariamente la adecuación de normas internas tanto sustantivas como procesales, a los fines de asegurar dicho cumplimiento.

La Convención de los Derechos del Niño (arts. 3, 5; 12) y la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061[141] (arts. 3, 24, 27), contemplan un nuevo enfoque respecto del niño en el proceso, su derecho a ser oído y su opinión tenida en cuenta conforme su madurez y grado de desarrollo; a participar activamente en los procedimientos que los afecten, contando con adecuada representación y asistencia letrada especializada, exigiéndose por ende, que el niño deba ser tenido como "parte" en el proceso.

Garantizar el acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes, en cumplimiento de su tutela judicial efectiva, implica la imperiosa necesidad de dotar de mayor amplitud el concepto de legitimación activa de niñas, niños y adolescentes, como así también la legitimación de su Defensor, en concordancia con el compromiso asumido por los Estados en las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de

140 N. York, 20-11-1989, ratificada por Ley 23.849, incorporada al art. 75 inc. 22 CN, 1994.
141 Pub. B.O. 26-10-2005.

Vulnerabilidad", aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre celebrada en marzo de 2008 en Brasilia, Brasil, a las que adhirió mediante Acordada N° 5 del 24 de febrero de 2009 la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Así lo estableció la ley argentina N° 26.061, art. 1°, previendo una acción colectiva "*a fin de restaurar el ejercicio y goce* " de los derechos reconocidos por esta ley y los Tratados Internacionales respectivos, en función del principio de máxima exigibilidad e interés superior del niño. Reconociendo de este modo, legitimación procesal a "*todo ciudadano*" como titular del "derecho colectivo de defensa de la legalidad constitucional" de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, "*a través de medidas expeditas y eficaces*".

En consecuencia, se reclama desde esta posición, una reformulación del concepto de legitimación procesal en un sentido amplio, acorde a este nuevo paradigma de la doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes, de forma tal que se les permita el libre acceso a la Justicia, que puedan ejercer su derecho de defensa a través de una asistencia letrada especializada, más allá de sus representantes legales y de la representación promiscua del Ministerio Público reconociendo además la figura del Defensor del Niño como de interés público, en protección de los derechos específicos de determinado grupo de personas entre las que se encuentran los niños, esto es a fin del cumplimiento de la tutela judicial efectiva de niñas, niños y adolescentes, pues lo contrario implica negación de un derecho fundamental en razón de las formas.

I- CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO: HUMANIZACION DEL PROCESO.

A partir de 1994 nuestro país incorporó un número de tratados internacionales de los derechos humanos, lo que se dio en llamar en doctrina como el "bloque de constitucionalidad federal" o según la terminología de

Hart[142] "regla de reconocimiento constitucional" como más abarcativo y preciso que legalidad o supremacía constitucional, que constituyen un parámetro de validez de normas secundarias. Y, como ya tiene dicho la Corte al respecto, deben aplicarse tal como vienen dados, sin poder modificarlos o reinterpretarlos.[143]

En este sentido, este bloque de constitucionalidad, constituye un conjunto de "principios de derecho fundamental" utilizando la terminología de Alexy[144], que delimitan el marco de validez y permanencia de una norma infraconstitucional al ordenamiento jurídico argentino, debiéndose adecuar por tanto a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.[145]

---

142 Hart, Herbert L. A.: El concepto de Derecho. Bs. As., Abeledo Perrot, p. 117, 1998. Para quien el Derecho es un sistema complejo de reglas, conformado por reglas primarias o imperativas y reglas secundarias: 1- reglas de decisión; 2- reglas de modificación y 3- reglas de reconocimiento: éstas establecen los criterios de validez que debe cumplir una regla para poder pertenecer al sistema jurídico. Por su parte, Dworkin parte de Hart y critica su positivismo como muy estrecho, señala que el Ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su pedigree), sino por la adecuación de su contenido a la moral.Véase: Dworkin, Ronald: Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1995.

143 Caso "Giroldi"; CSJN; 7/4/1995; L.L., 1995-D, 462. Otro: Caso "Bramajo", CSJN, 12/9/1996; L.L., 1996-E, 409, entre otros. Nuestra Corte Suprema venía sosteniendo con anterioridad a la reforma constitucional en el conocido caso Ekmekdjian (CSJN, 7-7-92; LL, 1992-C-543), la jerarquía superior de los tratados internacionales y con posterioridad, ha tenido una rica evolución al respecto en distintos pronunciamientos paradigmáticos sumamente importantes e interesantes, cuyo tratamiento excede el marco de esta ponencia (véase entre otros: CSJN, "Méndez Valles Fernando c/ .A.M. Pescio SCA s/Ejecución de alquileres" (ED Boletín N° 8976 del 09/04/96), La Corte Suprema en abril de 1998, dentro de los autos "Petric Domagoj c/ Diario Pagina 12" (L.L.1998 - C, 284).

144 Siguiendo en ello a Alexy, para quien el rasgo crucial para diferenciar reglas y principios se halla en que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. En este sentido, los principios son "mandatos de optimización", que pueden ser cumplidos en diferente grado y conforme las posibilidades fácticas y jurídicas (principios y reglas opuestos). En cambio, las reglas, son "mandatos definitivos" o concluyentes, normas que pueden ser cumplidas o no, la distinción se funda en que la regla es válida y por tanto debe ser cumplida, o no válida. Los principios siempre son válidos. En definitiva la diferencia entre reglas y principios es cualitativa. Véase: Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

145 Véase al respecto: Sagües, Néstor P.: Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994, en La Ley del 8/11/94.

Bien señala Bidart Campos[146], respecto de este conjunto de normas, principios y valores, que en el Estado democrático de derecho, "la Constitución tiene fuerza normativa en toda su integridad en todas sus partes en todos sus contenidos y también en sus implicancias". Es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico político. Al decir de Dworkin,[147] la Constitución Nacional como límite al poder estatal y al mismo tiempo como protección ciudadana.

Por ende, los jueces debemos aplicar la ley conforme estos principios fundamentales, universales e inalienables, y así se asegura la democracia.[148] Es el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho,[149] al que no es ajeno el Derecho de Familia.

Efectivamente, el reconocimiento de los Derechos Humanos en el ámbito internacional y su incorporación al ordenamiento interno han impactado profundamente en las instituciones familiares existentes, no solo modificándolas sino en muchos casos reemplazándolas en aspectos trascendentes.

Esta "constitucionalización del derecho de familia" encarna la evolución misma del Derecho de Familia, dando paso al nuevo paradigma del Derecho Constitucional de Familia, en el que la persona es el eje de protección, la

---

146 Bidart Campos, Germán J.: El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Bs. As. Ediar, 1995.

147 Véase: Dworkin, Ronald: Los Derechos en serio. Barcelona: Ariel Derecho S.A.; 1989; La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria Trad. Imer Flores, en Cuestiones Constitucionales 7, México, 2002.

148 Acorde al concepto de democracia sustancial que expresó Ferrajoli, consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas. En Derecho y Razón, op. cit. p. 864.

149 Cabe aclarar, que Estado Constitucional de Derecho y Estado de Derecho no son términos sinónimos como ha señalado Ferrajoli: Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. La legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales.El Estado de Derecho representa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, el Estado Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. Ferrajoli, Luigi, Pasado y futuro del estado de derecho, en Neoconstitucionalismos, Trotta, Madrid, 2003.

persona en sus relaciones familiares, entendido esto en una acepción amplia del concepto de familia.[150] Ya no se trata de un derecho privado ajeno al derecho público sino que es Derecho constitucional integrado con las normas propias del derecho de familia,[151] que demarcan el campo de acción de los operadores jurídicos como así también su tutela jurisdiccional.

En consecuencia, el nuevo paradigma del Derecho Constitucional de Familia se convirtió así en un prisma mediante el cual el Juez debe observar todo el ordenamiento normativo, efectuar el respectivo control constitucional y convencional, y así instrumentar, integrar, en definitiva aplicar y garantizar el fiel cumplimiento de los Derechos Humanos, en el entendimiento de que el ordenamiento jurídico es un todo. Es en este punto donde se revela la verdadera garantía jurisdiccional y donde los principios propios del Derecho de Familia asumen el principal motor de la tutela.

Ahora bien, el Estado es responsable ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente. Es el principal obligado – junto con la familia – a realizar las acciones positivas destinadas a dar satisfacción a los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Entendido el Estado como administrador, sin perjuicio de las obligaciones que tiene el Estado en un sentido amplio, comprensivo de los tres poderes, frente a la efectiva protección de los derechos de la niñez.

En el caso del poder judicial, reviste primordial importancia, pues el juez se erige como principal garante de los Derechos Humanos y "necesariamente de una manera muy concreta: por medio del proceso",[152] herramienta idónea para la efectivización de todos los derechos humanos.[153]

---

150 Gil Dominguez, Andrés; Famá, María; Herrera, Marisa. (2006). Derecho Constitucional de Familia. Con prólogo de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci. Bs. As.: Ediar.

151 Lloveras, Nora y Salomon, Marcelo: El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Bs. As. Universidad, 2009.

152 Moción de Valencia. España, 2006. http://www.academiadederecho.org/.

153 Entendido como método dialéctico de debate entre dos partes, actuando en un plano de igualdad, ante un tercero impartial, imparcial e independiente. Alvarado Velloso, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 1., 1992.

Así los Tratados y Convenciones de carácter supralegal refieren un mínimo o estándar de garantías jurisdiccionales que conforman además la garantía del debido proceso legal, que no puede ser soslayado por las normas infraconstitucionales y que constituyen el marco de interpretación de las decisiones judiciales.[154] Esto es en definitiva, la tutela judicial efectiva.

Efectivamente, el Estado asumió el compromiso internacional de adecuar su derecho interno a este nuevo paradigma del derecho, con lo cual, toda evolución del Derecho Procesal deberá apuntar a los principios republicanos y democráticos, es decir a la Constitución misma, como medio de alcanzar la paz social.

Es indispensable en este contexto, que exige respuestas concretas, sencillas y expeditivas en protección de la dignidad humana, prescindir de meros tecnicismos que por el contrario producen el fracaso en la tutela de los derechos. En virtud de la doctrina de protección integral que considera a los niños como sujetos de derecho y que, como personas humanas tienen iguales derechos que todas las personas, a fin de garantizar el acceso a la justicia en defensa de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, hoy se exigen nociones amplias y asegurativas de la tutela jurisdiccional de sus derechos humanos.

II. ACCESO A LA JUSTICIA Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA PROGRESIVA.

La tutela judicial efectiva de las niña, niños y adolescentes, si bien ya prevista con anterioridad en los tratados internacionales de derechos humanos, encuentra su consagración normativa fundamental en la Convención sobre los Derechos del Niño,[155] lográndo mayor desarrollo y

---

154 Gozaíni, Osvaldo A.: El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la Magistratura Constitucional. En Cuestiones Constitucionales Núm. 7 julio-diciembre 2002. http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/vie /2061.

155 CDN art. 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en

dimensión en nuestro país, a través de las estipulaciones de la Ley 26.061 que reconoce un mínimo de garantías jurisdiccionales que dan lugar a una verdadera defensa material y técnica de los niños y adolescentes.

Efectivamente, la Convención a través de su artículo 12, reconoce el derecho de los niños "que estén en condiciones de formarse un juicio propio" a expresar su opinión, que la misma sea tenida en cuenta en todas las decisiones que los afecten en función de su edad y madurez y a ser oídos en cualquier instancia en forma directa o a través de representantes o de un órgano apropiado, todo conforme las leyes de procedimiento local (defensa material). En una primera lectura, podía considerarse que tales derechos se encontraban condicionados a una restricción etaria, controversia superada a partir del dictado de la Ley 26.061.

Precisamente, esta ley en su artículo 27 reconoce respecto de los procedimientos judiciales – y administrativos – además de los derechos contemplados en la Constitución Nacional, en la Convención de los Derechos del Niño, Tratados Internacionales ratificados por la República Argentina y demás leyes afines, el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que lo soliciten; a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte; a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento, en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que los patrocine; participar activamente en todo el procedimiento y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que los afecte (defensa técnica).

Todo lo cual en su conjunto, constituye la garantía de tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes, comprensiva del derecho de acceso a la justicia, a obtener una sentencia fundada en derecho y en un plazo

---

particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

razonable, derecho a manifestar y defender la pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, derecho a ofrecer pruebas oportunas y admisibles, derecho a interponer recursos, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, en definitiva, a un debido proceso legal.

A tal fin, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 17 del 28 de agosto de 2002, punto 98 expresó que, "*En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.*"[156]

Sentado ello, no nos cabe duda al respecto que, a partir de dichas previsiones, no existe restricción alguna en base a edad o capacidad progresiva.[157]

Ahora bien, cabe distinguir dos cuestiones fundamentales, por un lado el tema relativo al derecho a ser oído y, por el otro, el derecho a participar activamente en el procedimiento.

En efecto, respecto de la primera cuestión, entendemos que garantizar el acceso a la justicia de los niños implica su derecho a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que lo requieran, en opinión personal, sin distinción de edad, y no sujeto a discrecionalidad judicial o administrativa sobre su conveniencia (art. 24 inc. a. L. 26.061), este derecho significa dar su propia opinión más allá de la de cualquier adulto. Por otra parte, una vez oído, el niño tiene derecho a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta en cualquier decisión que se tome a su respecto, y esto sí conforme su edad y

156 http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm

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

grado de madurez (principio de capacidad progresiva art. 24 inc. b. L 26.061),[158] lo que a su vez debe ser interpretado y valorado a la luz del principio rector del interés superior del niño (art. 3 Ley 26.061).[159]

En lo que atañe a la participación activa de los niños en el procedimiento, compartimos el criterio por el cual se considera el "*reconocimiento de un estatus especial*" del niño al respecto, mediante el cual, "*en su carácter de parte* (procesal), *está facultado para actuar en cualquier proceso e instancia,*"[160] y a "*contar con una representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle*".[161]

Al respecto ha dicho la Corte Interamericana en la referida opinión consultiva N°17/2002, punto 102, "*En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.*

---

158 Ley 26.061 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.

159 Ley 26.061 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.

160 Gil Dominguez, Andrés – Famá, M. Victoria – Herrera, Marisa; "*Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia",* comentada, anotada, concordada*;* 1a. ed., Bs. As., Ediar, 2007, p. 454.

161 Gozaíni, Osvaldo; "*El niño y el adolescente en el proceso"*; LL, 09/08/2012, 4. Comentario fallo CSJN "M. G. c/ P.C.A.", 26-06-2012.

En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso".

Sin embargo, nuestro sistema legal sustancial y procesal, no se ha adecuado aún conforme la doctrina constitucional de la protección integral de la niñez y adolescencia, corriendo grave riesgo la tutela judicial efectiva de los derechos de los niños y adolescentes. Veamos al respecto algunos conceptos.

Partiendo de la noción de que es "parte" aquél "*que debe sufrir o gozar de los efectos de la sentencia de mérito en un caso concreto*",[162] tenemos que para el Derecho Procesal, se requiere "capacidad procesal" para actuar en el proceso, y en tal sentido distinguimos entonces la "*capacidad jurídica para ser parte procesal*" que la tiene toda persona física desde el momento de la concepción hasta la declaración o comprobación de su muerte, y las personas jurídicas conforme la regulación legal correspondiente; y la "*capacidad procesal"* es decir la aptitud que debe tener la parte para actuar personalmente y por sí mismo en un proceso.[163]

Conforme ello y en lo que respecta estrictamente a los niños, y de acuerdo a la regulación establecida en el Código Civil de la Nación, no tendrían dicha capacidad procesal los niños que el Código define como "menores impúberes" (art. 54) esto es, los menores de catorce (14) años de manera absoluta, y relativa los "menores adultos", esto es los que fueren de esta edad hasta dieciocho (18) años (art. 127 L. 26.579).

Resumiendo, los niños menores de catorce años tendrían capacidad jurídica para ser parte en el proceso, pero no tendrían capacidad procesal para actuar por sí mismos, sino a través de sus representantes legales.

Ciertamente esto último se encuentra en franca contradicción con el nuevo sistema jurídico de protección integral de la niñez y adolescencia.

Efectivamente, la doctrina y la jurisprudencia se encuentra dividida en cuanto a considerar que a partir del dictado de la Ley 26.061 se han derogado

162 Alvarado Velloso, Adolfo; "*Lecciones de Derecho Procesal Civil",* con colaboración de Andrea Meroi, 1a. Ed. Juris, Rosario, 2009, p. 234.
163 Ibidem, p. 228 y sgts.

los artículos del Código Civil referentes a la categorización de los "menores" por franja etaria.[164]

Si consideramos, que tanto la Convención como la Ley de Protección Integral, no realizan categorización por edades específicas, sino que por el contrario han establecido el principio de capacidad progresiva, esto es valorar la opinión de los niños y en su caso la participación de los mismos en el proceso, conforme su grado de madurez y desarrollo, sin lugar a dudas se debe concluir que tales categorizaciones del Código Civil han devenido inconstitucionales.[165]

Definitivamente, el principio de autonomía progresiva consagrado primeramente por la Convención de los Derechos del Niño, ha venido a reformular todo el sistema de capacidad del Código Civil, teniéndose por tanto que, en función de dicho principio, el niño ya no es un incapaz absoluto para ejercer sus derechos, más allá de la debida representación legal que no se ha visto afectada al respecto.[166]

III. LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO Y EL PRINCIPIO RECTOR DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

El Código Civil prevé un sistema de representación legal para los "*menores*" (niñas, niños y adolescentes en la terminología de la doctrina de la protección integral) atento la falta de capacidad para realizar actos por sí mismos que referíamos (padres, tutores, curadores). Al mismo tiempo se

---

164 Criterio de vigencia de la CSJN; de la Sala K de la Cámara Nacional Civil: designación de su abogado solo si el niño ha cumplido los 14 años de edad (arts. 54; 55 y 921 del C.C.) además, la representación legal del menor sumada a la intervención del asesor de menores, torna improcedente la designación de abogado de confianza pues los intereses y derechos del niño se encuentran ampliamente protegidos y garantizados Criterio de la sala C.

165 No compartimos el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reciente fallo, por el cual se ha dicho que las normas del Código Civil que establecen la distinción entre menores impúberes y adultos no se encuentra derogadas por la Ley 26.061 y son plenamente vigentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS) 26/06/2012 "M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M." LA LEY 24/07/2012, 24/07/2012, 7 - LA LEY 08/08/2012 , 5, con nota de Osvaldo Alfredo Gozaíni; AR/JUR/27892/2012Tal posición implica sostener que el niño no puede ser parte en el proceso

166 Perez Manrique, Ricardo C.; "*Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes".* ponencia presentada en el II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, Universidad de Buenos Aires, días 24 y 25 de agosto de 2006. "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 9 p. 251 UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia www.unicef.cl

establece la representación promiscua del Ministerio Público, complementaria o autónoma.[167] Sumado a ello, la ley establece la posibilidad de designarle a los "*menores",* un tutor ad litem, como tutela especial para la representación de los menores de edad en un determinado proceso judicial (arts. 61, 397 C.C.).

Ahora bien, conforme el sistema instaurado a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral, a este régimen del Código Civil se agrega, la figura del llamado "abogado del niño", esto es, el debido patrocinio letrado de los niños, a efectos de la defensa técnica de sus derechos en el procedimiento judicial, para lo cual se exige una reformulación del concepto de legitimación procesal para su efectiva incorporación al proceso. Precisamente, garantizar el acceso a la Justicia significa también, que las normas contemplen mayor amplitud en la regulación de la legitimación activa en franca coherencia con el sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes, que es precisamente nuestra propuesta.

Coincidimos con Solari, en cuanto a que de conformidad con las disposiciones constitucionales y de la ley 26.061, se exige que el abogado del niño actúe en condición de parte legítima en el proceso, patrocinando al niño en su carácter de tal. Todo ello, sin perjuicio de la representación legal, necesaria y promiscua."[168] Concretamente, el abogado del niño no cumpliría una función de representación, sino que actuaría como letrado patrocinante del niño y no en lugar del niño. De este modo se asegura la activa participación del niño en el proceso, a través de la defensa técnica de su

167 Complementaria con los padres o el tutor, o de manera autónoma por omisión o defecto en la representación ejercida por los padres o el tutor.

168 Solari, Nestor. *"El derecho del niño al patrocinio letrado";* DJ2007-I, 602. Comentario fallo CNACiv. Sala K, 28-09-2006, "R. M. A."

abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad. [169]

Para un criterio restringido, la actuación del abogado del niño no será en todos los procesos, sino exclusivamente en aquellos en los que se presenten conflictos u oposición de intereses de los padres o el tutor con el niño, o de ausencia de representantes necesarios, o ante el pedido mismo del niño en su caso.[170]

En posición más amplia se sostiene que corresponde designar abogado del niño aún en las hipótesis de falta de conflicto o intereses coincidentes entre los adultos y el niño.[171]

Por su parte, el decreto reglamentario de la Ley 26.061 establece respecto del art. 27 de la ley, que el niño puede designar un abogado de su confianza sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Es clara entonces la diferencia entre uno y otro: el Ministerio Público encarna una visión desde lo adulto respecto del interés superior del niño, mientras que el abogado del niño encarna una visión del niño, de su propio mejor interés.

Ahora bien, puede el niño por sí mismo designar su abogado de confianza? Si analizamos la cuestión desde la óptica de la doctrina de la protección integral, la respuesta es afirmativa sin lugar a dudas. No obstante en doctrina y jurisprudencia se discrepa en cuanto a si se aplica el principio de capacidad progresiva para decidir la designación, conforme Convención,[172] o si se aplican las normas del Código Civil.[173]

---

169 Moreno, Gustavo Daniel, "*La Participación del Niño en los Procesos a través del abogado del niño*". Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 35, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 56 y ss.

170 Ibidem.

171 Perez Manrique, R.C., op. Cit.

172 Criterio establecido en la resolución 1234 de la Defensoría General de la Nación y de la sala B de la CNA., esta postura confunde el abogado del niño con el tutor ad litem.

173 La CSJN, ha sostenido recientemente que "las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es por ello que, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, y no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos —art. 54 inc. 2 del Código Civil—". Por su parte se ha expresado en doctrina: "... el derecho a ser oído como el del patrocinio

Señala Gozaíni, que considerando la finalidad de la Ley 26.061 de garantizar la participación del niño en el proceso, a través de un letrado de confianza que lo asista, ejercer su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, la designación del abogado debe ser suplida por un adulto o persona mayor, pues la ley no exige una edad determinada para el cumplimiento de esta garantía, de lo contrario se le estarían conculcando al niño garantías jurisdiccionales del debido proceso legal (art. 18 CN). Que conforme el principio rector del interés superior del niño (art. 3 Ley 26.061) y de autonomía progresiva (art. 5 CDN), la presunción del art. 921 del Código Civil que establece la edad para el discernimiento de los actos lícitos, es juris tantum, por tanto es viable la elección directa del abogado por el niño menor de catorce años en función de su discernimiento y grado de madurez. Agrega que, formalmente, la designación proviene del juez que advierte la necesidad de una asistencia especializada ante un determinado conflicto entre los adultos y el niño, en función de su interés superior, al mismo tiempo que puede provenir el pedido de designación, de los propios padres o el Ministerio Público. [174]

Por su parte, Solari expresa "el derecho a tener un abogado en el procedimiento judicial es de todo niño, cualquiera fuese su edad, tanto en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño como en la ley 26.061. Por lo demás, su condición de sujeto de derecho exige tal asistencia técnica". Continúa, "La imposibilidad de elegir por derecho propio un abogado no significa privarlo de la defensa técnica. En tal situación la elección corresponderá a una tercera persona... la ley le debe garantizar un abogado en todo procedimiento judicial".[175]

---

letrado debe ser respetado cualquiera fuera la edad del niño. Lo que cambia, en todo caso, es la consideración subjetiva que va a adoptar el juzgador y no la viabilidad de tales derechos. La asistencia de un letrado especializado no está condicionada a la edad del niño pues constituye una garantía mínima del procedimiento. La capacidad progresiva del sujeto se refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho a contar con un abogado." Solari, Nestor. op. Cit.

174 Gozaíni, O. op. Cit.

175 Solari, N. op. Cit.

En definitiva, como advierte este autor, subsisten dos sistemas absolutamente contradictorios: el sistema tutelar del Código Civil y el sistema de derechos y garantías de la doctrina de protección integral, "debiendo garantizarse y efectivizarse el sistema introducido por las disposiciones constitucionales".[176]

De manera tal que, el derecho a la asistencia letrada de los niños en cualquier procedimiento, hace a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, por lo que toda norma que limite o impida la incorporación del defensor del niño al proceso contrariando los postulados de la doctrina de protección integral, que establece una noción ampliada de legitimación procesal, deberán ser declaradas inconstitucionales en función del interés superior del niño (art. 3 CDN).[177]

Sostiene Cillero Bruñol precisamente, que este principio rector que estatuye la Convención es un principio jurídico garantista. La Convención "formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos."[178] Concluye el autor que es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos;es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la

176 Ibidem.

177 CDN Artículo 3 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. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

178 Cillero Bruñol, Miguel. "*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño*". "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 9 p. 125 UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, www.unicef.cl

formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico
de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas,
al perfeccionamiento de la vida democrática."[179]

Por su parte Perez Manrique expresa "El interés superior del niño en el plano de los derechos como lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye así un principio de interpretación de la norma que apoya a la dilucidación de conflictos entre los niños y el mundo adulto y de los niños entre sí. Se parte del concepto del interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos."[180] Y así lo entendemos y proponemos.

IV. EL INTERES COLECTIVO DE LA DEFENSA DE LOS NIÑOS.

La Ley 26.061 estatuye una acción colectiva para la defensa de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, reconociendo legitimación procesal a cualquier titular del derecho colectivo a la defensa de la legalidad constitucional del sistema de los derechos fundamentales y humanos de la niñez y adolescencia.[181]

En efecto, el art. 1°, tercer párrafo, prescribe: "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."

Se considera así a la defensa de la legalidad constitucional un derecho colectivo, de manera tal que ante cualquier vulneración de los derechos fundamentales que se reconocen, cualquier persona titular de derechos queda legitimada para acceder a la justicia en procura de restablecerlos. De este

179 Cillero Bruñol, M. op. Cit.
180 Perez Manrique, R.C. op. Cit.
181 Gil Dominguez, Famá y Herrera, "*Ley de protección integral...*" op. Cit.

modo se garantiza la existencia misma del Estado Constitucional de Derecho.[182]

La legitimación activa a estos efectos proviene de la propia regla de reconocimiento constitucional.[183] Efectivamente, a partir de la Convención de los derechos del niño y la sanción de la Ley 26.061, el sistema de la defensa de los derechos de la niñez y adolescencia, reconoce a la niñez como derecho fundamental, humano y prioritario reposando en una amplia legitimación activa de "todo ciudadano" y tornándose la defensa de los niños en un interés colectivo.[184]

El análisis de los derechos supraindividuales excede el objetivo del presente trabajo, no obstante simplemente acotaremos que con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 la jurisprudencia y la doctrina no reconocían legitimación procesal a quienes no detentaran un interés directo y excluyente. Con posterioridad a la reforma, señala Meroi, que tanto jurisprudencia como doctrina están "acercando sus pareceres en torno a la legitimación en los casos de tutela de intereses supraindividuales, reconociéndose la relevancia de estos intereses y legitimación extraordinaria a determinados sujetos para su tutela."[185]

Queda mucho camino por recorrer al respecto, pero lo cierto es que el derecho a la jurisdicción, no puede ser negado bajo la exigencia de la titularidad de un derecho subjetivo, resaltando que *derecho que no puede ejercerse no es derecho.*

V. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

---

182 Ibidem.

183 Ibidem.

184 Amoreo, M. Cristina. "*Cuestiones prácticas de la figura del menor en el proceso. Capacidad, madurez y derecho a representación".* DFyP //2010 (enero, 01/01/2010, 203.

185 Meroi, Andrea. "*Procesos colectivos. Recepción y problemas",* 1a. ed. Sta. Fe, Rubinzal Culzoni 2008, p. 202 y sgts.

El proyecto establece como Principio General de los procesos de familia entre otros, al de la Tutela Judicial Efectiva (art. 706). Más allá de considerar que la regulación procesal es ajena a la Nación, por ser materia no delegada por parte de las Provincias (art. 75; 121 CN), cabe referirse a las previsiones del Proyecto de código unificado respecto del tema que nos convoca, y en tal sentido destacar la notable preocupación del legislador por facilitar el acceso a la justicia por parte de los vulnerables, como son los niños, y así lo prevé expresamente en la norma señalada. Criterio que se comparte y se postula en opinión personal, considerando al respecto, que la amplitud del concepto de legitimación que pretendemos, debe ser reconocido primeramente por la norma sustancial.

Coherente con todo ello, el Proyecto prevé la participación en el proceso de las niñas, niños y adolescentes , a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta en los procesos que los afecten directamente (art. 707), no obstante solo en aquellos que alcancen edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, consideramos, en franca contradicción con la Doctrina de la Protección Integral, que no distingue por edades sino en base al principio de autonomía progresiva. Pudiendo participar con asistencia letrada solo en situaciones de conflicto de intereses (art. 26 segundo párrafo). A pesar de lo establecido en su art. 26 tercer párrafo en cuanto a que toda persona menor de edad (esto es 18 años art. 25) tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Al igual que en el régimen actual reconoce la representacion legal de los menores de edad por parte de sus padres (art. 101) y prevé la representación principal y complementaria del ministerio publico (art. 103).

A su turno, establece en la normativa referente a Adopción, como Principios Generales el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, *conforme su edad y grado de madurez*, siendo obligatorio su "*consentimiento*" a partir de los diez (10) años de edad (art. 595 inc. f). Comentario al respecto que se posterga por exceder las pretensiones del

presente trabajo. Asimismo se reconoce al niño como "parte" en el procedimiento de declaración judicial de la situación de adoptabilidad, con asistencia letrada, pero de manera limitada a su edad y grado de madurez (art. 608 inc a). Reiteramos, esto totalmente opuesto a la Doctrina de Protección Integral, es decir a la propia Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral N° 26.061.

Por otra parte es dable destacar, que se incorporan expresamente el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva (art. 14), entre los que comprendemos a la niñez, en coherencia con las previsiones señaladas del art. 1° Ley 26.061.

VI. CONCLUSIONES

I. La garantía de tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes, comprende el derecho de acceso a la justicia, a obtener una sentencia fundada en derecho y en un plazo razonable, derecho a manifestar y defender la pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, derecho a ofrecer pruebas oportunas y admisibles, derecho a interponer recursos, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, en definitiva, a un debido proceso legal donde la niña, niño o adolescente debe ser considerado "parte".

II. El actual paradigma de protección integral de la niñez y adolescencia, vigente desde la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce a los niños como sujeto pleno de derechos, previendo a tal fin un sistema de garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de la tutela efectiva de sus derechos fundamentales, sin distingo de edades y capacidades, todo lo cual exige necesariamente la adecuación de normas internas tanto sustantivas como procesales, a los fines de asegurar dicho cumplimiento.

III. La Convención de los Derechos del Niño (arts. 3, 5; 12) y la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y

Adolescentes N° 26.061[186] (arts. 3, 24, 27), contemplan un nuevo enfoque respecto del niño en el proceso, su derecho a ser oído y su opinión tenida en cuenta conforme su madurez y grado de desarrollo; a participar activamente en los procedimientos que los afecten, contando con adecuada representación y asistencia letrada especializada, exigen de manera tal, que el niño deba ser tenido como "parte" en el proceso.

IV. Las niñas, niños y adolescentes, considerados como sujeto pleno de derecho tienen derecho a ser asistidos en el proceso a través de un defensor, preferentemente especializado en niñez, sin requerir limitación ni franja etaria alguna conforme la Doctrina de la Protección Integral.

V. Garantizar el acceso a la justicia de los niños y adolescentes significa dotar de mayor amplitud al concepto de legitimación activa a través del ordenamiento jurídico sustancial y procesal.

VI. La noción de legitimación amplia ha sido plasmada en el art. 1° de la Ley N° 26.061, que en su párrafo tercero prevé una acción colectiva "*a fin de restaurar el ejercicio y goce* " de los derechos reconocidos por esta ley y los Tratados Internacionales respectivos , en función del principio de máxima exigibilidad e interés superior del niño. Reconociendo de este modo, legitimación procesal a "*todo ciudadano*" como titular del "derecho colectivo de defensa de la legalidad constitucional" de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, "*a través de medidas expeditas y eficaces*".

VII. Toda norma que tenga como fundamento el rechazo de la legitimación del defensor del niño, por ende contraria a los postulados de la Doctrina de la Protección integral de la niñez y adolescencia, debe ser considerada inconstitucional en el actual paradigma del Estado Constitucional de Derecho y en función del principio rector del interés superior del niño (art. 3 CDN). Lo contrario implica la negación de un derecho fundamental en razón de las formas.

186 Pub. B.O. 26-10-2005.

TEMA:

MODIFICACIÓN DE LA CUOTA POR ASISTENCIA ALIMENTARIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

COMISIÓN Nº 2:

Derechos Humanos, Familia, Niñez, Adolescencia y Justicia

SUBTEMA: c- Divorcio – separación: Alimentos – Tenencia – Tenencia compartida. ¿Alienación parental?

AUTORES:

JULIAN EMIL JALIL

(Juez Civil Comodoro Rivadavia)

CAROLINA VAN DOMSELAAR

(Funcionaria de la Asesora de Familia Puerto Madryn)

SINTESIS DE LA PONENCIA:

El objetivo de este trabajo es establecer aquellos aspectos a ponderar para la procedencia del aumento o la disminución de una cuota alimentaria ya pactada o impuesta por el obligado, y la importancia de probar las circunstancias fácticas que ameritan la modificación de la situación jurídica, convirtiendo en viable la pretensión del alimentante o en su caso del alimentado.

El derecho alimentario es reconocido por la jurisprudencia argentina como el derecho humano fundamental que permite a los niños, niñas y adolescentes satisfacer la mayoría de los demás derechos que le son reconocidos constitucionalmente.

En el ámbito interno el art. 267 del Código Civil Argentino establece que la asistencia alimentaria es uno de los deberes impuestos a los padres como contenido de la patria potestad y comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad.

De igual modo el art. 271 del mismo Código impone a ambos padres la obligación de prestar alimentos para sus hijos en caso de separación, no obstante ser la tenencia ejercida por uno de ellos.

En relación este tema, la Convención sobre los Derechos del Niño, Tratado internacional de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), en el art. 27 reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado a su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y establece que es a los padres del niño a quienes les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Por último, recordemos que el art. 3 de la citada Convención establece que en todas las medidas concernientes a los niños que adopten los tribunales se tendrá como primordial consideración el “interés superior del niño”, entendido éste como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos (art. 3 ley 26.061).

Teniendo estas normas como premisa nos adentraremos al análisis de las circunstancias que habilitan la modificación de una cuota por asistencia alimentaria ya pactada.

El acuerdo de alimentos y las prestaciones que derivan del mismo revisten un carácter de estricto contenido provisorio, ya que se establecen atendiendo a las circunstancias que viven las partes al momento celebrarlo. Como apunta MAZZINGHI "...la extensión de dicha prestación depende de las circunstancias personales del marido..." no obstante lo expuesto, la realidad fáctica financiera alegada debe ser estimada o apreciada en torno a la documental aportada por quién entiende que la misma ha sufrido una alteración o transformación disvaliosa que amerite una mutación de lo previsto en el respectivo convenio, porque como bien ha reseñado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil "...si bien los convenios de alimentos poseen una naturaleza esencialmente provisional, para modificar la cuota pactada es necesario que se aporten elementos que demuestren que han variado los presupuestos de hecho que se tuvieron en cuenta para establecerla...".

La obligación alimentaria que emerge de un acuerdo, deviene de un gen consensual que reposa en la interrelación de voluntades de las partes, ello vigoriza su firmeza y estabilidad, porque el deber jurídico impuesto deriva del acto volitivo de quien lo asume y porque genera la presunción de su debido cumplimiento, así explica SOLARI que "...cuando el monto de la cuota alimentaria ha sido fijada por las partes, de común acuerdo, la pretensión posterior de modificación unilateral de la misma ha de interpretarse en forma más rigurosa, en virtud de que si el alimentante voluntariamente ha aceptado un monto determinado es porque está en condiciones de hacer frente a la misma...".

De esta manera, y siendo la libertad el estigma en donde reposa la causa eficiente de la prestación, debe existir una prueba cabal y contundente que amerite la solicitud de disminución porque admitir el razonamiento contrario sería repeler los aspectos dogmáticos en los que se sustenta la teoría de los actos propios, así enseña ARAZI que "...convenida libremente por las partes la

cuota alimentaria, para que proceda la reducción es necesario acreditar fehacientemente una sensible disminución de los ingresos del obligado, en relación al tiempo de la convención anterior...", este es el criterio que ha seguido la jurisprudencia en forma sistemática, así se ha dicho que "...a los fines de que proceda la reducción de la cuota alimentaria que fuera convenida libremente por las partes resulta necesario que el alimentante acredite fehacientemente la disminución de sus ingresos, la merma en las necesidades del alimentado o la equivalencia de los ingresos de ambos..." .

La obligación alimentaria tiene en miras el status de vida y el sustento de las necesidades del hijo, por ello la apreciación que realicen los magistrados sobre su cuantía, siempre que se adecue a la prueba aportada y denote una percepción prudente y objetiva de las circunstancias en las que se encuentra el alimentado, no debe ser materia de nueva revisión jurisdiccional.

En este sentido se ha advertido que "... la índole peculiar de la obligación alimentaria originada en la satisfacción de necesidades vitales, le comunica al instituto una fisonomía propia de la que se desprende el carácter de orden público que reviste, regulación que abarca en general al derecho de familia. Por ello, se estará a la cuota alimentaria fijada por la jueza de grado, dado que responde a una apreciación prudente y objetiva de la situación por la que transitan los alimentados, de modo que los agravios formulados no han de prosperar confirmándose...".

Por su parte, el aumento de los ingresos del alimentante meritúa el acrecimiento de la cuota alimentaria porque la misma se encuentra en correcta relación con el caudal económico del alimentante y las necesidades del hijo. Como ha sostenido la jurisprudencia "... frente a una superlativa mejora en los ingresos del alimentante, resulta saludable que la cuota alimentaria se incremente en una proporción que permita mejorar la situación de los menores alimentados más allá de lo estrictamente necesario, como forma de participar de la holgura que permite la coyuntura económica que vive

el padre..." es decir, se debe producir un incremento de la misma que se adecue a las percepciones dinerarias del alimentante en sus diferentes empleos, adquiriendo dicho porcentual una genuina correlación entre la capacidad económica del alimentante y el aporte alimentario.

Para determinar la proporción de incremento el juez debe sustentarse en la prueba aportada por las partes, siendo discrecional de éste, admitir los argumentos o rechazarlos, obviamente con una crítica argumental valedera y razonada.

Otra situación fáctica que podría afectar la cuota alimentaria ya pactada es el nacimiento de un nuevo hijo del obligado. Al respecto se ha dicho que "... la existencia de menores trae aparejada una mayor dosis de sacrificio y de renunciamiento por parte de quienes tiene el deber legal y moral de mantener su subsistencia, por tanto, la insuficiencia de recursos o el aumento de los gastos provocado por el nacimiento de un hijo habido de un nuevo matrimonio son argumentos insuficientes para que prospere la pretensión de disminución de la cuota alimentaria...".

Si existe un convenio de alimentos, en principio, la nueva familia del alimentante "...no puede justificar la disminución de la cuota alimentaria que se comprometió por convenio a aportar a su anterior descendencia, pues tal circunstancia no puede alterar ni perjudicar las obligaciones legales que a ésta le asisten...", porque se debe tener presente que ello forma parte del marco de previsibilidad en el que debió apoyarse el alimentante al momento de suscribir el convenio. No obstante ello, pueden existir circunstancias que lo permitan pero las mismas deben ser apreciadas con cierta rigidez.

En el caso de que los alimentos hayan sido fijados por el juez la cuestión debe apreciarse con menor rigurosidad, porque no caben dudas que la existencia de un nuevo hijo modifica los cimientos en las que se postuló la base alimentaria y esa situación no puede ser desconocida como tal, en ese sentido ha dicho la Cámara Nacional que "... la existencia de otro hijo a cargo

del alimentante, es un elemento de juicio a tomar en cuenta para determinar el monto de la cuota alimentaria..." así, si las condiciones económicas se han modificado y la situación patrimonial ha disminuido de tal manera que el afrontamiento de esa cuota se torna imposible, será necesario el amoldamiento de ésta a las circunstancias fácticas, porque "...la cuota alimentaria no puede apartarse de la realidad económica del alimentante...", máxime teniendo en cuenta que ésta podría afectar los derechos de los otros hijos.

Por su parte, una circunstancia que ineludiblemente acontece es el crecimiento de los hijos. Resulta un hecho notorio, que no requiere de evidencias que lo acrediten, la circunstancia de que el aumento de edad del hijo genera un gasto de vida mayor, así la Sala C de la Cámara Nacional Civil sostuvo que "...la mayor edad del menor hace presumir aun en ausencia de prueba aumento de gastos referidos a la alimentación, el vestido y las erogaciones tendientes a satisfacer su vida de relación...", a nuestro modo de ver, esto es más que una presunción, es una certeza, lo cierto es que el interesado deberá probar el quantum del aumento de las erogaciones, así la Sala K de la Cámara Nacional ha señalado que "...corresponde tener en cuenta en un proceso por reducción de cuota alimentaria que la mayor edad de los alimentados ocasiona un incremento de los gastos debido a sus necesidades sin que se deba producir prueba concreta al respecto..." .

Los eventos que se apuntan para la disminución o el aumento de la cuota alimentaria deben ser debidamente probados a la luz de las constancias aportadas al expediente, entonces, es menester probar que se ha producido un hecho determinante que ha variado considerablemente la situación patrimonial que motivó la causa eficiente obligacional, así se ha sostenido que "...el aumento, disminución y cesación de la cuota alimentaria requiere una modificación en los presupuestos de hecho sobre cuya base se estableció la

pensión y su monto, quedando a cargo de quien la pretende la prueba fehaciente de aquellos extremos...".

En este orden de ideas, no basta a tal fin la mención de actos tales como el cierre de un establecimiento comercial, la pérdida de clientela, el cambio de rubro, el cambio del lugar de trabajo (etc.), porque ello no denota certeramente dichas circunstancias, es decir, como ha sostenido la jurisprudencia nacional "...no resulta procedente la reducción de la cuota alimentaria si el recurrente no demostró las concretas circunstancias desfavorables que comportaron una apreciable reducción de sus ingresos o en su actividad económica...".

Entonces, es necesario constatar la modificación real del estado patrimonial como así mismo los sucesos, eventos o acontecimientos patrimoniales que llevaron por ejemplo al cierre del giro comercial indicado, máxime cuando la situación dominial del alimentante permita disponer o dirigir el destino de los establecimientos mercantiles, en este sentido se ha dicho que "...es inadmisible la pretensión de que se reduzca la cuota alimentaria convenida a favor de los hijos menores del alimentante con fundamento en la disminución de sus ingresos, pues el alimentante no acreditó una alteración sustancial de las circunstancias de carácter patrimonial que fueron tenidas en miras al tiempo de la celebración del acuerdo originario..."

Asimismo, el hecho de que exista una imposibilidad material de demostrar el ingreso exacto del recurrente tampoco modifica la posición que venimos pregonando, de esta manera se ha sostenido que "...la imposibilidad de justificar fehacientemente los ingresos del obligado al pago de alimentos no obsta la determinación de la cuota alimentaria, desde que a tal fin se admite uniformemente el empleo de la prueba de presunciones, la que debe ser apreciada con criterio amplio, favorable a la prestación que se persigue...", y

menos aun cuando la obligación alimentaría tiene una fuente convencional porque recae una presunción de inalterabilidad de la situación patrimonial.

La libre voluntad al momento de gestación del acuerdo homologado y su consecuente obligación prestacional genera una presunción en torno a la convicción que llevó al alimentante a suscribirla, por ello, los elementos que permitan inferir una modificación de lo pactado en el convenio deben ser convincentes, categóricos y precisos, es decir, que den cabal cuenta de un estado patrimonial desfavorable.

Como dijimos, no basta la acreditación en torno a la extracción del activo personal de uno o más negocios comerciales, es imperioso describir y probar la variación de la circunstancias fácticas, en este orden de ideas explica Bossert que "...solo procederá el pedido de modificación, aumento o reducción o cese de la cuota fijada en sentencia o convenio, si ha habido, posteriormente, una variación de los presupuestos de hecho que se tuvieron en cuenta para establecerla...", en igual sentido se dijo que para que proceda la disminución de la cuota alimentaria "...debe probarse que se ha modificado la situación de hecho que se tuvo en cuenta a la época de dictarse sentencia o cuando se suscribió el convenio de alimentos...", además es necesaria la correcta relación de los elementos objetivos aportados al expediente con las circunstancias que se intentan probar, es decir, constituye carga del alimentante acreditar la variación patrimonial que ha sufrido independientemente del hecho objetivo del cierre de los establecimientos mercantiles, de esta manera, la jurisprudencia ha manifestado que "...es improcedente el pedido de reducción de la cuota alimentaria fijada por sentencia, si no fue acreditado por el alimentante —como era su carga— la variación patrimonial como consecuencia de haber cesado la actividad que desarrollaba...", entonces como advierte Solari, "....debe exigirse una prueba contundente en tal sentido, pues en caso de duda tendrá que prevalecer el monto que se viene devengando....".

Para poder sostener la disminución o el no aumento de la cuota alimentaria por disminución de los haberes del alimentante es menester que ello sea especialmente acreditado, así la Corte de Mendoza dijo que "...es procedente el incidente de aumento de cuota alimentaria, toda vez que el demandado no ha invocado la imposibilidad material de hacer frente al aumento acordado ya que no se encuentra acreditada una disminución en sus ingresos...".

La existencia de un ingreso no significativo en el haber conforme la actividad laboral desarrollada, tampoco puede ser considerado una prueba cabal de la disminución patrimonial porque ella debe ser analizada en su contexto global y de conformidad con las potencialidades fácticas del alimentante, como explican Ventura y Stilerman "...el concepto de posibilidad comprende no sólo los ingresos del obligado, sino también su aptitud potencial para lograrlos y su situación patrimonial...", y aun cuando exista una disminución real de los ingresos, ello tampoco se constituye per se una causa determinante que amerite la reducción de la cuota alimentaria, porque la alteración de esa situación jurídica solo podrá sustentarse acreditando la imposibilidad de mantener la prestación establecida, así sostiene Bedrossian que "...pueden existir casos en que los ingresos del alimentante sufran una disminución pero que de todas maneras esto no implique la imposibilidad de afrontar el pago de la cuota fijada por acuerdo o por sentencia, por lo tanto cuando se presentan esta clase de situaciones, antes de reducir la cuota se debe acudir al límite de la posibilidad y si éste es trasvasado, recién allí conceder el pedido. El corolario de lo recientemente apuntado es que el obligado deberá acreditar en juicio la disminución de sus ingresos pero también la derivación en imposibilidad fáctica de mantener la prestación establecida...".

A modo de conclusión, sentaremos las premisas que derivan del razonamiento precedentemente expuesto con relación a la modificación de la cuota alimentaria:

1. La obligación alimentaria que emerge de un convenio, deviene de un gen consensual que reposa en la interrelación de voluntades de las partes, ello vigoriza su firmeza y estabilidad, porque el deber jurídico impuesto deriva del acto volitivo de quien lo asume, entonces su disminución debe ser analizada con criterio restrictivo.

2. La cuantía establecida por el juez de primera instancia goza de permanencia, siempre que se correlacione con la realidad familiar circundante, la cual se exterioriza a través de las constancias aportadas al expediente. Para su modificación es menester demostrar una variación de las circunstancias en las que se fundamentó su implementación.

3. El aumento de los ingresos del alimentante genera el acrecimiento del monto de la cuota alimentaria, la prueba de éste constituye un requisito ineludible para su viabilidad. Existiendo en nuestro país una gran cantidad de empleo en negro, rige en este sentido un criterio amplio probatorio.

4. La existencia de un nuevo hijo o de una nueva familia, en principio no es causa suficiente para que proceda la disminución de la cuota alimentaria, porque en un mundo adulto y maduro nadie puede alegar que desconocía las consecuencias de sus actos, por lo tanto ellos no pueden servir de excusa para morigerar una situación jurídica preexistente máxime cuando lo que está en juego es ni más ni menos

que un derecho alimentario que requiere de una máxima diligencia. (Art. 902 del Cód. Civ.).

5. La mayor edad del hijo y el consecuente incremento de los gastos de éste constituyen un hecho que no requiere demostración, solo debe acreditarse la cuantía que representa esas nuevas erogaciones.

6. En cuanto a la modificación de la cuota pactada en un convenio de alimentos, es menester acreditar que se ha producido un hecho determinante que ha variado considerablemente la situación patrimonial que motivó la causa eficiente obligacional, en definitiva hay que acreditar la modificación real del estado patrimonial del alimentante.

7. Circunstancias tales como el cierre de un establecimiento comercial, o la disminución de haberes no son por sí mismos determinantes para admitir la disminución de la cuota alimentaria, se deben acreditar las circunstancias que llevaron a tal situación para no incurrir en el error de dar por cierto situaciones que no se condicen con la realidad, en definitiva el Juez debe descubrir el velo para poder percibir posibles situaciones fictas o ilusorias.

<u>Bibliografía consultada</u>

- MAZZINGHI, Jorge Adolfo. "Derecho de Familia", t. 2, Abaco, 1999, Buenos Aires, pp. 121/2.
- CNCiv., sala E, 15/12/2004, E., A. c. W., S. V., La Ley Online; AR/JUR/7929/2004.
- SOLARI, Néstor E., "Reducción de la cuota alimentaria a los hijos menores de edad", LA LEY, 2010-B, 174.

- ARAZI, Roland, "El juicio de alimentos en la ley y la jurisprudencia", LA LEY, 1991-A, 681.
- CNCiv., sala K, 12/04/2002, en autos: Z., D. E. c. R., M. A. Publicado en: DJ, 2002-2-696 - LA LEY, 2002-D, 659, AR/JUR/4353/2002, en igual sentido: Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala B, 21/05/2004, S., O. C. c. P., D. L., LLPatagonia, 2005 (abril), 905, AR/JUR/5210/2004).
- CA Trelew, sala B. Reg. SIC 011. "R. E. N. c. R. S. C. s /incidente de aumento de cuota alimentaria.
- (CNCiv., sala D, 15/01/2008, R., H. R. c. P., L. M., LA LEY, 2008-B, 53, AR/JUR/1315/2008.
- CNCiv., sala C, 22/05/2008, D. F., S. B. c. L., L. D., La Ley Online; AR/JUR/3268/2008). Con igual criterio ver C. N. A. C, sala F, "S. J., V. G. c. P., F. E", 13/10/2005, LA LEY, 2006-F, 815.
- CNCiv., sala B, 16/02/1996, Y., C. A. c. R., V., AR/JUR/711/1996.
- CNCiv., sala E, 16/09/2009, S., J. E. c. C., M. S., LA LEY, 2010-A, 308, AR/JUR/37774/2009.
- CNCiv., sala K, 12/04/2002, Z., D. E. c. R., M. A., DJ 2002-2, 696 - LA LEY 2002-D, 659, AR/JUR/4353/2002.
- CNCiv., sala K, 30/05/2000, V., D. A. c. D. S., M. T., LA LEY, 2000-D, 603 - DJ, 2000-3-53, AR/JUR/3895/2000
- CNCiv., sala G, 03/12/1985, P., E. F. c. C. de P., A. M., LA LEY, 1986-B, 68 - DJ, 1986-2-556.
- CNCiv., sala G, 18/03/2009, C., C. A. c. B., A., DJ 23/09/2009, 2702.
- CNCiv., sala F, 28/02/2006, G., G. del R. y otros c. A., V. H., La Ley Online; AR/JUR/1337/2006.
- BOSSERT, Gustavo A. "Régimen jurídico del juicio de alimentos", 2 ed. Astrea, p. 620.

- CNCiv., sala K, 30/05/2000, V., D. A. c. D. S., M. T., LA LEY, 2000-D, 603 - DJ, 2000-3-53, AR/JUR/3895/2000.
- CNCiv., sala I, 13/10/2005, K., S. A. c. C., G. F., DJ, 2006-1-452, Fallos: CNCiv, sala A, 31/7/86, R. 22.006; íd., íd., 7/10/86, R. 23.660; íd., sala B, 17/2/88, R. 34.359; íd., sala C, 19/11/81, LA LEY, 1982-C, 246, íd., 22/9/87, ED, 128-344; íd., sala E, 25/4/90, ED, 140-417; íd., sala F, 29/3/88, R. 33.748; íd., sala G, 23/8/82, R. 281.084; íd., íd., 3/9/85, rep ED, 20-A-215, n° 372; íd., íd., 4/11/87, R. 32.952.
- CNCiv., sala A, 19/12/2002, R., H. R. c. P., L. M., LA LEY, 2003-B, 53, AR/JUR/1315/2002.
- SOLARI, Néstor E., "Reducción de la cuota alimentaria a los hijos menores de edad". LA LEY, 2010-B, 176.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 02/05/2007, Escudero, Raúl A., DJ, 2007-3-869, AR/JUR/2110/2007.
- VENTURA, Adrián R. y STILERMAN, Marta, "Alimentos", El Foro, Buenos Aires, 1989, p. 146.
- BEDOROSSIAN, Gabriel, "Algunas consideraciones acerca de la procedencia del incidente de reducción de la cuota alimentaria cuando los beneficiarios son menores", LLC, 1999-337

VI Congreso Latinoamericano de Niñez Adolescencia y Familia ALAMFPyONAF

12-14 Noviembre 2014

Natal - Brasil

Sede Hotel Imirá Plaza http://www.imiraplaza.com.br/

TEMA: a- Justicia de familia: Principios fundamentales celeridad, economía procesal efectividad.

COMISION 2 Derechos Humanos, Familia, Niñez Adolescencia y Justicia

Autora: Laura Alejandra Gomez.

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 Gestion 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- Coordinadora del Programa Modelo Casa de Atención interdisciplinaria para Víctimas de Delitos contra la Integridad Sexual, dependiente del Consejo Provincial de la Mujer de la Provincia de Córdoba, Argentina.

Ponente: LAURA ALEJANDRA GOMEZ

Nacionalidad: Argentina - D.N.I. 24.472.323

Dirección: Hipólito Irigoyen Nº485, 10 Piso, Dpto. 10 de Barrio Nueva Córdoba de la Ciudad de Córdoba, Argentina.

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

Teléfono fijo: 54 -9 – 351- 423 26 95

E-mail autor: laugomez10@gmail.com

BREVE SINTESIS DE LA PROPUESTA:

La experiencia del Programa Modelo creado por el Consejo Provincial de la Mujer de Córdoba, denominado *Casa de Atención Interdisciplinaria para victimas de delitos contra la integridad sexual*, evidencia que el 74% de las consultas recibidas refiere niñ@s victimas de delitos contra la integridad sexual, donde victima y agresor están vinculados por relaciones de familia en un porcentaje del 65,9%; sea por lazos sanguíneos (abuelo, padres, hermanos, tios, primos, etc.) o creados por afinidad.

De este modo, la noticia de la ocurrencia del delito contra la integridad sexual, en el seno familiar desluce los conflictos existentes en ese ámbito en cuanto escenario del peor conflicto de intereses respecto de los derechos humanos, que será ventilado ante la justicia local, como en los servicios administrativos asistenciales. Así, emerge la litis entre la integridad física, moral, psicológica y sexual de los niñ@s víctimas del delito contra la integridad sexual; y en contraposición, su derecho a la identidad, a ser oídos y a una vida sana y libre de violencia; y como corolario, la responsabilidad familiar.

Desde otro lado, el conflicto también involucra la responsabilidad estatal y las políticas publicas integrales y efectivas, tanto en la prevención y persecución de los delitos; como luego de ocurrido éste, en la asistencia "adecuada", integral y oportuna a l@s víctimas; el cumplimiento y efectividad de las penas impuestas a los agresores, incluso de las medidas cautelares para proteger a la victima, como garantía de justicia y procurando el reestablecimiento del pleno

y efectivo goce de los derechos reconocidos en los plexos normativos vigentes, lo cual será objeto de análisis en este trabajo y en la propuesta formulada.

DESARROLLO DEL TEMA: Justicia de familia: Principios fundamentales celeridad, economía procesal, efectividad.

EL PROBLEMA:

La Justicia en las relaciones de familia atravesadas por la ocurrencia de un delito contra la integridad sexual ocurrido en el seno de una familia; y en que la victima en primer termino resulta un/una niñ@ evidencia un quiebre absoluto de los principios de celeridad, economía procesal y efectividad.

En efecto, el Programa Modelo ***Casa de Atención interdisciplinaria para víctimas de delitos contra la integridad sexual***, creado mediante convenio multisectorial suscripto el 5 de noviembre del año 2004, entre el Consejo Provincial de la Mujer de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, el Ministerio Público, el Ministerio de Seguridad y la Secretaría de Justicia, ante la necesidad de coordinar e integrar acciones específicas para la asistencia y tratamiento de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, ocurridos en la via publica contra mujeres adultas y con un modalidad especifica desde el año 1997; a la fecha evidencia en sus estadísticas, una demanda que se concentra en una población integrada por niñ@s en un alto porcentaje, que entre los años 2012 y 2013 se ha mantenido constante en el 74% (28% varones y 72% mujeres).

Que mas alarmante es aun que los agresores sexuales de esa población de niñ@s victimas esta constituida en un 65,90 % por personas relacionadas a ellos por vínculos familiares sean sanguineos o afines (familia nuclear: 41,98% abuelo incluido + 23.92% otros familiares-tios y primos-).

En consecuencia, esta realidad coloca a la mujer madre entre los adultos responsables mas activos en la búsqueda de asesoramiento

legal, asistencia social y contención psicológica ante el delito y sus consecuencias dañosas, tanto para la/el niñ@ victima como para ellas mismas (8% padres y 73% mamas; 9 % otros no familiares – docentes, medicos, etc.).

Este escenario requiere una nueva y "adecuada" respuesta, desde las instituciones del Estado, siguiendo los estándares fijados por los convenios internacionales suscriptos por nuestro país, en cuanto normas operativas conforme el art. 75 inc. 22 de la CN; citando al efecto, específicamente la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convencion Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer "Convencion De Belem Do Para"; la Convencion Internacional de los Derechos del Niño; 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; Guías de Santiago sobre Protección de Victimas y Testigos; todas normas que establecen la obligatoriedad de los Estados de asegurar a los ciudadanos el pleno goce y ejercicio del Derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral; a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; a la libertad y seguridad personales y, puntualmente respecto del tema que nos ocupa, un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, esto es el amparo de los ciudadanos, en condiciones de igualdad, a la protección ante la ley y la garantía del debido proceso, ante el delito.

ANALISIS DE LAS RESPUESTAS ENSAYADAS:

El problema revela aspectos que deben ser tratados indefectiblemente en su conjunto y a la luz de los principios establecidos por las normas internacionales citadas.

Así, ante la ocurrencia de agresiones sexuales contra niñ@s, contextualizados como delitos tipificados en la ley penal, de orden

federal/nacional en nuestro país (Libro II- Titulo III CP), es la madre quien advierte en un principio, los síntomas en la/el niñ@ o bien quien consultada por los docentes y medicos que en contacto con la/el niñ@ advierten los síntomas compartible con abuso sexual infantil, acude a dar las respuestas requeridas o acoge la indicaciones pertinentes; o bien muchas veces es ella quien recibe el primer relato sobre el/los hecho/s por parte de la/el niñ@.

Esto genera en la mujer madre de familia, una movilización profunda que se proyecta a la dinámica familiar, generando una situación de crisis con distintos alcances según quien sea el agresor del niñ@.

Concretamente, ante la variedad de efectos dañosos que el delito ocasiona tanto en la victima como en la familia en cuanto victima indirecta, que van desde la sensación de desorientación, ansiedad, aislamiento, sumados a los daños físicos y sus secuelas, como también las presiones emocionales que, aun situando a la mujer en un estado de alta vulnerabilidad, posicionan como el referente familiar mas potable en reaccionar ante la noticia; y marchar hacia la búsqueda de información y contención hasta la acción concreta de instar la investigación procurando alcanzar la justicia.

Es en este camino en el que se van a poner en juego permanentemente los principios de fundamentales de la institución familia, y la necesidad de proteger los mismos con celeridad, economía procesal, efectividad enfrentados con los principios del derecho penal al que se enlazan por la ocurrencia del delito en el seno familiar y entre sus miembros.

Así, el Programa modelo *Casa de Atención Interdisciplinaria…*, creado para asesorar, contener psicológica y socialmente a las victimas de este tipo especifico de delitos, y que cuenta para ello con un equipo de profesionales integrado por Psicólogas, Trabajadoras Sociales y Abogadas, ante la consulta (con o sin denuncia)

formulada por la victima, sus familiares o instituciones previamente involucradas en el caso, analiza dos aspectos fundamentales:

1- Estado emocional actual y sintomatología del/la consultante victima; y
2- el riesgo y/o estado de vulnerabilidad generado por el delito; consecuentemente, las medidas de protección y contención para enfrentar la crisis inmediata posterior a la victimización.

El primero de ellos, en virtud que las etapas tempranas del enfrentamiento de la víctima con el delito, se caracterizan por un pensamiento retrospectivo en el que para ella, resulta "imperiosa" la aceptación total de la realidad de lo sucedido, para disminuir los efectos de la situación traumática sufrida, evaluar el evento y su superación hacia un crecimiento personal. Al respecto, VELAZQUEZ S. (2003) alude a que el *"efecto traumático de la violencia indefectiblemente desencadenará una situación de crisis"… "crisis significa la ruptura de un equilibrio anterior y la búsqueda de un nuevo equilibrio que la misma situación crítica desencadena". "transitar la crisis significa entonces impacto, dolor, cuestionamientos, transformación y también la búsqueda de un nuevo equilibrio a través de formas creativas de enfrentarla y resolverla".*

En efecto, siendo en la mayoría de los casos la consultante una mujer, madre de la familia atravesada por el delito, se enfrenta a una familia destruida en su "aparente normalidad" por la noticia de un delito, reciente o remoto, que (como ejemplo mas común) tiene por victima a su hij@ ante hechos cometidos por otro miembro de la familia, sea el padre, el hermano, el abuelo, lo cual la coloca en la posición de decidir en primer lugar, acercar lo antes posible la contención psicológica al niñ@ victima; luego, en denunciar al agresor, puesto que el hecho constituye delito. Pero esto a su vez, coloca a esa madre protectora, según la hipótesis, en una senda que la conduce a denunciar al padre de su hij@ victima, quien no solo es su pareja, con quien han regido los mandatos del patriarcado

a ultranza sino que, y como consecuencia de ello, es el proveedor de recursos económicos; o si la agresión sexual ha tenido lugar entre hermanos, se enfrenta a la decisión denunciar a un hijo para proteger a otr@.

Estas hipótesis fácticas se encuadran en normas legales contempladas en normas de fondo –arts. 119, 120 y 150 del Código Penal- art. 5 de la ley 9283- y art. 8 y 32 de la ley 9944) como por las normas procesales, tales art. 6 del Codigo Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

Por ello, siendo que la situación generada por el delito no solo destruye la estructura familiar y los sentimientos generados en ese contexto entre sus miembros, atacando de raíz la identidad construida, sino que a la vez exige desde la responsabilidad parental la acción de la mujer madre hacia la justicia que restituya al niñ@ victima en el pleno y efectivo gozo de los derechos vulnerados, emerge la importancia del segundos de los aspectos abordados por el equipo de la *Casa de Atención Interdisciplinaria … .*

En efecto, el equipo de profesionales específicamente capacitado, brinda el asesoramiento y la contención interdisciplinaria "adecuada" en la crisis, que procura a las víctimas las herramientas para una reconstrucción cognitiva del delito, a efectos que reinterpreten la experiencia traumática vivida, disminuyendo sus efectos dañosos hacia un crecimiento personal.

En este contexto, la asistencia o asesoramiento legal procuran informar a la victima, sobre la especificidad de los delitos contra la integridad sexual, puntualmente el carácter de instancia privada de la acción (contemplado en el art. 72 del CP), en cuanto requiere la acusación o denuncia del agraviado, su tutor, guardador o representantes legales a efectos de formar la causa; sin perjuicio, para determinados supuestos, de la acción instada con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines

de lucro de protección o ayuda a las víctimas; y en ese marco la posible participación mediante la constitución en querellante particular en el proceso.

Sin embargo, mas allá de la denuncia a los fines de la persecución penal del culpable, y que tendrá lugar en una Unidad Judicial especifica y conforme art. 72, 119, 120 y 130 del Código Penal del C.Penal y 6 del CPP de la Provincia de Córdoba; el mismo hecho, atento el vinculo familiar entre victima y agresor, genera la intervención judicial de un Juzgado de Niñez Juventud y Violencia Familiar que por turno corresponda, que dictará las medidas cautelares a efectos de proteger a la victima de contacto alguno con el agresor (art. 21 de la ley 9283) y un Juzgado de Familia que resolverá en los conflictos suscitados ante la ruptura del vinculo familiar relacionados con Alimentos; Filiación; Otorgamiento de guardas judiciales no asistenciales de niñas, niños y adolescentes y de las guardas con fines adoptivos; Régimen de Visitas, entre otros (art. 16 de la ley 7676 en la Capital de Córdoba. Además, desde el mismo momento de la denuncia penal, se dará noticia de los hechos a la autoridad de administrativa, Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia en los términos previstos por el art. 32 y 33 de la ley 9944.

Pero la importancia que reviste este Programa Modelo *Casa de Atención Interdisciplinaria ….* actor y cobijo principal de las victimas de los delitos contra la integridad sexual, es que posibilita el resguardo inmediato de la víctima, por lo general la madre y sus hij@s quienes permanecen en alojamiento por un espacio de 72 hs. que es el periodo en el cual luego de remiten las actuaciones de denuncia desde la UJ específica hasta el Juzgado de Niñez Juventud y Violencia Familiar que dictará las medidas cautelares (peticionadas por la victima o las que de oficio S.S. determine necesarias), que según el caso pueden consistir en: "… la exclusión del agresor de la residencia común y la entrega inmediata de sus efectos personales, labrándose inventario judicial de los bienes muebles que se retiren y de los que permanezcan en el lugar;… el reintegro al domicilio o residencia de la víctima que hubiere salido del mismo con motivo de los hechos denunciados y por razones de seguridad

personal; … Disponer -inaudita parte- cuando razones de seguridad lo aconsejen, el inmediato alojamiento de la o las víctimas en el establecimiento hotelero o similar más cercano al domicilio de éstas. Asimismo, en todos los casos, podrá disponer que el alojamiento temporario sea en la residencia de familiares o allegados que voluntariamente acepten lo dispuesto. La lista de los establecimientos hoteleros o similares, será provista por el Tribunal Superior de Justicia y con cargo a la partida presupuestaria que anualmente asigne, a tal fin, el Poder Ejecutivo Provincial; …. Prohibir, restringir o limitar la presencia del agresor en el domicilio o residencia, lugares de trabajo, estudio u otros que frecuente también la víctima;…. Prohibir al agresor comunicarse, relacionarse, entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar, en relación con la víctima, demás personas afectadas, testigos o denunciantes del hecho; … Incautar las armas que el agresor tuviere en su poder, las que permanecerán en custodia en sede judicial;… **En caso que la víctima fuere menor o incapaz, puede otorgar su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, si esta medida fuere necesaria para su seguridad psicofísica y hasta tanto se efectúe un diagnóstico de situación; … Establecer, si fuere necesario y con carácter provisional, el régimen de alimentos**, **tenencia y de visitas, mientras se inician, sustancian y resuelven estas cuestiones por el trámite que para ellas prevén las normas procedimentales en vigencia**; … Solicitar las acciones previstas en el inciso g) del artículo 33 de la presente Ley -Programa de Erradicación de la Violencia Familiar-: tales *"… **f)** Implementar el otorgamiento de un apoyo económico dinerario, no remunerativo ni reintegrable, para que las personas afectadas puedan establecer su residencia temporaria en un lugar preservado del riesgo al que se encontraren expuestas, bajo condición de que se sometan a tratamientos especiales brindados por el equipo interdisciplinario que determine la reglamentación;**g)** Establecer tratamientos especiales de rehabilitación y reinserción, tanto para el agresor como para las víctimas (art. 33 de la misma*

ley 9283) y la asistencia obligatoria del agresor a programas de rehabilitación".

Sin embargo, es en estas 72 hs. donde se pone en evidencia la encrucijada que sufren la celeridad y la economía procesal con la puesta en práctica de las medidas cautelares dispuestas por Jueces de Violencia Familiar.

Es que si bien el Juez de Niñez, Juventud y Violencia puede disponer en el mismo acto las medidas de restricción de contacto entre agresor y victima, fijar cuota alimentaria que debe abonar/depositar el agresor y en su caso, remitir las actuaciones para el caso de incumplimiento a que se ejecuten ante los Juzgados de Familia, atento cuestiones especificadas en la ley del fuero citada supra (art. 16 de la ley 7676); LO CIERTO es que los jueces de Niñez Juventud y Violencia Familiar no dictan esas medidas cautelares, ni a petición de parte ni, menos aun, de oficio, pese a que la ley específicamente les atribuye competencia para ello, sino que contrariando toda celeridad y economía procesal, en caso que la victima en su denuncia haya solicitado esas medidas dictamina "ocurra ante quien corresponda", remitiendo a los Juzgados de Familia; donde conforme la ley del fuero, la madre protectora a cargo de sus hijos debe concurrir a las asesorías letradas gratuitas (lo cual implica largas y tempranas filas y tiempo de espera) para solicitar audiencia en etapa prejurisdiccional en la que se citara al obligado a la cuota alimentaria a efectos que "acuerde" valor y modo de oblar la cuota requerida; y en caso que el obligado (y en estos casos acusado de delito) no comparezca (por falta de voluntad o bien por estar privado de su libertad por el delito cometido y ello se desconoce) se clausura esa etapa; a efectos de proseguir con el tramite judicial y contencioso ante los Jueces de Familia, para lo cual a efectos de contar con el asesoramiento letrado gratuito la madre peticionante debe acreditar insuficiencia de ingresos para oblar gastos y honorarios de abogado de matricula; requisito que si es cumplido esperará luego de la presentación de su solicitud ante el Juez de Familia en turno, una audiencia ante S.S. para los mismos fines que la anterior. Se destaca que hasta aquí, desde la denuncia

efectuada por delito contra la integridad sexual pasaron quizás tres (3) meses e incluso, probablemente, venció la medida cautelar respecto del contacto entre victima y agresor y el Juez de Niñez, Juventud y Violencia tiene en sus facultades sostenerla o no.

Por otro lado, en ese periodo tan extenso, incluso la medida cautelar dictada inmediatamente a consecuencia de la denuncia puede haber sido dejada sin efecto a solicitud de quien no este de acuerdo con ella, generalmente el agresor separado de la familia, mediante una audiencia que esta prevista en las facultades del Juez de Niñez, Juventud y Violencia Familiar para evaluar la misma en un plazo de diez (10) dias desde que la misma fue adoptada (arts. 22 y 23 de la ley 9283). Este hecho genera ya otro aspecto al que podría enfrentarse la madre protectora del niñ@ victima en la audiencia por cuota alimentaria ante los Jueces de Familia, esto es la solicitud del agresor que aun conserva su libertad, del reestablecimiento del contacto con sus hij@s (victimas o no); lo cual con un resguardo mínimo que generalmente se impone por las circunstancias y debe tener como determinante el derecho del niñ@ a opinar y ser oido y que su opinión sea tenida en cuenta (arts. 9.3 y 12. 1 y 2 y 13.1 de la Conv. Int. de los Derechos del Niñ@ y art.27 de la ley 9944).

Otro de los aspectos quebrados en celeridad y economía procesal en la práctica por las decisiones de los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar se evidencia en la omisión de las decisiones dispuestas en el marco del arts. 21 i) y 33 f) y g) que constituyen dos caras de la mismo problema.

Muchas victimas de violencia familiar o madres cuyos hij@s sufren ese tipo de violencia, omiten denunciar con la única finalidad de evitar perder el dinero que el agresor aporta al grupo familiar “bajo sus reglas” y, por otro lado, el tratamiento psicológico de la familia victima a efectos de reconocer vínculos saludables y reestablecer nuevas redes sociales; sin embargo, los Juzgados de Violencia Familiar NO fijan mediante oficio la obligatoriedad de la autoridad administrativa de Violencia Familiar de oblar la ayuda económica a la victima denunciante que no cuenta con otro ingreso mas que el referenciado del

agresor. Por el contrario, la victima es derivada hacia la sede de ese programa del poder ejecutivo provincial, donde le requerido un nuevo relato de las circunstancias denunciadas, a efectos que el programa que no cuenta con recursos humanos suficientes, derive a la victima a realizar el tratamiento psicológico que por la especificidad de violencia padecida necesite (laboral, mediática, sexual, etc) mientras el programa evalúa desde el área social las condiciones socioeconómicas de la victima para lo cual también puede valerse de recursos locales de atención primaria (municipal, provincial o nacional) y luego informar si concede la ayuda económica peticionada o no. Todo lo cual no insume menos tiempo que un mes. Mientras, la denuncia penal en la Fiscalía, aun en estado de sumario, secreto, por cuatro meses. Lo inmediato hasta aquí, el tratamiento y contención interdisciplinario para el niñ@ y la madre en la *Casa de Atencion Interdisciplinaria ….*

SOLUCION PROPUESTA:

La operatividad en los juzgados de Niñez Juventud y Violencia Familiar de la norma prevista por el art.64 inc f) de la Ley 9944 y art. 21 de la ley 9283, donde el Juez debera disponer medidas cautelares, tales: 1- la suspensión de contacto y comunicación con el supuesto autor del delito contra el niñ@, por un plazo de tres (3) meses, revisable; 2- la tenencia de los niños, que en caso de ser concedida a terceros, y no a los padres del niñ@ será comunicada a SENAF a los fines del control de la medida-3- cuota alimentaria, ejecutable en caso de incumplimiento ante el Juzgado de Familia que por turno corresponda, con la sola certificación de deuda del Juzgado de Violencia Familiar; Y el Juzgado ejecutante, deberá asignarle carácter de prioritario, fijando audiencia en asesorias letradas de Familia, en un plazo de siete (7) días hábiles, modificando en este tópico la ley 7676; 4- comunicación a la dirección de Violencia Familiar del Ministerio de desarrollo social de la Provincia – a cuyo efecto deberá dictarse la correspondiente resolución del PE Provincial- a fines que en el plazo de 48 hs. realice y glose en autos, encuesta ambiental en el domicilio de las víctimas e informe posibilidades de la misma de recibir la

beca o ayuda económica del “programa nueva vida”, período de tiempo por el que se otorgará la misma y su valor. 5- Lugar y período por el cual la víctima desarrollará Tratamiento psicológico, y periodos en que la entidad asistente, deberá glosar en autos los respectivos informes.6- Las autoridades de SENAF y Dirección de Violencia Familiar intervinientes en los informes del caso, están autorizados a consultar las actuaciones.

"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" (C.S.J.N., "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).

Subtemas b-; a-; i-.

Andrea Mariel Brunetti187

SINTESIS DE LA PROPUESTA

Ante la problemática que se suscita frente a los cada vez más frecuentes casos de sustracción o retención ilícita parental, se hace sumamente necesario e ineludible adoptar por parte de los Estados, procedimientos judiciales prestos y expeditivos, a los efectos de lograr el cumplimiento cierto de la garantía de restitución que consagran los Convenios Internacionales suscriptos en miras a la protección internacional de los niñas, niños y adolescentes, en función de su interés superior (art. 3 CDN).

Al mismo tiempo, convencidos que es mediante el debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y en tiempo razonable, es que se propone que dichos procedimientos, amén de la urgencia, aseguren indefectiblemente las garantías de defensa en juicio y el derecho del niño a ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto por la dignidad humana. Y es sobre ello estrictamente sobre lo cual debe recaer el peso de la regulación sustancial y procesal.[188]

A tal fin se sugiere la adopción de los preceptos establecidos en el Proyecto De Ley Modelo[189], y en las Guías de Buenas Prácticas en virtud del

---

187 Jueza del Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, Santa Fe, Argentina. Miembro de la Red de Jueces de La Haya designada por CSJ de la Provincia de Santa Fe. Especialista en Derecho Empresario UNR. Especialización en Magistratura UNR. Maestrando de la Maestría en Derecho Procesal de la UNR. Doctorado en Derecho de la UNR. Repicadora del Programa "Hablemos de género" de la Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina.

188 Así se entendió en el Reglamenteo de Bruselas II bis, pero solo aplica para los paises de la comunidad europea, (CE) n° 2201/2003, es obligatorio en los Estados Miembros (EEMM), salvo Dinamarca. Se aplica a los litigios internacionales. Sus normas de competencia judicial internacional se aplican en los términos o con los límites a la jurisdicción previstos en el texto: de manera exhaustiva, frente a un «demandado comunitario» (nacional o residente); y, de manera prioritaria y principal, frente a un demandado no-comunitario (TJCE, 29 nov. 2007, C-68/07 Sundelind López).

189 http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info06s.doc

Convenio de La Haya de 1980,[190] que recomiendan mecanismos aptos y recursivos en pro de la urgencia ineluctable que constituye además, el atributo determinante de la validez operativa de los tratados, como asi tambiénlos postulados más modernos establecidos en Bruselas II.

Si la debida celeridad, se frustra el objetivo inmediato de los mismos, causándose graves e irreparables perjuicios a los más vulnerables: los niños, cuya protección se exige en virtud del mandato constitucional y convencional, y en su interés superior.

Se advierte nuevamente, sobre la necesaria adecuación del Derecho a las exigencias del nuevo paradigma de la humanización del Derecho y, por ende, del proceso. Que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido, y así hacer justicia, como principal garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello siempre, sin descuidar el contradictorio, el debate, y el derecho de audiencia que también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Una vez más se afirma, que en el estricto campo del Derecho de Familia, las delicadas cuestiones que allí se albergan, requieren de un justo equilibrio entre lo urgente y la eficacia, y la garantía del debido proceso y de defensa en juicio, fundamentalmente el amparo de los Derechos de los niños y en función del principio superior de su mejor interés. Creemos entonces que, la verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, se presentan y cada vez con mayor frecuencia conflictos de restitución internacional de menores, debido al aumento de matrimonios y uniones entre personas de distintas nacionalidades, producto de los variados y permanentes movimientos migratorios en el mundo globalizado de hoy. En consecuencia, ante la crisis familiar, se genera una de las principales disputas en cuanto a la residencia efectiva de los hijos convirtiéndose estos, en muchos

190 Pueden consultarse en: http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&id=9&lng=3

casos, en el «botín de guerra internacional de sus progenitores», al ser sustraídos de su centro de vida o retenidos ilícitamente en un lugar distinto al de su residencia habitual.

Estos conflictos, que causan graves e irreparables perjuicios a los más vulnerables de la relación, los niños, constituye una primordial preocupación de los Estados, motivo por el cual se han diseñado mecanismos de restitución en miras a la protección internacional de los niños, a través de tratados internacionales como son el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 25 de octubre de 1980), y el Convenio Interamericano Sobre Restitución Internacional de Menores (Montevideo, 15 de julio de 1989). Que se complementan con una serie de convenios internacionales en cuanto a medidas de protección, procedimientos, competencia, ley aplicable, como así también modelos recomendados por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Red de Jueces Expertos de La Haya, en cuanto a guías de buenas prácticas, comunicaciones, conclusiones y variados documentos explicativos para su puesta en marcha, fundamentalmente la "Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños", desarrollada por el grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, y presentada en la segunda reunión de expertos gubernamentales "Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres", Buenos Aires, Argentina, 19-21 de septiembre de 2007.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989) estatuye un principio fundamental a los fines de la interpretación del Convenio de La Haya como es la supremacía del interés superior del niño y, a la vez, dispone específicamente en su normativa que los Estados parte adoptarán medidas para luchar contra

los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

De este modo, la finalidad sustancial prevista por los tratados internacionales se traduce en proteger a los niños a nivel internacional, frente a los perjuicios que podría ocasionarles un traslado o una retención ilícita, a través de procedimientos que procuren su inmediata restitución al Estado en el que se halla verdaderamente su centro de vida. De esta forma, se evita el arraigo del niño en un nuevo centro de vida mediante vías de hecho, restableciendo el status quo anterior al traslado ilícito, todo ello en función de su mejor interés, como así también velar porque los derechos de custodia y de visitas vigentes en un Estado se respeten en otro.

Se ha demostrado en variados estudios de campo que la extensa duración en el tiempo, en estos casos, incide en forma negativa sobre la dimensión física y psíquica de las personas involucradas, principalmente el niño, pero también el progenitor no sustractor, lo que ha llevado a calificar a la sustracción parental como «abuso», encuadrándose además como uno de los tipos de violencia familiar.

Cierto es que, para el efectivo cumplimiento de la garantía de restitución descripta, se requiere la mayor celeridad en la resolución de las solicitudes de restitución internacional pues, sin la debida urgencia en su disposición, se enervan los postulados consagrados en los convenios internacionales en miras a ello. Por tanto, es tarea ineludible de los Estados la de instruir procedimientos judiciales rápidos y expeditivos a fin de evitar los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos casos, como es la dilación en el tiempo y el consecuente arraigo del niño por vías de hecho, teniéndose en cuenta además que, a posteriori, indefectiblemente acaecerá un nuevo desarraigo.

Sin lugar a dudas es mediante el debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y en tiempo razonable, y en este entendimiento se propone que dichos procedimientos,

amén de la urgencia, aseguren indefectiblemente las garantías de defensa en juicio y el derecho del niño de ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana.

Consideramos conveniente a tal evento, adoptar los preceptos establecidos en el proyecto de ley modelo, que refiriéramos anteriormente, y en las guías de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980, que recomiendan mecanismos aptos y recursivos en pro de la urgencia ineluctable que constituye, además, el atributo determinante de la validez operativa de los tratados, sin la cual se frustra el objetivo inmediato de los mismos, causándose graves e irreparables perjuicios precisamente a los sujetos más vulnerables como son los niños, cuya protección se exige en virtud del mandato constitucional y convencional, y de su interés superior.

Resulta así sumamente necesaria la adecuación del derecho a las exigencias del nuevo paradigma de la humanización del derecho y, por ende, del proceso, y que el juez pueda contar con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido: hacer justicia, como principal garante de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos. Ello siempre sin descuidar el contradictorio, el debate y el derecho de audiencia, que también protege y garantiza el derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho de familia reviste particulares características por las delicadas cuestiones que allí se albergan, y ello requiere de un justo equilibrio entre lo urgente y la eficacia, y la garantía del debido proceso y de defensa en juicio, fundamentalmente el amparo de los derechos de los niños y en función del principio superior de su mejor interés. Por esta razón, la verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial.

II. FUENTES CONVENCIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Las fuentes convencionales de Derecho Internacional Privado ratificadas por la Argentina respecto en específico de la Restitución Internacional de

niños, son la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ratificado el 20 de marzo de 1991, aprobado por Ley 23.857 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, firmada en Montevideo en 1989, aprobada por ley 25.358 (CIDIP IV) que por ser posterior a aquélla toma sus postulados de manera semejante. Además existe un convenio bilateral con la hermana República Oriental del Uruguay sobre Protección Internacional de Menores, aprobado por ley 22.546, que lo comprende.

Al mismo tiempo, debe tenerse especialmente en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849 e incorporada con jerarquía constitucional a partir del año 1994 (art. 75 inc. 22 CN), que establece los principios que rigen e integran el marco normativo aplicable, prisma bajo el cual debe analizarse todo caso en que se hallen comprometidos los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Así dispone el art. 3. 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".

Efectivamente, dichos tratados reconocen el interés superior del niño al establecer un mecanismo de pronta restitución al Estado de su residencia habitual, (garantía de restitución), aún cuando se prevén excepciones. Lo que se procura es el restablecimiento de la situación existente con anterioridad a la sustracción o retención indebida. Al mismo tiempo se evita la posibilidad de elegir la jurisdicción de su conveniencia al progenitor sustractor (*forum shopping*), estableciendo como punto de conexión a los fines de determinar la jurisdicción internacional para resolver las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental, en la residencia habitual del niño, es decir, aquella que existía previo a su traslado o retención ilícita.

Principalmente dispone la convención en su art. 11, el deber de los Estados de celebrar acuerdos bilaterales y multilaterales que, para garantizar

las relaciones parentales frente al riesgo de traslados y retenciones indebidas, deben asegurar la cooperación entre autoridades, en concordancia con la norma de protección internacional del art. 35 de su mismo articulado. Y en el art. 3, sienta el principio fundamental y superior del mejor interés del niño.

Estos tratados multilaterales de restitución internacional, tienen como finalidad específica proteger los niños de los efectos dañinos de la sustracción y retención de las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para llevar a cabo rápidamente su regreso. Así se asegura la pronta restitución del niño al país de su residencia habitual, donde transcurre su centro de vida, como también hacer efectivo el derecho de visita o de custodia parental y ser respetado tanto en un Estado como en otro (art. 1 Convenio de La Haya; art. 1 CIDIP).

Para ello, los Estados partes se han comprometido internacionalmente a adoptar todas las medidas necesarias, ya sean de carácter nacional, bilateral y multilateral a fin de cumplir su cometido, por lo cual la cooperación interestatal es tarea fundamental para la operatividad de los tratados.

Cabe señalar que, dentro de este marco operatorio se han desarrollado todo tipo de iniciativas, dictado nuevos convenios, documentos, conclusiones y recomendaciones, y así se ha elaborado el proyecto de Ley Modelo de Procedimiento y las guías de buenas prácticas tanto para prevención como para aplicación y ejecución, ya señaladas anteriormente.[191]

Por su parte, en lo que respecta al ámbito americano, existen una serie de instrumentos globales y regionales relativos a la cuestión de la sustracción internacional de niños aplicables en este continente. Precisamente, dentro del ámbito de actividades de la propia Conferencia de La Haya se encuentra la sección de Sustracción Interamericana de Menores, que tiene el propósito de monitorear el desarrollo regional de la jurisprudencia relativa a la Convención Interamericana, y asimismo brindar acceso a la doctrina en español y a

191 Véase http://www.hcch.net/index_es.php y la base de datos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: http://www.incadat.com/

documentos de referencia clave relativos a la sustracción internacional de menores en el Continente Americano.[192]

En el caso de concurrencia convencional, esto es cuando los países involucrados han ratificado ambos Convenios, el Artículo 34 de la Convención Interamericana le otorga prioridad a la Convención Interamericana respecto del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores, salvo acuerdo en otro sentido entre los Estados involucrados a través de la respectiva reserva que habilita dicha norma, como es el caso de Venezuela. No obstante ello, en la práctica se dan algunas excepciones, como es el caso de Brasil y Perú, que continúan aplicando el Convenio de La Haya, debido a que no han designado aún Autoridad central para la Convención Interamericana.[193] Por otra parte, en su caso, se aplica también la cláusula del convenio más favorable a la consecución de los fines de la CIDIP IV, cuando se superponen sus normas con textos convencionales anteriores o posteriores.

Para los supuestos en que alguno de los Estados involucrados no sea parte del Convenio de La Haya, se previene que en caso de que los menores sustraídos no tengan residencia habitual en un Estado parte del Convenio o son ilícitamente sustraídos hacia Estados que se encuentran fuera del ámbito del Convenio o retenidos en ellos, las respuestas legales serán según la jurisdicción que entienda en el caso.

En este sentido, informa la Oficina Permanente que se han celebrado acuerdos regionales y bilaterales, que ofrecen recursos generales y, en ciertas circunstancias, muy específicos luego de la sustracción de un niño. En algunos Estados ha habido una evolución de una respuesta de *common law* altamente desarrollada a los casos de sustracción de menores fuera del ámbito

192 Véase http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&id=4&lng=3

193 El art. 34 de la CIDIP IV dispone que entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25-10-80 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención (2ª Parte). Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25-10-80. El art. 35 dispone que la CIDIP IV no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia

del Convenio de La Haya. Asimismo, se han celebrado reuniones de jueces y encargados de diseñar políticas públicas tanto a nivel regional como bilateral, que han redundado en declaraciones de buenas prácticas y memorandos de entendimiento con respecto al tratamiento de casos de sustracción de menores fuera del ámbito del Convenio de La Haya.[194]

Es importante resaltar, que en el marco de la Conferencia de la Haya en pos de la colaboración interestatal y la labor continua que implica el Convenio de la Haya de 1980, y la protección de los menores y su interés superior en función de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados han suscripto además la Convención sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de Menores, el 19 de octubre de 1996, entrada en vigor el 1º de enero de 2002, que no ha sido ratificado por Argentina.[195] Textualmente expresa que la Convención de 5 de octubre de 1961 sobre las facultades de las autoridades y la ley aplicable respecto de la protección de menores necesita ser revisada, como así también el deseo de establecer disposiciones comunes para el efecto, tomando en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Menor de 20 noviembre de 1989.

Otra fuente convencional, aunque no ratificada por Argentina, de fundamental importancia por el combate al secuestro internacional de niños (*legal kidnapping)* a nivel mundial, es el Convenio Europeo de Luxemburgo del 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia.

A todo evento, es importante resaltar, que a los efectos de la interpretación del Convenio de La Haya, en cuanto a su finalidad, objetivos,

194 http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&id=5&lng=3

195 Para consultar sobre el estado actual del Convenio véase: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=70

contenido, procedimiento, etc. resulta sumamente conveniente y provechoso, consultar el informe explicativo realizado por la Dra. Elisa Perez Vera.[196]

Recientemente, preocupados los Estados por las dificultades que se presentan en latinoamérica en cuanto a garantizar el acceso a la justicia de los más vulnerables, asumieron un nuevo compromiso consistente en recomendaciones a tener en cuenta a fin de reorganizar los poderes estatales internos de cada Estado firmante, adoptando todas las medidas y técnicas necesarias a efectos de permitir y facilitar el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Así se sucribieron las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad" aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en marzo de 2008 en Brasilia, República Federativa de Brasil, a las que adhirió mediante Acordada N° 5 de 24 de febrero de 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo lo mismo luego las provincias argentinas.

Precisamente, los niños privados de su centro de vida, por su condición de edad, y circunstancias sociales, se convierten en personas aún más vulnerables, a las que el Estado debe asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación, respetando su centro de vida. En tal sentido, las referidas reglas sugieren importantes medidas que refieren a la especial tutela diferenciada respecto de los derechos de los niños en consideración a su desarrollo evolutivo (Regla #5) y su necesaria participación en el proceso judicial a través de asistencia letrada especializada, en su caso gratuita, garantizándose su derecho a ser oído y teniéndose en cuenta su edad y desarrollo integral (Regla #78), entre otras medidas procesales.

Por último, debemos volver a mencionar, aunque solo aplique para los países de la comunidad europea, el Reglamento de Bruselas II bis[197], suscripto por los estados europeos, dado ser uno de los instrumentos internacionales

196 http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf
197 op. cit. nota 2.

más modernos en la materia y por tal motivo creemos resulta más adecuado a los efectos de garantízar los derechos del niños conforme el paradigma que planteamos, precisamente porque contempla el derecho del niño a ser oído de un modo distinto a los convenios. En efecto, la Convención de La Haya y la interamericana establecen la posibilidad de la autoridad de aplicación de escuchar o no al niño, Bruselas II bis ordena a la autoridad "velar porque se dé la posibilidad de audiencia del menor", "a menos que esto no se considere conveniente en virtud de su edad y grado de madurez".[198] Adviértase que se trata de una carga impuestea a la autoridad central, no dejado al arbitrio de la autoridad como en los referidos convenios. Pautas posibles a adoptar a través de un nuevo compromiso estatal que lo incluya.

III. FUNCIONAMIENTO DE LOS CONVENIOS SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE NIÑOS. CUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA DE RESTITUCIÓN.

El art. 1° inc. a del Convenio de La Haya y del mismo modo el art. 1° de la Convención Interamericana (CIDIP IV) garantizan la "restitución inmediata" de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.[199] Como así también aseguran que el ejercicio del derecho de custodia y visitas vigente en un Estado, sea respetado por otro.

La finalidad de los convenios es clara: restituir a su residencia habitual en forma urgente a los niños trasladados o retenidos ilícitamente en un Estado extranjero. Para que una vez restituidos, sea el juez competente del Estado de su residencia habitual, el que entienda en la cuestión de fondo, esto es la tenencia.

Ambas convenciones califican autónomamente de manera análoga la sustracción internacional de niños: "*El traslado o la retención de un menor se*

198 Basset, Ursula C., Restitución internacional de menores ¿Una crisis de paradigmas en torno a la protección de los niños?, LL, 2013 – F, 18.

199 Ambos convenios regulan cuestiones atinentes a los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños siendo su objetivo asegurar el cumplimiento de la garantía de restitución inmediata y no sancionar al sustractor, la materia penal es ajena. En Argentina: Ley 24.270 Delito de Impedimento de Contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente.

considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un ***derecho de custodia*** *atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención*" (Art. 3 CLH). "*Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor"* (art. 4 CIDIP IV).

Por lo cual, ambos convenios precisan cuándo habrá sustracción internacional de niños, extrayendo los siguientes elementos: 1) que el niño (*menor de 16 años)* haya sido trasladado o retenido en el extranjero ilícitamente; 2) la ilicitud está dada por la violación al derecho de custodia de una persona o institución; 3) el derecho de custodia violado se considerará conforme al derecho vigente en el Estado de la residencia habitual del niño; 4) punto de conexión: la residencia habitual del niño, esto es la inmediatamente anterior al hecho de sustracción.

La ilicitud del traslado o de la retención constituye el elemento objetivo básico, y será entonces analizada conforme el derecho de custodia respectivo.

IV. DERECHO DE CUSTODIA

En función de las calificaciones autónomas de las convenciones, ambas determinan lo que se entiende como derecho de custodia y derecho de visitas (art. 5 CLH, art. 3 CIDIP IV).[200]

200 Respecto de la terminología "custodia", resulta más ajustado referirse a "cuidado" de los hijos, en consonancia con la filosofía de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Cf. Gil Dominguez, Andrés – Famá, M. Victoria – Herrera, Marisa, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061, Comentada, Anotada y Concordada, Ediar, Bs. As., 2007, p. 144/5.

El derecho de custodia significa puntualmente el derecho al cuidado de la persona del niño y especialmente el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.[201] Los problemas que se presentan en su análisis se vinculan particularmente a los supuestos de responsabilidad parental compartida. Al mismo tiempo, se dificulta delimitar el derecho de custodia del de visitas respecto del progenitor no conviviente, puesto que debe asegurarse además el derecho de contacto con ambos progenitores.

Se ha entendido tanto en doctrina como en jurisprudencia, que el progenitor que detenta la guarda material del niño no tiene una custodia exclusiva, por tanto cualquier decisión de traslado o retención en un Estado extranjero por decisión unilateral de éste, resultaría ilegal.[202]

Cabe referir en este punto, la distinción que señala Famá en cuanto a tenencia material: cuando un progenitor convive con su hijo, de la tenencia legal o en sentido amplio: posesión de los atributos emergentes del ejercicio de la responsabilidad parental. Siendo esta última la compatible para el caso de tenencia compartida, no obstante la guarda se encuentre en cabeza de un solo padre (tenencia material o ficta). Y en estos casos, se entiende que toda decisión respecto a fijar la residencia del menor en un país determinado, exige consentimiento de ambos progenitores.[203]

---

201 Véase Raya de Vera, Eloisa. Interpretación del derecho de custodia. Revista La Ley, Año LXXIII nº 61, marzo 2009, p. 10.

202 *"Existen sin embargo antecedentes resueltos en sentido opuesto, atendiendo a que el derecho de veto a la expatriación del niño no puede considerarse como una desmembración del derecho de custodia, que se sitúa en cabeza del progenitor conviviente, razón por la cual, aun sin contar con la autorización del padre no conviviente ni venia judicial sustitutiva, se considera que no se configura sustracción por no haber violación al derecho de custodia. Entre ellos sobresalen algunos fallos de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del 2° y 5° Circuito que profundizan lo decidido en el caso "Croll vs. Croll" [18], en los asuntos "Villegas Duran vs. Arribada Beaumont" [19] y "Abbot vs. Abbot" [20], pendiente de una decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos que deberá fijar el alcance del "derecho de custodia" en el CLH80.*
Estas decisiones han sido fuertemente criticadas porque omiten toda referencia a la definición que las convenciones proveen y recurren a otros elementos para determinar el contenido del derecho de custodia (extralegales, tales como diccionarios de la lengua o legales, específicamente la lex fori"). Herz, Mariana; "El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de sustracción parental internacional" RDP 2010 - I, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, p. 197.

203 Famá, M. Victoria, op. cit.

En ambos convenios, el punto de conexión: "residencia habitual" atribuido en la consecuencia jurídica de la norma de conflicto determina el derecho aplicable a su tipo legal (sustracción internacional).[204] Y esto nos conduce necesariamente a establecer qué se entiende por este punto de conexión del derecho aplicable, lo que constituye esencialmente el nudo de la cuestión.[205]

La residencia habitual se presenta más que como un concepto jurídico, como una noción de hecho con contenido de tipo sociológico,[206] totalmente distinto al concepto de domicilio. Es un concepto flexible[207] descripto en doctrina y jurisprudencia como centro de vida del niño, lugar donde el niño desarrolla sus actividades centro de sus afectos y vivencias.[208] Dependiendo su determinación por el Juez, evaluando las circunstancias de cada caso en particular y diversos factores como permanencia estable en un lugar por un período de tiempo variable, edad del niño, las condiciones que lo abarcan, acciones de los padres, etc.[209]

---

204 Golschmidt, Werner, Introducción filosófica al Derecho, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, p. 251 y ss.

205 Soto, Alfredo M., Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado, Ed. Estudio, Bs.As. 2009, p. 153 y ss., p. 261 y ss., p. 274 y ss.

206 Quaini, Fabiana; Bosé José M.; Rapallini, Liliana E.; Romano, Carlos A.; Zarate, Andrés. Restitución Internacional de Menores. Aspectos civiles y penales. Ed. Cathedra Jurídica, Mendoza, 2009.

207 Goicoechea, Ignacio. Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores. RDF, Nº 30, p. 65.

208 Weinberg de Roca, Inés M., Domicilio de menores adultos. RDPC, Rubinzal – Culzoni, Bs. As., 1997, p.499.

209 Véase: Jáuregui, Rodolfo G. Un caso de restitución internacional de niños que invita a reflexionar. L.L., 02/08/2010, DJ04/08/2010, 2070 - DFyP 2010 (agosto), 76. Massano, Alejandra Roveda, Eduardo G. Un nuevo caso de sustracción internacional de niños, LA LEY, 07/11/2011, 7. Ortemberg, Osvaldo Daniel, Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal. LLGran Cuyo2006 (abril), 359. Solari, Néstor E. Sustracción Internacional de menores. El "centro de la vida del menor" en el contexto del Convenio de La Haya, LL. 2006-793. Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, LA LEY2006-C, 271. Sambrizzi, Eduardo A., Un nuevo caso en el que la Corte Suprema de Justicia aplicó el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, Sup. Const. 2011 (septiembre), 27/09/2011, 20 - LA LEY2011-E, 394. Famá, M. Victoria, op. cit. Raya de Vera, Eloisa B., El Factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores, L.L. 2011-C , 412. Scotti, Luciana B., La garantía de debido proceso en un caso de restitución internacional de menores, LL. 2010-D , 567. "Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, año 1 nº 3, nov 2009, p. 65. Herz, Mariana, Sustracción Internacional de niñas, niños y adolescentes, RDF 2012- I. CSJN, "W., E. M. c/ O., M. G." 14/06/1995, L.L. 1996 - A- 260. CSJN, "S. A. G.", 20/12/2005, L.L. 2006-C, 272. TCF Nro. 3 de Rosario, 23/02/2009, "G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores", LLLitoral 2009 (junio), 585. CSJN, 21/12/2010, "R., M. A. c. F., M. B.", L.L. 2011-C , 412. CSJN, 28/06/2011, "D. F., R. c. G., M. S. s/restitución de hijo" DJ14/09/2011, 43. CSJN, 16/08/2011, "V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera", L. L. 2011-E , 35. CSJN, 08/11/2011, "F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo", L.L., 07/12/2011, 11 -

A mayor abundamiento, el Convenio sobre protección internacional de menores suscripto con la República Oriental del Uruguay en 1981, establece en su art. 3 que se entiende por residencia habitual del menor, el lugar donde tiene su centro de vida. Por su parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Nº 26.061, art. 3 inc. f, define al centro de vida como el lugar donde los niños hubiesen transcurrido en condiciones legítimas, la mayor parte de su existencia, aclarando su decreto reglamentario Nº 415/06, que el concepto de centro de vida se interpretará armónicamente con la definición de residencia habitual de los tratados internacionales ratificados por Argentina en esta materia.

Determinado entonces el caso de sustracción internacional conforme los requisitos analizados, corresponde la restitución salvo la existencia razonada de las excepciones que taxativamente establecen ambos convenios (art. 13 CLH; art.11 CIDIP IV), las que deberán ser interpretadas de manera restrictiva conforme asentada y variada jurisprudencia al respecto.[210] Diferimos su tratamiento para otra oportunidad, atento exceder el objeto del presente trabajo. Solamente referiremos que se trata de los supuestos de: falta de efectividad en el derecho de custodia; riesgo grave de peligro físico o psíquico del niño al ser restituido; oposición del niño conforme su edad y madurez, esto último se vincula con su derecho a ser oído en el proceso que desarrollaremos brevemente más adelante, y cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

V. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño es el principio rector en todas las medidas que deban afrontarse respecto a niñas, niños o adolescentes, respecto de instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (art. 3.1. CDN),

---

DJ25/01/2012, 17. CSJN, 22/11/2011, "W., D. c. S. D. D. W. s/demanda de restitución de menor", LA LEY 07/12/2011, 7. CSJ, 19/05/2010, "B., S. M. c. P., V. A.", L.L. 2010-C, 633. Entre otros.

210 Puede consultarse doctrina de la Corte Suprema de la Nación, cit. ut supra nota precedente.

entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías (art. 3 Ley 26.061 Argentina)

A su turno, las excepciones enumeradas, deberán ser consideradas por el Juez de Familia a la luz del interés superior del niño en concordancia con los preceptos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)[211]. Justamente se trata de armonizar los postulados de los tratados internacionales en materia de sustracción internacional de menores con la referida convención de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22). Así se ha afirmado en reiterada doctrina y jurisprudencia.[212]

En este aspecto, es concluyente lo expresado en el Informe Pérez-Vera, cuando reza: "Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio —uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual— responden en su conjunto a una concepción determinada del "interés superior del menor". No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ello el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que

211 Conforme ALEXY, el rasgo crucial para diferenciar reglas y principios se halla en que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. En este sentido, los principios son “mandatos de optimización”, que pueden ser cumplidos en diferente grado y conforme las posibilidades fácticas y jurídicas (principios y reglas opuestos). En cambio, las reglas, son “mandatos definitivos” o concluyentes, normas que pueden ser cumplidas o no, la distinción se funda en que la regla es válida y por tanto debe ser cumplida, o no válida. Los principios siempre son válidos. En definitiva la diferencia entre reglas y principios es cualitativa. Véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 607. Por su parte Dworkin (quien parte de Hart pero critica su positivismo como muy estrecho), señala que el Ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Véase: Dworkin, Ronald: Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1995.

212 Véase Famá, M. Victoria, op. cit.

manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia" (punto Nº 25).

Por tanto se entiende que las convenciones sobre restitución internacional de niños, preservan el principio de su interés superior mediante la previsión de los mecanismos que aseguran la pronta restitución, impidiendo toda vía de hecho. Pues tales convenciones presumen que el bienestar del niño se logra restableciendo la situación a su estado anterior a la sustracción o retención ilícita.[213]

Al mismo tiempo, la restitución podrá denegarse bajo el mismo principio, esto es, cuando resulte contraria al interés superior del niño. [214]

Las disposiciones previstas guardan directa armonía con la nueva concepción de los derechos humanos, la "humanización" del derecho, que se construye sobre el pilar de principios rectores que lo fundan e interpretan, situando a la persona como sujeto de derechos (principio *pro homine),*[215] impactando en todo el sistema jurídico. Por ende, los jueces deben aplicar la ley conforme estos principios fundamentales, universales e inalienables, y así se asegura la democracia.[216] Es el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho[217], al que no es ajeno el Derecho de Familia.[218]

---

213 CSJN, "W., E. M. c/ O., M. G.": "…Que, precisamente, la Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho"; "R., M. A. c/ F., M. B." op. cit. Véase además: Najurieta, María Susana, "La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño", JA 2006-I-43.

214 En este punto se recomienda consultar: Grossman, Cecilia P. El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Universidad, Bs. As. 1998. Biocca, Stella Maris, Interés superior del niño. RDF Nº 30, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As. 2005, p. 24. Garrido Alvarez, Ricardo; Derecho a un juzgamiento especializado de niños, niñas y adolescentes y Teoría general del proceso, inédito. Como así también una excelente herramienta de interpretación, aún en otro campo pero siempre en el ámbito de protección de los niños, como son las Directrices de la ACNUR para determinar el interés superior del niño: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126

215 Bidart Campos, Germán J. (2000). Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio *pro homine.* En el Derecho Constitucional del siglo XXI, diagnóstico y perspectiva. Coordinadores: Bidart Campos Germán y Gil Dominguez, Andrés, Bs.As. Ediar.

216 Acorde al concepto de democracia sustancial que expresó Ferrajoli consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas. En Derecho y Razón, op. cit. p. 864.

217 Cabe aclarar, que Estado Constitucional de Derecho y Estado de Derecho no son términos sinónimos como ha señalado FERRAJOLI: Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. La legitimidad constitucional del actual modelo de

Sabido es que, en este contexto variadas decisiones judiciales son justificadas directamente desde principios constitucionales, cuya determinación de alcances y condiciones de aplicación es tarea de los jueces ante cada caso concreto.[219]

En este aspecto, citando a Ciuro Caldani, en el complejo del funcionamiento de la norma ninguna tarea se desenvuelve de manera aislada. Se da lo que él llama una "dialéctica de complementariedad" y enseña: "el reconocimiento se nutre en especial de la interpretación y de la aplicación; la aplicación, se alimenta de manera destacada de la interpretación y del reconocimiento; la interpretación se enriquece por los requerimientos de la determinación, la argumentación y la aplicación. Concluye Ciuro que, en la actualidad, "el reconocimiento funcional de los alcances a atribuir a las normas suele requerir que las ramas jurídicas tradicionales (Derecho Constitucional, Internacional, Administrativo, Penal, Procesal, Civil, Comercial, del Trabajo, etc.) sean enriquecidas con nuevos planteos "transversales" (como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, etc.).[220]

En consecuencia, habrá que considerar en primer término la fuente que contiene el principio, y luego buscar el interés superior del niño en las propias normas infralegales del lugar de residencia habitual del mismo, pues son estas mismas las que aportarán los elementos necesarios para lograr la adecuada

---

Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho representa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, el Estado Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. Ferrajoli Luigi, "Pasado y futuro del estado de derecho", en Neoconstitucionalismos, Trotta, Madrid, 2003.

218 Véase nuestro trabajo: La humanización del Derecho, la tutela judicial efectiva y el debido proceso judicial, Microjuris, MJ-DOC-5398-AR | MJD5398. La tutela judicial efectiva desde la perspectiva del Derecho Constitucional de Familia. Revista de la Maestría de Derecho Procesal Zum al Derecho Meridiano de Derecho Procesal Garantista Nº 1.

219 Chaumet, Mario E. – Meroi, Andrea A., ¿Es el derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado Constitucional, Principios y reglas, iura novit curiae, y garantía del contradictorio), LL, 2008- D- 717

220 Ciuro Caldani, Miguel Angel, El complejo del funcionamiento de las normas. Centro de Filosofía, Investigación y Docencia Nº 40.

interpretación del principio (vinculación coadyuvante de contribución desde la dimensión normológica).[221]

VI. DERECHO DEL NIÑO A SER OIDO

El respeto por este derecho es el punto clave de trascendental importancia en el procedimiento restitutorio. Se vincula íntimamente con la hipótesis de excepción que señaláramos anteriormente en cuanto a la oposición del niño a la restitución, producto de su derecho a ser oído conforme su edad y grado de madurez (capacidad progresiva), en todo proceso administrativo o judicial que lo afecte (art. 12 CDN, art 27 Ley 26061;) y las garantías del debido proceso judicial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que les son aplicables (art. 8 CADH, Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

En tal sentido, el niño, niña o adolescente, tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente, administrativa o judicial, cada vez que lo solicite; que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al arribar a una solución que lo afecte; a ser asistido por un letrado preferentemente en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento (en caso de carecer de recursos el estado le deberá asignar de oficio uno); a participar activamente en todo el procedimiento. "El niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerárselo como protagonista de su propia vida."[222]

Ello es congruente con el entendimiento de considerar al niño como sujeto "titular de derechos propios, con acceso a la jurisdicción, en foros y en casos en que se discuta sobre su destino y bienestar, está claro que las autoridades

---

221 *"A su vez, la contribución con la justicia puede provenir, desde la dimensión normológica, a través de los valores naturales relativos fidelidad –satisfecho cuando se describe la auténtica voluntad de los autores de las normas o de la comunidad respecto del orden de repartos deseado–; adecuación –inherente a la correspondencia de los conceptos con los fines propuestos–; exactitud –realizado cuando las construcciones normativas se cumplen–; subordinación –satisfecho en las relaciones verticales de producción–; ilación –propio de las vinculaciones verticales de contenido–; infalibilidad –inherente a las relaciones horizontales de producción–; concordancia –realizado en las vinculaciones horizontales de contenido–; y coherencia –propio del ordenamiento normativo en su conjunto–. La contribución de la coherencia a la justicia realiza la armonía normativa"*. Ciuro Caldani, Miguel Angel, Ubicación de la Justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia), Centro de Filosofia, Investigación y Docencia Nº 39.

222 Jáuregui, R. op. cit.

nacionales – e internacionales – deben ajustar sus decisiones a esta realidad".[223]

Así se ha dicho en jurisprudencia: "al decidir respecto de la procedencia de la restitución internacional de los menores no puede prescindirse de recabar la opinión que poseen los niños respecto del sitio en el cual desean residir, ello por aplicación del art. 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ratificado por la ley 23.857."[224]

Al respecto, corresponde traer a colación lo dispuesto por la Observación General Nº 7 del Comité de los Derechos del Niño, del año 2005: "En razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables que evalúan y representan sus derechos y su interés superior en relación con decisiones y medidas que afecten su bienestar, teniendo al hacerlo en cuenta sus opiniones y capacidades en desarrollo."

Destacamos lo señalado en el punto II respecto del Reglamento de Bruselas II bis en cuanto a que dispone como una carga de la autoridad de aplicación la escucha del niño, asimismo y con mayor rigor, la Guía de Buenas Prácticas de la Comisión que precisamente establece la escucha del niño como un requerimiento para tomar decisiones que se refieran a su restitución, todo ello en consonancia con la efectiva participación del niño en el proceso en tutela de sus derechos fundamentales.[225]

Como se pusiera de manifiesto al comienzo de este trabajo, la garantía del debido proceso se concreta a través de la efectivización del derecho a ser oído,

---

223 Hooft, Eduardo R., Restitución internacional de menores. Un caso argentino brasileño, LNBA, 2006 -6- 664.

224 Voto del Dr. Hitters en SCJBA "B., S. M. c. P., V. A" cit. Jáuregui, R. op. cit., La opinión que el niño pueda poseer sobre su restitución internacional al lugar de residencia habitual —art. 13, párrafo 4° y 5° del CH1980— debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez, para lo cual es imprescindible al juez conocerlo y ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole del derecho en juego (del voto del Dr. Pettigiani).

225 European Commission, Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, June 2005, p. 42, cit. por Basset, Ursula, op. cit.

puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana.

VII. PROCEDIMIENTO DE RESTITUCION

Ambos convenios establecen un procedimiento autónomo que comprende dos fases: una voluntaria, extrajudicial y opcional, llevada a cabo ante las Autoridades Centrales, donde operan la conciliación y la mediación; y una obligatoria, judicial, donde la Autoridad Central intervendrá en colaboración con la autoridad judicial y las partes, en miras al interés superior del niño. En ambas etapas la urgencia es la nota distintiva (arts. 2, 11, 12 y 18 CDH; arts. 10, 12, 13 y 17 CIDIP IV), así se establecen breves plazos de resolución en ambos convenios (6 semanas art. CLH; 60 días art. 12 CIDIP IV).

Los convenios reconocen el derecho de iniciar el pedido de restitución a toda persona o institución, no solo a los padres sino también a los tutores y guardadores que ejercían el derecho de custodia en el Estado de residencia habitual del niño antes del traslado o retención indebidos (art. 8 CLH; arts. 4 y 5, CIDIP IV).

El Convenio de La Haya permite que el pedido se realice ante la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del niño o de otro Estado contratante, a opción del peticionante sin limitaciones (art. 8). Aún cuando se puede acudir directamente ante las autoridades judiciales o administrativas obviando la intervención de la Autoridad Central (art. 29). Por su parte, la Convención Interamericana establece la presentación directa ante los jueces del lugar de residencia habitual del niño, lo que aparece justificado por la mayor proximidad con el solicitante no sustractor. También se admiten como *foro de necesidad o de urgencia*, el del lugar donde se encontrare el niño o el del lugar en que acaeció la sustracción, pudiendo incluso tratarse de un tercer Estado (arts. 6 y 1). El tratado bilateral de cooperación argentino-uruguayo le otorga jurisdicción única al juez de la residencia habitual del niño (art. 5), las comunicaciones se efectúan a través de las Autoridades Centrales (art. 15).

Respecto de las solicitudes que se presentan ante la Autoridad Central, las mismas consisten en un formulario-tipo al que deben adjuntarse toda la documentación requeridas por los convenios. En tal caso se encuentran exentos de legalizaciones. Para el caso de presentarse ante la justicia mediante demanda judicial, los documentos exigidos deberán legalizarse de conformidad con la legislación vigente, y ser traducidos al idioma del Estado ante el que se presentan por traductor oficial. Se encuentra excluida expresamente la imposición de la caución de arraigo, fianza u otra semejante (art. 22, CLH y art. 23, CIDIP IV) para garantizar el pago de las costas del proceso.[226]

En cuanto al plazo para la presentación de las respectivas solicitudes, el convenio bilateral argentino-uruguayo prevé el plazo de un año desde que se produjo el traslado o retención indebida. En caso de paradero desconocido del niño, el plazo comenzará a computarse a partir del momento de su localización, actuando de este modo como un plazo de caducidad puesto que es rígido y no admite excepciones. Los convenios multilaterales, no prevén este plazo pero transcurrido el mismo el juez puede denegar la restitución si estima que es más favorable al interés superior del niño. Ahora bien, presentado el pedido dentro del año referido, computado de modo indicado, la restitución debe ser ordenada sin más, salvo que se comprueben las excepciones que prevén los convenios. Si la solicitud fuese presentada una vez cumplido el término del año señalado, y mediando arraigo del niño a un nuevo centro de vida, la restitución deberá ser rechazada (art. 12, CLH80 [46]; art. 14, CIDIP IV).[227]

Ante el fracaso de la faz voluntaria, o en caso de presentación directa, el Juez competente será el Juez de Familia o civil del lugar del Estado de refugio, es decir donde se encuentra el niño, quien podrá solicitar del Estado requirente una decisión o certificación relativa a la ilicitud del traslado o

---

226 El convenio bilateral nada dice pero correspondería por aplicación del Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa que rige en el ámbito de Mercosur. Herz, Mariana, El proceso…., op. cit.

227 Ibidem.

retención, sin que ello afecte la competencia e independencia de la autoridad judicial competente del Estado requerido. Al mismo tiempo se tendrá en consideración la legislación extranjera aplicable al derecho de custodia, sin necesidad de recurrir a procedimientos tendientes a probar su vigencia, todo en virtud de la cooperación interestatal plasmada a través de la actuación de las Autoridades Centrales.

La finalidad del proceso restitutorio es la obtención de una orden judicial de restitución. Este es el principio general que reconoce excepciones en forma taxativa y restrictiva.

Si bien como señaláramos en puntos precedentes, el Convenio de La Haya no prevé un procedimiento específico de restitución, sí establece en su art. 2 que los Estados adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que se cumplan los objetivos del convenio recurriendo a los **procedimientos de urgencia** de que dispongan. A modo de avanzada, la Convención Interamericana, prevé un procedimiento sumario de plazos abreviados y de medidas urgentes. A saber, interpuesta la demanda y comprobado el cumplimiento de los requisitos formales, el juez debe adoptar medidas precautorias para evitar la salida al exterior del país del niño, puede adoptar medidas provisorias respecto de los derechos de custodia y visitas, debe notificar de la demanda al sustractor y tomar conocimiento personal del niño. A partir de esto último, el demandado tiene un plazo de 8 días para oponer las excepciones a la restitución previstas en el art. 11 y dentro de los 60 días siguientes el juez debe dictar una sentencia. No se establecen normas referidas a los medios de prueba ni respecto de los recursos oponibles contra la sentencia que ordena o deniega la restitución.[228]

En caso de oponerse excepciones, pesa la carga de la prueba en quien las invoca. Ha de destacarse que la etapa probatoria no puede prolongarse más allá de lo necesario para su acreditación, en función de la urgencia, y es

228 Herz, Mariana. El proceso…, op. cit.

netamente discrecional, admitiéndose solamente aquella que sea conducente a la comprobación de los hechos que taxativa y restrictivamente se contemplan como hipótesis de excepción en los convenios, evitando introducción de pruebas que tengan que ver con la cuestión de fondo. Por ello, normalmente es la prueba documental la que prima.

Se trata de evitar además las dilaciones innecesarias que usualmente se producen que atentan contra la garantía de restitución inmediata y su celeridad. Muchas veces ocasionadas por los ardides de la parte interesada en su morosidad, pero muchas veces también por error frecuente en los jueces al tratar cuestiones referentes al tema de fondo, como es la custodia o tenencia.

Como se advirtiera anteriormente, el análisis de las excepciones excede el objeto del presente trabajo, pero al solo efecto ilustrativo enumeraremos las que se prevén:[229]

1- El consentimiento anterior o la aceptación posterior al traslado o retención indebida por parte de quien ostentaba la custodia (art. 13.1.a CLH; art. 11.1.a de CIDIP IV), que a su turno, pudo encuadrar primeramente en el art. 3 CLH y 4 CIDIP IV al examinarse el derecho de custodia.

2- . La existencia de un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera se lo ponga en una situación intolerable (art. 13.1.b de CLH y art. 11.1.b de CIDIP IV que suprime lo referente a la situación intolerable por considerar que se trata de un concepto impreciso que amplía en demasía las causales de denegación). La presente es una de las más frecuentes que se invocan en la práctica y que han dado lugar a confusiones respecto de la cuestión de fondo. Ya existe asentada doctrina en cuanto a que debe tratarse de de una afectación inusual, extrema, demasiado severa como para ser tolerada. Y lo que la autoridad debe apreciar es la posibilidad de que ocurra y no la constatación de que ha ocurrido, error también frecuente en tribunales. La casuística jurisprudencial en este aspecto

229 Puede consultarse la doctrina citada a lo largo del presente trabajo y, especialmente el excelente trabajo de Mariana Herz, op. cit. y el de María Victoria Famá, op. cit.

es variada y profusa. Señala Herz en este punto que, si bien los tribunales del Estado de residencia habitual del niño son los mejor posicionados para decidir las cuestiones vinculadas al régimen de custodia y visitas, si el procedimiento pudiera conducirse en el otro Estado, con presencia del sustractor mediante videoconferencias y con la garantía otorgada por las autoridades del Estado de relocalización de que el niño no será sacado de su territorio, se ahorraría dinero y se evitarían los continuos desplazamientos que implica la sustracción, restitución y posterior relocalización cuando se resuelve la guarda.

3- La oposición del menor cuando ha alcanzado una edad y un grado de madurez apropiado para considerar sus opiniones (art. 13.2 de CLH y art. 11.2 de CIDIP IV). Este punto lo hemos desarrollado anteriormente al tratar el derecho del niño a ser oído (art. 12 CDN). Corresponde agregar, que las convenciones no establecen un límite de edad, dependerá del grado de madurez que se apreciará en cada caso concreto. No existe un criterio uniforme en la jurisprudencia comparada. No obstante es el Juez decide sobre el retorno y las opiniones del niño habrán de tenerse en cuenta a los fines del convenio y a su interés superior. Se deberá tener especialmente en cuenta que la opinión del niño sea clara y exenta de la influencia del progenitor.[230] Es importante en este punto señalar, que en caso de grupos de hermanos se tenderá a no separarlos.

4- La violación a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, como consecuencia de la restitución (art. 20 de CLH y art. 25 de CIDIP IV). Considera Herz, que únicamente podrá ser invocada en el supuesto poco común de que la restitución del niño conmocione completamente la conciencia del tribunal u ofenda toda noción del debido proceso.

La sentencia restitutoria ordenará la restitución, o en su caso, hará lugar a las excepciones interpuestas y por ende, denegándola. Los convenios no

230 Herz, Mariana. El proceso…., op. cit.

contienen disposiciones relativas a la materia recursiva, la que deberá ceñirse a la urgencia del caso. En la práctica ello atenta enormemente contra la celeridad requerida en estos procesos, dificultándose muchas veces la restitución. Aquí se trasluce la necesidad de cooperación interestatal para facilitar el regreso seguro y lograr su cometido. La Convención Interamericana dispone que estas medidas deben adoptarse dentro de los 45 días corridos a partir de la notificación a la autoridad requirente de la sentencia que ordena la restitución de lo contrario, quedarán sin efecto la decisión y las medidas adoptadas (art. 13).

VIII. PROCESO DE RESTITUCIÓN: PROCESO URGENTE? DEBIDO PROCESO

Advertíamos que, para el efectivo cumplimiento de la garantía de restitución que prescriben los tratados internacionales, se requiere la mayor celeridad en la resolución de las solicitudes de restitución internacional, pues sin la debida urgencia en su disposición, se enervan los postulados consagrados en los convenios internacionales en miras a ello (arts. 2, 11, 12 y 18 CDH; arts. 10, 12, 13 y 17 CIDIP IV). Antes bien, con el respeto a las garantías del debido proceso y prevaleciendo en todo su desarrollo el interés superior del niño (art. 3 CDN), que puede resultar "desquebrajado" si la justicia no opera con la debida rapidez y sin mayores dilaciones.[231]

Esto refleja uno de los deberes de los Estados cuya responsabilidad internacional se impone en caso de incumplimiento, en virtud de los compromisos asumidos frente a otros Estados en el marco de la protección de los Derechos Humanos, conjugados ellos con los tratados restitutorios ratificados. Señala Herz, que algunos de esos deberes respecto al procedimiento restitutorio son: "a) El deber de celeridad, que impone que todas las etapas del proceso restitutorio se cumplan rápidamente, sin dilaciones injustificadas y respetando, en la medida de lo razonable, los plazos establecidos en las convenciones. Este deber ha sido erigido en estándar

231 Raya de Vera, Elosisa B., El factor tiempo…, op. cit.

internacional de tratamiento exigible inclusive en supuestos en que los convenios no resultan aplicables.[232] b) El deber de actuar de oficio, que significa que los particulares pueden coadyuvar al Estado pero su inacción no debe afectar la adopción de todas aquellas medidas tendientes al logro de los propósitos y fines de las convenciones. En particular, el Estado no debe esperar que el peticionante impulse el proceso ni que solicite o requiera medidas que sus autoridades puedan adoptar. Tampoco recae sobre él el deber de informar de la existencia de un proceso restitutorio que obstaculice el pronunciamiento sobre la custodia (art. 16, CLH)".[233]

Destacábamos la razón de asegurar el cumplimiento de la inmediata restitución del niño que prevén los convenios (Garantía de restitución), motivo por el cual la "urgencia" es la nota característica del procedimiento, a fin de la eficacia operativa de los tratados (art. 1º CLH; art. 1º CIDIP IV).

Por tanto resulta como tarea ineludible de los Estados, la de instruir procedimientos judiciales rápidos y expeditivos a fin de evitar los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos casos, como es la dilación en el tiempo y el consecuente arraigo del niño por vías de hecho, teniéndose en cuenta además que, a posteriori, indefectiblemente acaecerá un nuevo desarraigo; y la consiguiente frustración de la finalidad y objeto de los convenios de restitución.

Adviértase que en estos supuestos, es preciso evitar toda práctica dilatoria proveniente de ardides jurídicos que atenten contra la finalidad propia de los tratados: la inmediata restitución segura de los niños a su residencia habitual.[234]

"Cuanto más tiempo transcurra entre el traslado o la retención ilícita y la decisión a adoptar, esta será mucho más difícil para aquel que tiene que

---

232 "Bajrami contra Albania" decidido por la CEDH el 12-12-2006 en que se eleva al art. 11, CLH80 al nivel de Standard internacional de protección que es exigible aun a los Estados no signatarios del CLH80 para cumplir con el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cit. por Herz, Mariana, El proceso… op. cit.

233 Herz, M. op. cit.

234 Raya de Vera, Eloisa B. El factor tiempo …, op. cit.

resolver pues el menor habrá desarrollado un nuevo centro de vida en el Estado requerido".[235]

Cierto es como señala Famá, que cuando el problema ha llegado a la Justicia ya es demasiado tarde, y por tanto se exige una decisión inmediata y efectiva evitando la consolidación de situaciones fácticas que paradójicamente benefician al propio infractor que ha vulnerado los derechos del otro progenitor y de sus hijos, quien a su vez en muchos de los casos, actúa a sabiendas y por ello ha decidido el cambio de jurisdicción para obtener una decisión judicial que lo favorezca (fórum shopping o fórum conveniens), pues frecuentemente tiene la íntima convicción de radicarse en el país requerido. El factor tiempo se erige así como un arma de poder a su favor que avala su conducta antijurídica.[236]

En general los Estados no disponen de un procedimiento específico para los casos de restitución internacional de niños, en consecuencia y en función de lo ordenado por ambos convenios, el juez competente debe optar por el trámite más urgente que disponga en sus ordenamientos procesales, al mismo tiempo así lo hace saber la propia Autoridad Central[237] al presentar el requerimiento restitutorio y sus informes. Algunos Estados han dictado normas procesales especiales[238] y otros casos se ha establecido un proceso monitorio especial.[239]

---

235 Goicoechea, Ignacio y Seoane de Ghiodi, María del Carmen. Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley 23.857), LL. 1995-D, 1412.

236 Famá, M. V., Cuando los niños….., op. cit.

237 La Autoridad Central es el órgano designado por cada Estado contratante para cumplir con las funciones previstas en las Convenciones de restitución internacional: arts. 6 y 7 CLH y art. 7 CIDIP IV. En la República Argentina: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Dirección de Asistencia Jurídica Internacional.pueden consultarse las Autoridades Centrales de todos los países contratantes en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.authorities&cid=69

238 LEC Española, Título IV, Medidas Provisionales con relación a las personas (Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional); Decreto Ejecutivo Nº 222/2001 de Panamá reglamentario de la ley que aprueba la CLH; el Auto acordado de la Corte Suprema de la República de Chile del 3-11-98 que regula el procedimiento aplicable por los tribunales para las causas de restitución, previendo plazos breves de tramitación tanto en primera instancia como ante la Corte de Apelaciones. Véase Scotti, Luciana B. La garantía del debido proceso…, op. cit.

239 Véase Herz, Mariana, El proceso…, op. cit.

En humilde opinión, no se comparte el criterio de cierta doctrina de considerar al proceso restitutorio como una medida cautelar.[240] Sostenemos decididamente que debe respetarse en todo momento la defensa en juicio de todas las partes involucradas, no pudiendo ordenarse de ningún modo la restitución inaudita parte, y ello en función de lo previsto por los propios tratados en cuanto a las excepciones que pueden plantearse legalmente a la restitución inmediata que señaláramos. Que siendo taxativas y de interpretación restrictiva, exigen breves plazos de tiempo para su comprobación y alegación, en miras además del interés superior del niño. Esto me recuerda a la frase acuñada en doctrina, "todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar".[241]

Entiéndase, el proceso de restitución, no implica de ningún modo un juicio de custodia (tenencia) de amplitud probatoria. En este proceso no se discute sobre la aptitud de uno u otro progenitor a los efectos de la custodia de los niños. La decisión sobre la cuestión de fondo no es competencia del Juez interviniente en el país requerido, sino del Juez del Estado donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de que acaeciera el traslado o retención ilícita (art. 16 CLH, art. 16 CIDIP IV). Una intervención judicial en contrario generaría responsabilidad internacional al Estado de refugio.

Así lo ha entendido la fértil jurisprudencia[242] en la materia que ha sentado ya doctrina, y la profusa labor doctrinaria, a nivel internacional, principalmente de los organismos encargados de la operatividad y monitoreo de la aplicabilidad de los convenios[243], lo que ha dado como resultado una mayor difusión de los tratados llegándose a elaborar una la Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción

240 Goicoechea, I., Aspectos prácticos…, op. cit. p. 68.
241 Peyrano, Jorge W., Lo urgente y lo cautelar, JA, 1995-I, p. 899.
242 Puede consultarse la extensa cantidad de casos internacionales en la base de datos de jurisprudencia internacional de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: www.incadat.org
243 Véase: http://www.hcch.net/index_es.php

Internacional de Niños[244] desarrollado por el grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, y presentada en la segunda reunión de expertos gubernamentales "Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres", Buenos Aires, Argentina, 19 - 21 de septiembre de 2007,[245] como así también las Guías de Buenas Prácticas entre otros documentos trascendentales, en virtud del Convenio de La Haya de 1980,[246] que recomiendan mecanismos aptos y recursivos en forma de estándares mínimos para adoptar por los Estados en su Derecho Interno, en pro de la premura ineluctable que constituye además, el atributo determinante de la validez operativa de los tratados.[247]

---

244 Principios procesales que contempla la Ley Modelo: celeridad, inmediación, concentración procesal y de la competencia, doble instancia, existencia de contradictorio de partes, participación preceptiva del Ministerio Público como representante de la causa pública, preservación del derecho del niño a ser oído, conciliación y cooperación jurídica internacional. Se intenta equilibrar los intereses comprometidos, esto es, le celeridad sin sacrificar las garantías del debido proceso aseguradas en los tratados de derechos fundamentales, teniendo especialmente en cuenta los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño como la inmediación y el derecho del niño a ser oído. La estructura del procedimiento y sus plazos se simplifican y acortan.

245 Op. cit.

246 Durante el marco de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial celebrada en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001, se sugirió realizar como una guía práctica explicativa cuyo objeto sería el de facilitar el funcionamiento del Convenio. Se concentraría en cuestiones de funcionamiento e iría dirigido principalmente a los nuevos Estados contratantes. No tendría efectos obligatorios ni infringiría la independencia del poder judicial. La metodología a seguir debería dejarse a la Oficina Permanente." Así se redactaron dos Partes de la Guía de buenas prácticas. La Primera Parte trata de la práctica de las Autoridades Centrales y la Segunda Parte de las Medidas de Aplicación. Estas partes de la Guía fueron aprobadas por la Comisión Especial sobre el Convenio reunida en La Haya del 27 de septiembre al 1 de octubre de 2002, y publicadas en inglés, francés y español. La Tercera Parte de la Guía de buenas prácticas, por consiguiente, trata de las medidas de prevención. Las medidas indicadas en esta Parte de la Guía de buenas prácticas pueden ser adecuadas tanto para los Estados Contratantes como para los no Contratantes por igual. Esta Guía no pretende, imponer una uniformidad en el procedimiento o en la práctica. La finalidad de esta Guía es hacer una relación de procedimientos y prácticas que los Estados pueden desear poner en funcionamiento. Nada debe interpretarse como obligatorio para los Estados Parte, y en especial a las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio, a revisar sus propias prácticas y, en la medida de lo posible, a mejorarlas. Op. cit.

247 Así la Guía de las Buenas Prácticas Parte II Medidas de Aplicación, punto 6, Cuestiones de Derecho Procesal, establece en su punto 6.3 Procedimientos expeditivos: Los Estados contratantes están sometidos a la obligación de tratar las demandas de retorno con diligencia. Esta obligación se extiende también a los procedimientos de apelación. El rápido tratamiento de las solicitudes es un factor esencial del Convenio… La ley de aplicación puede comprender nuevas disposiciones para facilitar el trato diligente de los asuntos de La Haya por los tribunales. Las leyes, los reglamentos, las normas procesales de los tribunales, o los códigos de normas procesales de muchos Estados contienen disposiciones que confieren a los tribunales poderes para acordar la

En este sentido, se ha sostenido en jurisprudencia "…que la acción de restitución es autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal, pues puede verse agotada con la sola restitución sin ser seguida por acción posterior (esto lo distingue especialmente de una medida cautelar)[248] En cuanto a lo segundo, por participar de la naturaleza del recurso de innovar, aunque no ya referida al juez sino a las partes (…) Según Droz, la Convención fija simplemente una obligación de resultado: el retorno del niño ("Travaux du Comitè …" annèes 1981-82, Editions du centre National de la Recherche Scientifique, París, 1981, p. 131) Esto es así en tanto de lo que se trata es de lograr una solución de urgencia con miras a evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas (Rapport explicatif de Mile Elisa Perez Vera Nº 40) evitando que la solución de las disputas entre progenitores en torno a la guarda o tenencia de los menores se logre mediante vías de hecho(Weimberg de Roca, Inés. "Sustracción y restitución internacional de menores", LA LEY 1995- C 1281) frustrando maniobras de fórum shopping (Weimberg de Roca, ob. cit.; Operti Badán ob. Cit.)…"[249]

---

prioridad de una demanda de retorno de La Haya, tomar todas las medidas provisionales necesarias y poner en marcha procedimientos acelerados. En algunos Estados está previsto que todos los asuntos relativos al Convenio se dirijan a tribunales designados para asegurar que los casos sean oídos por jueces con el suficiente conocimiento de las disposiciones del Convenio y de los procedimientos acelerados. Y en su punto 6.6. establece: Procedimiento de recurso acelerado: limitar el plazo para recurrir cuando sea necesario; especificar el tribunal o limitar el número de niveles frente a los que se pueda recurrir; y indicar el efecto de presentar un recurso contra una orden de retorno (¿se mantendrá una orden de retorno mientras el recurso está pendiente?). 6.7 Ejecución: examinar si los mecanismos de ejecución en el seno del sistema interno necesitan ser completados (es decir, prever disposiciones por desacato al tribunal, arresto o encarcelamiento, poder de ordenar la revelación de la localización del menor, proporcionar garantías para el menor, ampliar el papel del Fiscal del Estado); y en los sistemas en los que se requieren medidas de ejecución complementarias, asegurar que el solicitante tenga conocimiento de la necesidad de medidas de ejecución distintas. Con este efecto, conviene reconocer la necesidad de obtener la ejecución de las órdenes de retorno (es decir, que el retorno se realice realmente y no simplemente se ordene). 6.5 Reglas sobre la prueba: Las normas y prácticas relativas a la aportación y admisión de pruebas, incluyendo el testimonio de expertos, debe aplicarse en los procedimientos de retorno teniendo en cuenta la necesidad de rapidez y la importancia de limitar la averiguación a las cuestiones litigiosas que son directamente relevantes a la cuestión del retorno.

248 El destacado nos pertenece.

249 "S., Z.A.A. c/ A., D. D. s/ exhorto", 14-09-95, ED -165-499

En igual sentido la doctrina lo describe como un proceso autónomo de carácter sumario que tiene por objeto la única finalidad de devolver al menor al entorno natural.[250]

Compartimos esta calificación, en el entendimiento de que, se trata de un proceso autónomo no cautelar, que en cumplimiento del objetivo primordial como tal requiere de plazos abreviados en sus diferentes etapas, especialmente la probatoria,[251] acotada a la comprobación de los hechos que constituyen taxativamente los supuestos excepcionales y de interpretación restrictiva, donde tienen plena vigencia las potestades judiciales en cuanto a su procedencia y pertinencia, y donde el mecanismo recursivo deberá adaptarse a la urgencia requerida para no frustrarse la esencia misma de los convenios internacionales en la materia.[252]

No puede dejarse de considerar, que este proceso tiene por fin la restitución inmediata del niño a su residencia habitual en resguardo de su interés superior, pues además se amparan las relaciones familiares asegurándose el derecho de visita, y en su propio bienestar, ergo, resulta evidente que se trata de una tutela especial, como aquellas propias del Derecho de Familia.

En este sentido, podemos sostener que por tratarse de una tutela especial pues se protegen derechos de los niños y a nivel internacional, lo que compromete a su vez la responsabilidad estatal, requiere de un tratamiento

---

250 Santos Belandro, Rubén, Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado Comparado. El testamento vital. Asoc. Escribanos de Uruguay. Montevideo, 2007, p. 213. Cit. por Scotti, Luciana B., La garantía del debido proceso., op. cit.

251 *"Lo precedentemente expuesto, justifica que el régimen probatorio, extremadamente reducido, que admite la susodicha Convención para acreditar las hipótesis de excepción a su aplicación que contempla el art. 13, no sea el propio de un proceso de conocimiento -como parece interpretarlo la recurrente que se remite al juicio sumarísimo- más o menos pleno ("Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctima de sustracción ilegal", por Osvaldo Ortemberg, en La Ley Gran Cuyo, 2006 —abril—). Es que la mencionada Convención gira sobre el pivote de que la restitución del menor sustraído debe ser "inmediata" ("El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores", por Eloísa Raya de Vera, en La Ley, 31 de mayo de 2011), dado que con la demora en la restitución se corre el riesgo del arraigo del niño en su nuevo hábitat "*. C.A.Civ. y Com. Rosario, Sala III, Del voto del Dr. Peyrano, Jorge W., Purcell, Brett s/ pedido de restitución del menor Dante Purcell, 10/08/2011, La Ley Online AR/JUR/48650/2011.

252 También se lo ha definido como "proceso atípico". Voto Dr. Peyrano, cit. ut supra.

diferenciado, ágil y expeditivo, sin que ello implique que no puedan respetarse las garantías del debido proceso judicial.

Precisamente, consideramos que la tutela judicial efectiva de estos derechos amparados internacionalmente se logra a través del debido proceso.[253] Donde el derecho de defensa y el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida especialmente en cuenta, reviste singular importancia.

Se sostiene firmemente, que por requerirse una rápida y efectiva tutela de los derechos fundamentales, no por ello se deban vulnerar garantías constitucionales.[254]

En igual sentido, se ha sostenido que "*sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle, y aún cuando el objeto del juzgamiento no tenga que ver con el fondo de las cosas sino con la reparación inmediata de un statu quo arbitrariamente alterado, salta a la vista la necesidad de que exista un proceso, naturalmente estamos hablando del proceso debido, en el cual se respeten todas y cada una de las garantías que integran el paradigma del debido proceso legal…".*[255]

No se comparte en absoluto el concepto de "proceso urgente" como carente de las etapas que definen al proceso como tal en aras de la celeridad.[256] Por el contrario, se considera al proceso como garantizador de los

---

253 *"Esto hace al abecé de la constitución, del acceso a la justicia, de la garantía de la defensa, y de la tutela judicial continua y efectiva",* SCBA, C 104.149, 15-VII-2009. Cit. por Scotti, Luciana B., DFyP 2011 (setiembre) 66.

254 Ya en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia del Mercosur, que tuvo lugar en 2005, la Comisión 5 que trabajó sobre la materia propuso en sus conclusiones la aprobación de un procedimiento ágil y de rápida tramitación para evitar el desarraigo del niño, que tuviera en cuenta el derecho de defensa de todas las partes involucradas y resguardara el derecho del niño a intervenir en el proceso y su interés superior ponderando racionalmente tanto las circunstancias fácticas como jurídicas de la especie a fin de alcanzar decisiones acordes con el respeto de los derechos fundamentales que, a la vez, contribuyan a la lucha común contra el flagelo de los desplazamientos y de las retenciones ilícitas. Cf. Herz, Mariana. El proceso…, op. cit.

255 SCBA, "V., M. J.", 15-VII-2009, cit. por Scotti, Luciana B., DFyP 2011 (setiembre) 66.

256 Entendiendo al proceso como lo define el Maestro El Maestro Alvarado Velloso: "una serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales, conectadas entre si por la Autoridad (Juez o árbitro)". Lo lógico de la serie radica en su propia composición que siempre presenta cuatro fases, ni más ni menos y en el orden siguiente: afirmación – negación – confirmación – evaluación. Con la característica particular de ser cada uno el precedente lógico del que le sigue y, al mismo tiempo, ser el consecuente lógico del que le precede. Sin poder prescindirse de ninguna de las fases señaladas pues de lo contrario carece de sentido. Ver en Alvarado Velloso, Adolfo. (1989). "Introducción al estudio del derecho procesal". Rubinzal Culzoni. 1ª Ed. Primera Parte. p. 234 y ss.

derechos constitucionales. El garantismo así entendido, pretende "el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos Internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico". Por ende, un Juez comprometido exclusivamente con la constitución, que "se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales".[257]

Sin embargo, es necesario adecuar el Derecho a las nuevas exigencias, y que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido, y así hacer justicia, como garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello sí, sin descuidar el contradictorio, el debate, y el derecho de audiencia que también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin perjuicio de sostener firmemente que la verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial, no podemos dejar de coincidir en que la justicia no puede dar respuesta y solución a todas las problemáticas familiares que se le presentan, las que en muchas ocasiones, como las del tema de esta ponencia, revisten características de índole social, cultural, económicas, o de otra índole, que exigen un tratamiento interdisciplinario y, específicamente en lo que refiere a restitución segura, una fuerte y decidida cooperación interestatal. En este punto vemos entonces que los convenios que nos comprenden a los países latinoamericanos han devenido insuficientes ante el paradigma actual, exigiéndose por tanto una readecuación de normas y nuevos compromisos a asumir por los Estados.

Por otra parte, creer que todos los problemas de familia pueden encontrar solución jurisdiccional exclusivamente, constituye una creencia que puede llevarnos de antemano al fracaso, pues en casi todos los casos, cuando el pedido de restitución internacional llega a la justicia, ya es tarde.[258]

IV. CONCLUSION

257 Alvarado Velloso, Adolfo. (2010). Garantismo Procesal. Adrus. Arequipa. Perú. 1ª Ed. P. 78.
258 Basset, Ursula C., Restitución internacional de menores... op. cit.

Se apela a la regulación de un proceso unificado, ágil y expeditivo a fin de cumplimentar la tutela judicial efectiva en tiempo razonable, a los efectos de lograr el cumplimiento cierto de la garantía de restitución que consagran los Convenios Internacionales suscriptos en miras a la protección internacional de los niños, niñas y adolescentes.

Es necesario adecuar el Derecho a las nuevas exigencias, y que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido, y así hacer justicia, como garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello sí, sin descuidar el contradictorio, el debate, y el derecho de audiencia que también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial, precisamente es a través del debido proceso judicial que se garantizan los derechos fundamentales.

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE MAGISTRADOS, FUNCIONARIOS, PROFESIONALES Y OPERADORES DE N. A. F.

CIRO DE SOUZA BRITO

GABRIELLA SIQUEIRA AUGUSTO

LA IMPORTANCIA DEL DIÁLOGO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE PRECAUCIÓN A LA VIOLENCIA EN EL ENTORNO DE LA ESCUELA LEONOR NOGUEIRA EN BELÉM-PA

Comision II: Derechos Humanos Famlia, Niñez Adolescencia y Justicia

Belém, PA, Brasil

2014

CIRO DE SOUZA BRITO

Dirección: Pasaje Rosane, No 70, barrio Marco, código postal 66093-440, Belém, Pará, Brasil
E-mail: cirosbrito@gmail.com y ciro.brito@icj.ufpa.br
Teléfono: +55 91 3351 2820
Móvil: +55 91 8252 8662

GABRIELLA SIQUEIRA AUGUSTO
Dirección: Pasaje de Bom Jesus, No 351, barrio Campina, código postal 66813-385, Belém, Pará, Brasil
E-mail: gabriella.augusto215@gmail.com
Teléfono: +55 91 3207 4055
Móvil: +55 91 8234 1938

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

RESUMEN

La familia es la base fundamental del desarrollo biológico, psicológico y social de los individuos, la central que proporciona las primeras experiencias en la interacción y favorece el desarrollo de los valores individuales y colectivos en los niños. Debido a su importancia indiscutible en el entorno social, la familia se convirtió en un bien jurídico salvaguardado instituto nacional e internacional. En este sentido, los padres, como responsables de la estructuración de la relación familiar, recibieron la incumbencia de algunas responsabilidades para con sus hijos. Se destaca en este estudio el deber fundamental de los padres con la educación de sus hijos, que aquí se traduce tanto en la transmisión de valores, como la obligación de supervisar el desarrollo de los escolares. El cuadro de diálogo aparece, introduzca estudio bibliográfico y la investigación cuantitativa, como una herramienta eficaz para mantener el equilibrio de la vida familiar. Esta herramienta también muestra sus beneficios en el rendimiento escolar de los niños y adolescentes. El diálogo contribuye a la preservación de la calidad de la vida familiar y para la construcción y consolidación de la buena evolución de los niños en el entorno escolar.

Palabras clave: Familia. Diálogo. Niños y adolescentes.

INTRODUCCIÓN

La familia es el primer grupo social que los humanos participan. Es a través de las relaciones entre sus miembros que estos absorben los valores, creencias, costumbres y conceptos iniciales de la adaptación y la interacción social.

Debido a su importancia, lafamilia es ampliamente discutida en la zona legal, lo que le proporcionó una protección especial y extensa en los sistemas jurídicos internacionales y patria legal.

La importancia de la unidad familiar se encuentra también en varios estudios de la psicología y la sociología que demuestran la influencia decisiva de la relación entre padres e hijos en el desarrollo psicológico, biológico y social de los menores. Por lo tanto, los padres juegan un papel esencial en la formación de la personalidad de sus hijos, según Minayo y Schenker (2003), la educación que se imparte dentro de la familia es responsable de la socialización primaria de estos, lo que resulta en la adolescencia y la edad adulta de los niños.

Los niños, en las edades dela niñez o de la adolescencia, son más vulnerables a las consecuencias de una relación familiar inarmónica. Está claro que los conflictos son inherentes a cualquier grupo social, pero la forma en que la familia se ocupa de cuestiones definirá cómo la interacción de sus miembros y el futuro se desarrollarán. En este sentido, la familia tiene el deber constitucional de salvaguardar y asegurar al niño y al adolescente sus derechos.

Entre el elenco de deberes de los padres para con sus hijos, es una obligación, constitucionalmente definida y por la legislación específica, educar. El derecho a la educación implica tanto comprensión de los valores morales y culturales a través de las lecciones aprendidas en la familia, como el acceso a la educación regular. Los menores deben también estar matriculados correctamente en una institución educativa y recibir una educación adecuada y de calidad.

A pesar de la atención y el cariño con que las relaciones se basan, la familia sufre de conflictos inherentes a su convivencia, así como de cualquier grupo social. Sin embargo, la forma en que estas cuestiones se aborden con decisión afecta el comportamiento futuro de sus miembros y su amistad. La adolescencia es considerada por los estudiosos como uno de los momentos más conflictivos en la relación familiar. En esta etapa, el diálogo se presenta como una herramienta esencial para la solución pacífica y armoniosa de los desacuerdos en la casa.

La eficacia del diálogo como recurso para la mediación de conflictos familiares se observó a través de análisis de la literatura especializada y el análisis de los datos obtenidos a través de la encuesta cuantitativa de los padres de los estudiantes de la escuela Leonor Nogueira, en las afueras de la ciudad de Belém, capital de Pará, en Brasil.

En todo el documento señala la importancia de las relaciones familiares y el resultado positivo de la utilización frecuente de diálogo, revelando la conexión intrínseca entre las conversaciones abiertas entre padres e hijos y la buena relación entre las partes. La orientación dada por los padres a través del diálogo con sus niños influye en el comportamiento de los niños más allá del ámbito familiar, lo que refleja en su relación con la escuela y con otros miembros de la sociedad.

1 FAMILIA Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO BIOPSICOSOCIAL DE SUS MIEMBROS

Según Venosa (2013), la familia se puede definir como el conjunto de personas unidas por una relación jurídica, siendo considerado en el sentido estricto, el núcleo formado por los padres y los niños que viven en la patria potestad[259]. En este sentido, el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia, Ley N º 8069, en su art. 25, afirma que la familia es la comunidad formada por los padres y sus hijos.

Hasta que el Código Civil de 1916, la familia se basa únicamente en la figura del matrimonio. Con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, sin embargo, el concepto de familia está cambiando, basada en el principio del pluralismo de las entidades de la familia, reconociendo la posibilidad de que la familia está formada por varias estructuras, y no sólo por

[259] Diniz (2004) define el poder de la familia como: "Un conjunto de derechos y obligaciones, en cuanto a la persona y bienes del hijo menor no emancipado, ejercido en condiciones de igualdad por ambos padres, para que puedan llevar a cabo las tareas que impone la norma legal teniendo en cuenta el interés y la protección de los niños ".

el modelo clásico de la unión por el matrimonio entre el hombre y la mujer con el propósito de tener hijos (Rossato y Lepore, comentarios a la ley nacional de adopción, p. 28).

La familia, que se basa en los factores biológicos, psicológicos y sociológicos legalmente protegidas, se rige por los derechos y deberes mutuos, que rigen las relaciones entre sus miembros, con independencia de la forma en que la unidad familiar está compuesta.

Ahora bien, es innegable que el grupo familiar tiene un papel esencial en la formación y la determinación de la personalidad de los individuos, y haciendo materialmente parte de comportamiento individual a través del aprendizaje de las medidas adoptadas y las medidas educativas adoptadas dentro de la familia (Drummond y Drummond Filho, 1998). No obstante, es conveniente señalar que esta es la institución responsable de la socialización primaria de los niños y adolescentes (Minayo y Schenker, 2003), proporcionando la experiencia que es preparar las personas para ajustarse y adaptarse a las exigencias de la vida social.

Según Romanelli (1995), la relación entre padres e hijos es el que tiene el vínculo más fuerte dentro del contexto familiar, mediante la unión a la reproducción biológica, y sobre todo la reproducción social de los menores. Por lo tanto, el tipo de interacción que se establece entre padres e hijos, así como las expectativas y sentimientos de los padres hacia los hijos, juegan un papel muy importante, tanto en el tipo de personalidad, como en el rendimiento académico de los niños (Tallón et al, 1999) .

Es en la familia que los niños reciban las primeras demostraciones de afecto, necesarias para la maduración y el buen desarrollo emocional, que afecta a su relación con los distintos grupos sociales que tienen contacto con todo su ciclo de vida. Por lo tanto, la calidad de las relaciones familiares y la calidad de la relación matrimonial son aspectos importantes que influyen directamente en el desarrollo de los niños y pueden influir incluso la posible

aparición de déficits y trastornos psicoemocionales en individuos (Tallón y cols., 1999) .

Desde esta perspectiva, estas son las funciones psicológicas de la familia: proporcionar cariño al recién nacido, un factor clave para asegurar la supervivencia emocional del individuo; sirven como soporte para el desarrollo humano, ayudando a superar las "crisis vitales" (por ejemplo, la adolescencia) en la que todos los seres humanos pasan por la vida; y crear un entorno propicio para el aprendizaje empírico, esencial en el processo de desarrollo cognitivo de los seres humanos (Osorio, 1996).

2EL DEBER DE EDUCAR

A lo largo histórico, social y psicológico, la importancia cultural de la familia, el sistema jurídico brasileño exigió por normas específicas que cuidasén de los derechos y deberes de los componentes de este instituto, que es la familia.

Algunos autores señalan que, ya en 1924, la Declaración de Ginebra determinó la necesidad de una protección especial de los niños (Antonio Fernando do Amaral e Silva y Munir Cury, comentario al art. 1, en www.promenino.org.br) (Ishida, 2014). El hecho es que el XVIII hasta el siglo XX, las declaraciones de derechos humanos proclaman los derechos la libertad, la solidaridad, la igualdad, la dignidad, el respeto, la paz inalienables. Su carácter de universalidad es la condición fundamental de la existencia (Marcílio, 1998). Cabe destacar la Declaración Universal de los Derechos del Niño, adoptada por la ONU en 1959, el gran hito en el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, carecedores de protección y cuidados especiales.

En Brasil, según el art. 229 de la Constitución, los padres tienen el deber de cuidado, de creacción y de la educación de los niños. Debido a la necesidad de dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales, éstas son

transcritas por una ley específica. En el caso de los niños, la ley más importante en la legislación brasileña es el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA), la Ley N ° 8069 de 13 de julio de 1990, el ECA es considerado un hito en la protección de los niños y adolescentes y se basa en la doctrina de la protección integral, el fortalecimiento de la posición de prioridad absoluta de los derechos de los menores en el texto constitucional.

Artículo 227, caput, de la Constitución Federal brasileña, asegura que:

> Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado para garantizar a niños, adolescentes y jóvenes, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el ocio, la formación profesional, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y la vida familiar y comunitaria, además de mantener a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión[260].

Por su parte, el Estatuto de la Niñez y Adolescencia expresa el deber de educar en su art. 22: "Los padres tienen la tarea de apoyo, custodia y educación de los hijos menores de edad, lo que les deja aún, en los intereses de la obligación de respetar y hacer cumplir las órdenes de la corte".

Pero después de todo, lo que implica el deber de educar? José Antonio de Paula Santos Neto (1994, p. 108) enfatiza: "La tarea de educar implica satisfacer las necesidades intelectuales y morales del menor, que le da la oportunidad de desarrollar estos niveles."

Paulo Afonso de Paula Garrido (1995, p. 102), A su vez, menciona: "Educar, por otro lado, tiene un sentido amplio, el propósito de transmitir y permitir el conocimiento, despertando y valores que posibilitan al niño a enfrentarse a los retos de la vida diaria".

---

[260]En este artículo se establece la doctrina de la protección integral, que "aboga por la protección jurídica de todas las necesidades humanas, con el fin de proporcionarle el pleno desarrollo de la personalidad" (BULOS, 2011, p. 1601).

Además de los efectos de satisfacer las necesidades intelectuales y morales y transmitir el conocimiento, la educación es un medio de acceso a una mejor calidad de vida. La educación es uno de los principales medios de acceso a los puestos de trabajo y rango de ingreso más alto. En este sentido, el acceso a la educación es una de las maneras más eficaces para combatir la transmisión de las desigualdades entre generaciones (COSTA RIBEIRO, 2011, p. 41).

Manera explícita o secreta, la meta de la mayoría de los padres es que sus hijos a lograr un equivalente o superior a su posición social. Los estudios sobre el tema parecen indicar que este deseo alcanza una forma única de trabajar los padres de classe trabajadora, ya que una disminución de su status social puede significar la pérdida de la condición del trabajador y de la puerta de entrada a una situación de extrema vulnerabilidad, en el límite incluso a la delincuencia o criminalidad (Poullaouec, 2003).

3 DIÁLOGO COMO MEDIO DE SOLUCIÓNDE CONFLICTOS FAMILIARES

Dicho esto, la familia es un ciclo de vida que también sufre de problemas y conflictos, situaciones críticas que impactan significativamente en la organización de las relaciones familiares. Estas crisis aumentan la presión y lograr que la interrupción en el entorno familiar, influyendo directamente en el proceso de desarrollo de la familia (Scabini, 1992).

En el contexto de la familia, hijos menores de edad son los más vulnerables a los efectos de la crisis, dada su dependencia emocional de los padres y su estado peculiar como personas en desarrollo[261]. Aquí es donde percibimos demasiada interferencia de un entorno familiar con problemas en la realización de los derechos de niños y adolescentes.

[261] De acuerdo con la ley brasileña, el Estatuto del Niño y el Adolescente (Ley N ° 8069/90) art. Segundo, se considera persona niño de cero a doce años y el adolescente menor de 12-18 años de edad.

Además de ser un espacio de conflicto, la relación familiar es, en cierto modo paradójica: se guía principalmente en el amor y afecto, sin embargo, puede haber situaciones de crueldad mutua porque los deseos de unión y convivência coexisten enel ámbito familiar (Oliveira , 2007).

Una de las grandes crisis que afectan a la armonía familiar es la adolescencia de los hijos. Esta fase favorece la aparición de conflictos en el espacio de la familia, que proporcionan una mayor riñas y disputas entre padres e hijos (Wagner, Falcke, Silveira y Mosmann, 2002). En este punto, la negociación entre las partes es una necesidad constante, ya que el potencial de conflicto entre generaciones es mayor (Marturano y cols., 2004).

El diálogo entre los miembros de la familia es fundamental en esta etapa, ya que em el tiempo que los niños necesitan toda la orientación y la comprensión de los padres, el diálogo sigue siendo pertinente (Drummond y Drummond Hijo, 1998).

Sin embargo, la falta de diálogo en el entorno familiar puede llevar a acentuar algunas dificultades, sobre todo en términos de relaciones, incluso causando efectos negativos sobre el bienestar y la salud mental de los adolescentes. Sin embargo, un conflicto así negociada puede llevar al crecimiento de los niños y para los padres (Marturano y cols., 2004).

Sin embargo, el diálogo es un recurso que tiene la mayor tasa de éxito cuando se utiliza en un contexto familiar guiada por relaciones de respeto, de confianza, de afecto y de civismo entre sus miembros, así, la familia tiende a tratar los conflictos de una manera más apropiada y con menos dificultad que otra familia en la que dichos valores no fueron practicadas (Drummond Drummond & Son, 1998)

El diálogo se destaca como la base de la puesta en común de conocimientos, deseos y necesidades de la familia y sus miembros. Por lo tanto, está en conversaciones familiares que las personas tienen la oportunidad de expresar su individualidad, intercambiar experiencias y

absorben los valores y creencias de la familia y de la sociedad en los que opera (Althoff, 2002).

4 LA IMPORTANCIA DE DIÁLOGO EN EL CONTEXTO DE LA ESCUELA NUEZ LEONOR EN BELÉN PA-

El proyecto de extensión universitaria de la Universidad Federal de Pará (UFPA), Derecho de Nuestros Niños y Adolescentes, coordinado por la Maestra MsC. Márcia Rêgo, que tuvo lugar durante el mes de septiembre de 2014, los talleres en las escuelas públicas en las afueras de Belém, PA. Uno de estos talleres se celebró en la Escuela Leonor Nogueira en el barrio Marambaia, y tenían los padres de la audiencia y tutores de los estudiantes de 9no grado. El grupo de extensión aplicó un cuestionario para estos padres que se centró en la importancia del diálogo en la realización de los derechos de los niños y adolescentes, y pudo ver que las familias que tienen más diálogo las tasas son más bajas de los niños involucrados en la violencia y estos niños tienem mejores rendimentos em la escuela.

Durante este estudio, el análisis de cincuenta cuestionarios pasados a los padres de los estudiantes de la institución, se encontró que más del 60% de los padres hablán con sus hijos a menudo o siempre todos los días, y que el 80% de uso de estas conversaciones son para educar sus niños, guiarlos sobre los problemas de la juventud y para conocer el día de sus hijos.

Además, el diálogo familiarizado refleja en beneficios no sólo a la relación familiar, sino también en el rendimiento escolar de los niños. En la encuesta Leonor se encontró que la mayoría de los padres acompañan el desempeño de sus hijos em la escuela (94%), revisando principalmente las tareas y en busca de la escuela para hablar con los maestros y la coordinación, que se precipita en el 75% de los casos . El resultado de este comportamiento de los padres se ve en las experiencias de los niños en el entorno escolar: de acuerdo con las respuestas de la encuesta, sólo el 14% de los niños que ya se han colocado en

una situación de violencia, con el 71,4% de los niños ocupaba el papel de las víctimas esta violencia en el entorno escolar.

PROPUESTAS

La familia es fundamental en la conformación de la esfera individual. Es una institución tan importante en la sociedad que agrupa a las definiciones de la psicología, la sociología, la biología, derecho, etc La relación familiar se rige por un aparato de derechos y deberes recíprocos entre sus miembros, ya que tiene un papel esencial en la formación de la personalidad de los individuos. Por lo tanto, la calidad de las relaciones familiares y la calidad de la relación matrimonial son aspectos importantes que influyen directamente en el desarrollo de los niños y pueden influir incluso la posible aparición de déficits y trastornos psicoemocionales en individuos (Tallón y cols., 1999) .

A lo largo de la importância histórica, social, psicológica y cultural de la familia, el sistema jurídico brasileño exigió por normas específicas que cuidasén de los derechos y deberes de los miembros de ese instituto, hasta la creación de los Niños, Niñas y Adolescentes, que tiene derechos seguros y deberes de los jóvenes, en particular la educación.

Pero después de todo, lo que implica el deber de educar? José Antonio de Paula Santos Neto (1994, p. 108) enfatiza: "La tarea de educar implica satisfacer las necesidades intelectuales y morales del menor, que le da la oportunidad de desarrollar estos niveles". Paulo Afonso de Paula Garrido (1995, p. 102), refrán completo tengo que educar con el propósito de transmitir y permitir el conocimiento, los valores, despertando y permitiendo a los niños a hacer frente a los desafíos de la vida diaria. La educación es también un medio de acceso a una mejor calidad de vida.

Dicho esto, la familia además de un lugar de cariño, es también un lugar de conflicto. Estos conflictos, a fin de estar mejor gestionadas por la familia deben utilizar la herramienta del diálogo como solución.

La ausencia de diálogo en el entorno familiar puede llevar a acentuar algunas dificultades, sobre todo en términos de relaciones, que tiene efectos negativos sobre el bienestar y la salud mental de los adolescentes. Sin embargo, un conflicto así negociado puede llevar al crecimiento de los niños y para los padres (Marturano y cols., 2004).

A partir de este hecho, el grupo de extensión universitaria Derechos de Nuestros Niños y Adolescentes fueron a la escuela Leonor Nogueira en las afueras de Belém, ya través de cuestionarios dados a los padres y cuidadores encontraron que el diálogo hace una diferencia en la educación de los niños y adolescentes que estudian allí.

También se constató que la mayoría de las familias a mantener un diálogo abierto y frecuente; que a través de este diálogo, está la educación de estos jóvenes y orientación sobre cuestiones que han sido objeto; y que, con un diálogo abierto con los padres, hay una buena interacción entre los miembros de la familia, menores tasas de participación de los jóvenes en situaciones de violencia en la escuela y un mejor rendimiento académico de estos jóvenes.

Por lo tanto, el análisis de estos datos revela que los padres reconocen la importancia del diálogo como una herramiente de orientación y de compartimientode ideales valorados por sus descendientes. Herramienta esta que este trabajo se propone como la principal solución a los problemas de la familia.

BIBLIOGRAFIA

1. ALTHOFF, C. R. *Delineando uma abordagem teórica sobre o processo de conviver em família.* In: ELSEN, I; MARCON, S. S.; SANTOS, M. R. dos (Orgs.). O viver em família e sua interface com a saúde e a doença. Maringá: Eduem, 2002.

2. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

3. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Comentado.* 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

4. DRUMMOND, M. & DRUMMOND FILHO, H. Drogas: a busca de respostas. São Paulo: Loyola. 1998.

5. ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente doutrina e jurisprudência*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

6. MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira no Século XX. Revista USP, São Paulo, p. 46-57, março/ maio 1998.

7. MARTURANO, E., Elias, L. & CAMPOS, M. *O percurso entre a meninice e a adolescência: mecanismos de vulnerabilidade e proteção*. Em E. M. Marturano, M. B. M. Linhares & S. R. Loureiro (Orgs.), Vulnerabilidade e proteção: indicadores na trajetória de desenvolvimento escolar (pp. 251-288). São Paulo: Casa do Psicólogo/FAPESP. 2004.

8. OLIVEIRA, Maria Coleta et al (orgs.). *Mediação familiar transdiciplinar*: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. Campinas: Núcleo de Estudos de População-Nepo/ Unicamp, São Paulo: Pró-Mulher, Família e Cidadania-PMFC, 2007.

9. OSÓRIO, L. C. *Família hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.

10. ROMANELLI, Geraldo. *Papéis familiares e paternidade em famílias de camadas médias.* Trabalho apresentado na XIX Reunião Anual da ANPOCS. 1995.

11. ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paula Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches.

Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

12. SCABINI, E. Ciclo de vida familiar e de saúde familiar. Manuscrito não publicado. Universidade Católica do Sagrado Coração. Milão, Itália. 1992.

13. SCHENKER, M. & MINAYO, M. C. S. A implicação da família no uso abusivo de drogas: uma revisão crítica. Ciência & Saúde Coletiva, 8(1), 707-717. 2003.

14. TALLÓN, M. A., Ferro, M. J., Gómez, R. & Parra, P. *Evaluacion del clima familiar en una muestra de adolescentes*. Revista de Psicologia Geral y Aplicada, 451-462. 1999.

15. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Direito de Família, 14ª ed., Vol. 6, São Paulo: Atlas, 2013.

16. WAGNER, A., FALCKE, D., SILVEIRA, L. M. B. O. & MOSMANN, C. P. *A comunicação em famílias com filhos adolescentes*. Psicologia em Estudo, 7(1), 75-80. 2002.

COMISION III

Ponencia: "Los Discursos judiciales en torno a los/las adolescentes imputados de cometer delito en Chile"

Comisión III Derechos Humanos de Niños: Jóvenes Infractores Sociedad, Estado y Justicia.

Autora: Marcela Tobar Silva. Trabajadora Social, Magister en Psicología Social-Comunitaria. Universidad de Chile. martobar13@gmail.com

Abstrac:

A siete años de la puesta en marcha de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Chile, es cotidiano encontrarnos con distintos discursos públicos, políticos y sociales en relación a los/las adolescentes sancionados por la Ley. Pues bien, dentro de estos discursos se encuentra posicionado fuertemente el Discurso jurídico/judicial que se visibiliza a sí mismo como verdadero y justo. De ahí que interesa conocer los discursos que emergen

desde estas posiciones en torno al y la adolescente que es sancionado/a por la ley, y conocer de qué manera esos discursos construyen la posición del/la sujeto adolescente, en un "objeto".

Este trabajo es producto de la investigación desarrollada por la autora en el Magister de Psicología de la Universidad de Chile, que se enmarca dentro de la Psicología Comunitaria y la Psicología Social-Crítica, desde una mirada Socioconstruccionista. No se limita a la forma en que el discurso es influenciado por las estructuras sociales, y cómo las estructuras del discurso pueden afectar a la sociedad; sino más bien, cómo estos "discursos jurídicos y judiciales" promueven prácticas sociales específicas, y que generan a su vez una construcción de los/as adolescentes como "objetos" pobres y peligrosos, tanto en lo individual, como en lo social y político. El adolescente en tanto sujeto de derechos cruza por un proceso de construcción y deconstrucción social, hasta ser cristalizarlo en un objeto de la ley.

Palabras Claves: *Socio construccionismo, adolescentes, Análisis del Discurso, Posiciones de poder, Sujeto-Objeto, Psicología social comunitaria.*

I.- ANTECEDENTES GENERALES DEL PROBLEMA

Contexto socio-histórico

La situación de las y los adolescentes que infringen la Ley, es vista como un problema social que preocupa y alerta a la opinión pública, principalmente cuando las y los adolescentes son mostrados como una amenaza a la seguridad de la sociedad, situación que emerge en gran medida desde el tratamiento que los medios de comunicación otorgan a los mundos juveniles. Durante los últimos años, en Chile y el continente se ha ido construyendo desde la opinión pública y determinadas instituciones sociales de control, una máscara de estigmatización que impacta fuertemente en la sensación de seguridad del resto de ella, invisibilizando bajo la amenaza las estructuras de desigualdad que los determinan en su origen, presentando hechos de violencia y delincuencia como el único problema social plausible de abordar. En lo social, son muchos los prejuicios que vinculan "adolescencia, juventud y amenaza" dado principalmente por las imágenes de adolescentes asociadas al riesgo y a la violencia, que generan una suerte de etiquetamiento y estigmatización social. Pero sin duda, existe otro elemento que marca esta relación: la pobreza. Un dato relevante está dado por la encuesta CASEN 2011, que arrojó que los índices de mayor pobreza en Chile se concentran en niños y mujeres jefas de hogar. El 22,5% de menores de 18 años está en esa condición que concentra la mayor pobreza, situación que se asocia con el hecho de que los hogares pobres indigentes son los que tienen un mayor número de miembros por hogar. (CASEN, 2011). Este es un dato relevante ya que ser adolescente y pobre, equivale a una identidad aún más estigmatizada socialmente. En el plano jurídico en Chile, son muchos los

cambios realizados que se sustentan bajo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, (entre estas la de Tribunales de Familia y Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, desde ahora LRPA) en donde se cancela definitivamente la imagen del "menor" como objeto de protección tutelar, convirtiéndolo en niño, niña-adolescente como sujeto pleno de derechos. (García Méndez, E. 2002). En el caso de los niños, niñas y adolescentes que cometen infracciones a la ley, la relevancia está en el debido proceso. Adicionalmente, se cambia el enfoque de la justicia juvenil de un sistema coercitivo a uno que va orientado a la reinserción social de aquellos que han infringido la ley penal. (SENAME, 2007). Al respecto García Méndez (2006**,** en Bustos 2007:14) señala: "las diferencias que se establecen al interior del universo de la infancia, entre los sectores incluidos en la cobertura de las políticas sociales básicas (educación y salud), y los sectores excluidos, es tan enorme, que un concepto único no podrá abarcarlos. Los incluidos se transformaran en niños y adolescentes, los excluidos se transformaran en "menores".

El Estado frente a la Inseguridad-Seguridad Ciudadana

Junto con la llegada de la democracia el tema de la seguridad de los ciudadanos se hace parte importante de la agenda pública, mezclada con una visión sensacionalista y partidista respecto de la prevención y control de la delincuencia, principalmente en infancia y adolescencia. El discurso político sobre la inseguridad ciudadana ha contribuido a la retirada lenta y continua de los conflictos sociales del escenario público; observándose como un discurso muy rentable en lo electoral y político, en ocasiones visto como una especie de chivo expiatorio frente a la contingencia nacional. La falta de políticas de protección social y prevención

construyen la idea de temor, frente a la amenaza que serían los marginados, pobres y muchas veces adolescentes, hacia la integridad individual y material de los "ciudadanos" con derechos. Por ello, pretendo reflexionar y profundizar en las prácticas discursivas que se generan en torno a los/as adolescentes que son sancionados –o transitan- por el proceso judicial penal adolescente en Chile, puesto que muchas de las formas de dominación son también discursivas, planteadas desde posiciones de poder como ocurre en la política, lo legislativo, medios de comunicación, en la educación, etc. Frente a esto, podemos observar la estigmatización o criminalización que entregan tanto, el discurso público, político y jurídico, así como la mayoría de los medios de comunicación en torno a la "delincuencia juvenil" o al "adolescente delincuente" objetivado así, indiscriminadamente y sin una reflexión respecto de lo que ello construye. Estos discursos se sostienen principalmente porque no afecta a todos las y los adolescentes de nuestro país, sino que se centra en construir una rotulación de las y los sujetos jóvenes, pobres y peligrosos, lo que se traduce hoy en día en una suerte de identidad social. Junto con las reformas judiciales en Chile, principalmente en materia de Infancia y Familia, se abren espacios de oralidad de los procedimientos judiciales en las audiencias lo que genera una alta exposición de la vida de niños y adolescentes sancionados por la LRPA. En esta posición es donde aparecen los discursos jurídicos que se presentan a sí mismo y son además, para cualquier sociedad "una verdad", una búsqueda de "la objetividad y la justicia"; aunque la ley no implique necesariamente "lo justo", sino que más bien, aplicar las normas que la sociedad ha acordado que rija para todos. Estos discursos de los actores judiciales observados en

las audiencias de adolescentes imputados de cometer algún delito, se vuelve único y silenciador del/la adolescente, evidenciándose una relación de poder naturalizada, en donde prima una sola visión haciendo desaparecer los otros discursos que pueden dar cuenta y que se relacionan además, con la comprensión y construcción de la historia vital de los sujetos (en relación a desigualdades sociales y económicas, falta de oportunidades, exclusión social, discriminación, entre otras) en este caso el discurso de sus familias y de la comunidad a las que pertenecen. Desde esta lógica el discurso del adolescente podría perder legitimidad. Por otra parte, estas prácticas discursivas no solo silencian al adolescente y su historia personal, familiar y comunitaria; sino que además *contribuyen a la reproducción de la desigualdad y la injusticia social determinando quiénes tienen acceso a estructuras discursivas y de comunicación aceptable y legitimada por la sociedad.* (Van Dijk, Teun A., 1994). Este tipo de lenguaje o interacción entre actores judiciales, generan en estos espacios de audiencias, al igual que los discursos políticos y públicos, construcciones sociales e individuales que levantan nuevas identidades del adolescente como: "delincuente juvenil" o "infractor de ley". En este contexto, se considera que las identidades se constituyen a partir del poder de los discursos para producir aquello que nombran, de manera que surjan dichas identidades rotuladas. El discurso en este sentido, hará transitar al adolescente por distintas identidades. El adolescente se convierte en objeto con una identidad en y por medio del lenguaje que los actores jurídicos utilizaran en la sala de audiencias. Por tanto, vamos a considerar estos discursos jurídicos, también como construcciones sociales, puesto que al igual que un discurso social o público, promueve un tipo de práctica

especifica en torno a estos adolescentes, plausibles por lo tanto de ser problematizadas y analizadas. Desde esta perspectiva el lenguaje no es simplemente un mapa de la realidad, es la realidad misma a la cual se puede acceder a través del conocimiento. (Sandoval, 2004). El método de análisis de datos utilizado para este estudio corresponde al Análisis de Discurso.

Discusión – Conclusiones

En este apartado se intenta dar cuenta del trayecto, los principales hitos y fundamentalmente, de aquellos elementos discursivos que sostienen la práctica por medio de la cual se lleva a cabo la inversión del adolescente considerado en su calidad de sujeto hacia su cristalización en tanto objeto de la LRPA.

En los cimientos de esta práctica encontramos la reificación del relato epistemológico universalista y absolutista que clama por una ciencia verdadera y reveladora de la misma realidad, manifestada en el tejido que constituye el sentido común de los miembros de la sociedad en tanto creencia que moviliza y articula las acciones al interior de la misma. El discurso entonces se eleva desde la creencia en un sistema judicial capaz de investigar y revelar la verdad de los acontecimientos y aplicar justicia desde allí. Desde este lugar no existe cabida para aquel discurso que no se sostenga desde lo técnico, es decir, al interior del dispositivo judicial no será admitido aquel relato que no se valide -y que no pretenda emitir juicios- desde la verdad.

Para alcanzar este mismo objetivo, aquello que consideramos en su sentido más profundo como *la realidad, es fragmentada* a través de las distintas instancias vislumbradas en el análisis del procedimiento judicial en

elementos finitos capaces de ser delimitados, especificados, categorizados, clasificados y ordenados en un conjunto parcial del todo manejable que será denominado "el hecho". Como ha expresado la discusión epistemológica que fundamenta la tradición de las ciencias sociales en cuanto tales, la construcción de aquello que podemos llamar *objeto de estudio* de una determinada ciencia está lejos de realizarse de manera neutra. La realidad para ser abstraída en aquello que se denomina "un hecho de la causa" debe ser, en primera instancia rescatada en los aspectos que consideramos esenciales y relevantes de ella, es decir, la realidad debe ser filtrada por los intereses y motivaciones de quienes realizan esta primera labor de construcción del hecho: el parte policial.

Esta primera etapa es completada por distintos actores del dispositivo judicial y, consecuentemente, no obedece a una intencionalidad o perspectiva absoluta sobre el plano que está observando sino, más bien, recoge aquello que, desde su posición en el dispositivo y consecuentemente sus prácticas, han de considerar como relevante por sobre las demás. En otras palabras, la realidad no es revelada por el dispositivo sino, muy por el contrario, la realidad es *reconfigurada* por la capacidad de lectura que posea el dispositivo judicial. Expresado desde la academia, el hecho se torna -pese a las pretensiones y necesidades del dispositivo- en una forma *ficcionada de la realidad.*

De manera específica he visto que dentro de las prácticas judiciales y por sobre las posiciones que cada uno de los distintos actores detenta, es el juez quién, en última instancia congrega la multiplicidad de perspectivas en una última y final selección de fragmentos de acontecimientos (que podríamos llamar forma ficcionada de segundo nivel pues ha pasado por la

configuración discursiva de los distintos actores del dispositivo en un primer nivel), articulados bajo la forma del hecho final y apoyado en la convicción de su propia persona. Esta última configuración de la realidad es la que reviste sin duda, de una peculiaridad mayor. El sentido común de los integrantes de la sociedad valida y sostiene el dispositivo judicial en la medida en que éste es capaz de cumplir con las expectativas de justicia emanada desde su capacidad para revelar la verdad de los acontecimientos en conflicto y aplicar justicia desde allí. Ahora bien, siendo el juez uno de los actores de mayor representatividad de la institución judicial frente a los ojos de los ciudadanos, es quién debe desde su rol, enajenarse en mayor medida de su propia subjetividad y particularidad y, consecuentemente, de sus deseos, intereses, motivaciones, prejuicios y en general, de todo aquel elemento que pudiese obstruir y por tanto inhabilitarlo de su deber en relación con la sociedad. Así, el hecho que finalmente es capaz de construir el juez (y desde allí el dispositivo judicial) debe ser revestido con la mayor cantidad de elementos que garanticen y demuestren su objetividad e irrevocabilidad. En este punto, la figura y el discurso del juez no gira en torno a posibilidades ni interpretaciones de los distintos actores o el mismo adolescente imputado, sino más bien en torno a evidencias y documentos legales que, al modo de cápsulas empíricas contienen fragmentos validados por el procedimiento judicial y, en cuanto tales, impregnados por las pretensiones de verdad y universalidad del sistema, sobre los cuales su persona se forma una convicción –idealmente del todo racional, absoluta y compartida desde su enunciación misma en todo el procedimiento judicial. De esta manera el documento, en cuanto producto de los procedimientos, métodos y rituales judiciales, ha quedado -en la

perspectiva del dispositivo y sus prácticas- libre de toda subjetividad y ha sido capaz de tornarse en un insumo por medio del cual la figura del juez se siente validado para enunciar una verdad sobre la realidad. En este sentido, el discurso emanado desde el juez puede considerarse una especie de relato monológico y omnipresente en la medida que, en tanto eje articulador del dispositivo, controla los tiempos, la expresión, la significación y la valoración de todo cuanto ocurre en él. [262] Entendido desde aquí, la visibilidad que alcanzarán las distintas posiciones en juego al interior del dispositivo judicial dentro de la génesis de la convicción del juez y consecuentemente del discurso final y su enunciación, vendrá dada para él en la medida en que se acoplen a la dirección ideológica que emana de su deber para con la sociedad y su rol dentro del dispositivo, articulándose desde allí un tejido discursivo prefigurado por dichas expectativas sociales. Así, el discurso monológico es el lugar donde, de manera más evidente, el dispositivo judicial es fracturado en sus intenciones y pretensiones de objetividad en la medida en que es allí donde se encuentra la fisura que permea todo accionar posterior, permitiendo fluir las prácticas sociales por medio de las cuales se asienta y predispone la sanción directa que hace de ese adolescente, un imputado y, consecuentemente, que ha exigido abstraerlo y ubicarlo en un lugar particular al interior de la sociedad: "un peligro para la sociedad".

---

[262] *"Bajtin propone la diferenciación entre dos tipos de discursos: el monológico y el dialógico. En su lugar el discurso monológico es aquel que presenta únicamente los enunciados orientados en una sola dirección ideológica obviando en el discurso aquellos enunciados contrarios al discurso dominante". (Cubells, 2002:40)*

El concepto o idea de peligrosidad, aplicado a este lugar, se puede entender en palabras de Foucault, desde la prefiguración dada por el concepto de crimen o delito, en donde establece que éste damnifica a la sociedad, por tanto el criminal seria el enemigo social. En este sentido, el crimen es entendido, por tanto, como un daño, un agravio o un mal realizado hacia la sociedad y, por ende, el individuo que lo comete o de quién se presupone que lo ha cometido, rompe con el contrato implícito que adquirió con ella. Esta ruptura lo convierte en una amenaza no solo para los individuos o sujetos afectados directamente, sino que lo hace para el conjunto en su totalidad. De ahí que en términos concretos, una vez que el individuo ha sido identificado por el dispositivo judicial como un sujeto que incomoda o perturba a la sociedad, su condición y pertenencia a la sociedad se pone en suspenso, siendo al interior de este mismo dispositivo y con las condiciones que este impone que el sujeto debe demostrar -a partir de su capacidad probatoria o la de quien lo representa- lo inadecuado de tal perturbación. Al mismo tiempo, se define el crimen y la penalidad a partir de los posibles actos que puede cometer un sujeto que en tales condiciones se encuentra. Desde aquí es factible preguntarse si ciertas condiciones sociales, tales como la marginalidad y la pobreza, la falta de educación en un sistema educativo formal y, en último término la diversidad misma, no constituyen desde ya, desde su seno en la sociedad una fuente de delito permanente. En otras palabras, la estructura social produce -por su propia naturaleza-, pobreza, desigualdad, marginalidad y diversidad y, por tanto, genera al mismo tiempo las posibilidades de peligrosidad para ella misma, reafirmando la necesidad de control que ella tiene sobre sí. Desde este lugar entonces debe ser entendido el tiempo y la

visibilidad que se le permite a la voz del adolescente como sujeto histórico y situado y, por tanto, el control al cual debe ser sometido. Estos últimos "control y sometimiento" son llevados a cabo por medio de una diversidad de mecanismos físicos e ideológicos. En primera instancia destaca el lugar desde donde se enuncia el discurso y se construye la convicción. En segundo lugar, el lenguaje jurídico le da al discurso un carácter aparentemente neutro y creíble, muy formal. La credibilidad que busca tener se sustenta en la introducción de artículos y leyes que complementan los argumentos subjetivos de cada actor. El discurso en este sentido, es válido a partir de artículos que potencian dicha idea, haciéndolo creíble jurídicamente. De ahí que se puede afirmar que el discurso jurídico se encuentra legitimado por la ley, y por tanto cumple una función relevante en la construcción de la objetividad, ya que crea implícitamente un consenso sobre lo que se considera un hecho, una prueba o lo verdadero; no dejando espacio para subjetividades, sino que se instala como un lenguaje formal y objetivo buscando precisamente la objetividad. Para ello, el lenguaje se reviste de las formas jurídicas dando a su discurso un carácter aparentemente neutro y formal. La apelación a las leyes, su uso justo y preciso, coloca a los hombres de ley, en un plano ajeno a la ciudadanía, los reviste de una mirada particular que los extrapola de su subjetividad y los torna en sentenciadores del pacto social y de la sociedad misma. Esto sólo puede ser logrado a través del conocimiento y el saber que han adquirido en sus años de formación profesional, tras los cuales, el conocimiento se ha llevado a una práctica concreta que se trasluce en el lenguaje jurídico y su capacidad para reconfigurar la realidad desde allí. El lenguaje jurídico es, por tanto,

expresión del saber y de la generación histórica de un conjunto de prácticas específicas que han llevado a los hombres a extrapolar su propia subjetividad hacia un plano de jueces y garantes de la sociedad. El acontecimiento o hecho (delictivo), vuelve a ser reconfigurado por la mirada jurista y se torna en delito desde allí. La defensa pretenderá dislocar su posición desde aquel lugar sin embargo, resulta del todo evidente que en esta primera instancia el adolescente y su subjetividad no tienen ninguna cabida, en primer lugar porque no es capaz siquiera de alcanzar y comprender el plano desde donde se está discutiendo, al tiempo que no logra referirse al plano de la ley pues no posee los conocimientos necesarios para ello. Se eleva por tanto, una prohibición sobre sus posibilidades de enunciar palabra alguna que no sea aquellas que le permitan al dispositivo circunscribirlo en la reconfiguración del acontecimiento. Por otra parte, la imposibilidad de posicionarse en el plano de la verdad y universalidad que garantiza el discurso jurídico, se transforma en un procedimiento de exclusión del joven de esta parte del proceso y, por tanto, de un espectador de los rituales. El adolescente pasa a ser testigo de su propio proceso, testigo de su propia suerte donde agentes desconocidos reconfiguran lecturas de los acontecimientos que ha generado, instalándose como conocimiento.

El complejo proceso por medio del cual el "proceso judicial" es capaz de absorber, integrar y orientar las prácticas otros miembros de las ciencias sociales (delegados de libertad asistida, Psicólogos y Trabajadores Sociales), en su interacción con los demás miembros de la comunidad es una manera más de la variedad y vastedad de sus procedimientos de exclusión y regulación. No sólo el adolescente es excluido del proceso, sino

también todo resultado o intervención que no se encuentre normado por dicho sistema. Esta regulación de los procedimientos de intervención y, consecuentemente su financiamiento y continuidad, tienen como resultado la trastocación de la producción de conocimiento y de modificación de las relaciones sociales en el ámbito de las ciencias sociales. Como menciona Cubells (2004), resulta habitual que los distintos actores del dispositivo construyan la identidad del acusado en función de la argumentación que desean presentar al tribunal, más esta hipótesis se sostiene desde la perspectiva de la acción intencionada de estos agentes y la articulación que desde allí realizan con sus discursos. Sin embargo, resulta posible comprender esta suerte de apertura que el dispositivo judicial realiza a los cuerpos disciplinarios de las ciencias sociales y, consecuentemente a sus argumentos y pretensiones científicas, desde la propia intencionalidad del dispositivo.

Desde la Psicología social crítica y/o comunitaria, se plantea una idea de *sujeto situado históricamente y construido* que no es representado en el proceso judicial, por tanto, se genera una inevitable tensión ontológica que fuerza a estos individuos a enajenarse de sí. Para realizar esta dislocación los individuos actúan y se posicionan desde el rol que el dispositivo les facilita *(Brownyn & Harré, 2007)* y, desde aquí, resulta plausible para el sistema que el individuo no se pronuncie desde su "yo" sino desde la institución, la que -suena razonable decirlo- no manifiesta mayor intención que la que la constituye de sus cimientos: defender de manera imparcial, componer e indagar de la manera más limpia los acontecimientos ocurridos y, también, dictaminar sentencia desde la evidencia que presentan los hechos. De esta manera, podemos decir que en la práctica

discursiva desplegada por el dispositivo los hechos descritos no son más que re-construcciones de las situaciones desde las cuales emergen, siendo materializadas como hechos reales al ser planteadas por medio del lenguaje jurídico, sus formas y tiempos desde las posiciones que este permite. En este sentido, los procedimientos jurídicos enraizados en estos sistemas permiten, no solo tener el control de los discursos y sus actores, entendiendo que el discurso jurídico es el único permitido para poder interactuar entre ellos, sino que con ello se excluye también a quienes no participan de este conocimiento, dejando fuera el discurso propio del adolescente, del público y del otro que no sea estructurado según estas reglas de producción. Por tanto el control de los discursos y sus actores del dispositivo permitirá por consiguiente tener el control de los discursos que han sido silenciados. Una parte de estos procedimientos se hayan estructurados de tal forma que no es posible obviarlos, dándoles una categoría de lo que Foucault describe como *ritual*:

"La forma más superficial y más visible de estos sistemas de restricción la constituye lo que se puede reagrupar bajo el nombre de ritual (…) Los discursos religiosos, judiciales, terapéuticos, y en una cierta parte también políticos, no son apenas disociables de esa puesta en escena de un ritual que determina a la vez para los sujetos que hablan las propiedades singulares y los papeles convencionales." (Foucault, 1996:34) El ritual, por tanto, determina la propia condición de los sujetos que emiten y articulan los discursos del dispositivo judicial y, de este modo, se someten a las condiciones de su utilización: el individuo se torna en fiscal, el individuo se torna en juez, el individuo, en ausencia de su discurso y la entrega de su representación se torna en acusado. Cada uno de los individuos que

participan del andamiaje judicial es sujeto, aprisionado y determinado por las condiciones que se han impuesto a la utilización de su voz y narración dentro de esta estructura. Las zonas evidentemente diferenciadas de control establecen una jerarquía discursiva y regulatoria que somete, al mismo tiempo a los individuos que las emiten, siendo el punto más bajo la ausencia de voz y discurso a la que es sometido el adolescente. En este andamiaje sólo importa su identificación al interior del sistema y, su derecho, pasa a ser la enajenación de su voz, estructuras simbólicas y significativas por parte del discurso de quién lo representa.

Uno de los ritos observados en las audiencias, y que se aprecia como fundamental por ser el rito inicial, es el acercamiento a la construcción del delito que se hace al leer el parte policial. La lectura del parte policial es sin duda la materialización del hecho que se investigará como delito, en este se presenta por primera vez la construcción de subjetividades de actores policiales y la visión y formato de la institución policial. Desde allí que se observa cómo la visión y la experiencia de quién vivió la situación es dejada en un segundo plano, dándole la forma que el sistema jurídico requiere para que se configure y se adecue al ritual. Pues bien, la descripción de este hecho debe estar circunscrita a la ley, por lo que finalmente pasa a ser un delito al adecuarse a alguno de estos, que se encuentran establecidos y estipulados en la ley.

Si bien, muchos de estos procedimientos están regulados como parte del funcionamiento de la audiencia -como verificar si fueron leídos los derechos a los adolescentes que están siendo imputados de un delito, o preguntar si han recibido malos tratos de parte de la policía- en la práctica se observa que el cumplimiento de estos obedecen al protocolo, y

la idea de garantizar los derechos de los adolescentes se diluye en los procedimientos. Llevando más allá la perspectiva que plantea Cubells (2004) con respecto a la identidad de los acusados y su gestión en la práctica jurídica, nos parece pertinente ampliarla desde el análisis que he realizado a la luz de los aportes del socioconstruccionismo. Desde nuestra perspectiva todos los actores y agentes del dispositivo judicial se encuentran coaccionados por la situación estratégica que configura las posiciones de los individuos al interior de este y, por tanto, su condición de sujeto se encuentra limitada por los procedimientos que regulan su aparición y emergencia. Sin embargo, la posición del adolescente se halla de manera particular socavada por esta situación. Dado que el dispositivo se configura como un todo, cada miembro al definirse y delimitar su accionar, limita y define la condición de los restantes agentes. De este modo, en un primer momento, la posición del adolescente es construida por los demás desde las intencionalidades o sujeciones a las que les coarta el dispositivo y no, como veremos a continuación, desde su propio accionar discursivo en tanto sujeto validado por los procedimientos para hacerlo.

El adolescente es construido y de-construido continuamente por el dispositivo en función de dichas intencionalidades y, fundamentalmente, desde tipologías conceptuales a las que cada uno de ellos recurre. Esto último incluso en el caso de la intervención que realizan los profesionales del área social con el adolescente, donde la tipología viene configurada por un repertorio que puede ser mapeado desde un número definido de núcleos de significación: menor, vulnerabilidad, caso, intervención, exposición al riesgo, condiciones de precariedad, tratamiento, habilitación o rehabilitación, etc. Si bien es cierto, cada una de estas categorías

posibilita la comprensión de la problemática del adolescente desde la perspectiva del programa de intervención, llevan la consideración desde el plano singular y particular de la historia vital del adolescente y la comprensión de sus acciones hacia un plano anónimo, característico de "una realidad social" y, por lo tanto, tierra de nadie pues todos comparten y ninguno en particular queda delimitado por ella.

Esta situación viene dado por la clásica problemática de las ciencias sociales y el estatuto de objetividad que ella misma debe pretender frente a los contextos donde se le exige. De allí resulta notable como la intencionalidad del dispositivo logra permear la acción discursiva de estos profesionales donde no hay cabida para la singularidad del adolescente, sino simplemente para la conceptualización objetiva que ella requiere. No existe posibilidad, dentro de este esquema, de barajar la singularidad de cada acontecimiento. De este modo, el adolescente va perdiendo su particularidad y la particularidad de la realidad vivenciada desde su perspectiva no sólo por la sujeción del dispositivo en primera instancia que lo torna en imputado, sino debido a estas constantes mapeos y categorizaciones, que asignan intencionalidades y diluyen en una dinámica reconfiguratoria que termina haciendo del adolescente un sujeto índice o referencial. Con esto quiero hacer patente que el adolescente es un referente para todo el accionar del dispositivo pero, al mismo tiempo, es un referente que se ha vaciado de todo acontecimiento propio y particular, siendo disociado en cuanto indicador de una tipología que moviliza cuerpos de saberes validados o reificados por nuestra sociedad a favor de viabilizar un pronunciamiento fundamentado en la posibilidad de la

verdad absoluta.[263] Ahora bien, en la medida en que el adolescente es silenciado por el resto de los agentes del dispositivo judicial -salvo en los aspectos mínimos de confirmación de datos y corroboración de la lectura de derechos que posibilitan el ingreso de la causa y por lo tanto ser utilizado como referente para la generación de discursos posteriores- no existe la posibilidad de contrapesar esta situación. El adolescente pasaba de ser un objeto de la ley, -considerado "menor" un ser incapaz e irresponsable- a una persona en desarrollo, un sujeto pleno en sus derechos. A pesar de ello, las prácticas llevadas a cabo por el dispositivo transforman al adolescente en un insumo para la producción discursiva y la reproducción de los saberes o cuerpos disciplinarios asociados. El adolescente se torna en un sujeto índice, vacío de toda singularidad y, como tal, excusa para el sistema en la medida en que enjuicia su propia desigualdad y estratificación social. Este tipo de prácticas positivistas y cruzadas por relaciones de poder, se opone a la concepción de sujeto señalado por la Psicología Comunitaria, en donde no se concibe la idea de sujeto unitario y coherente, sino más bien trabaja con las posiciones que se construyen a través de articulaciones enmarcadas en contextos sociales y comunitarios. (Montenegro, M. 2001). La posición del adolescente, en

[263] *"Las prácticas judiciales —la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia— creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas." (Foucault, 1996:9).*

este sentido, se construye desde la multiplicidad de lugares desde los cuales articulan y es articulado socialmente junto a otros sujetos o grupos y comunidades. (Montenegro, M. 2001) De este modo su identidad no se sostendría desde un solo discurso, monológico y unitario, como es el caso del discurso jurídico; sino que a partir de una multiplicidad de identidades provenientes de la diversidad de prácticas discursivas que entreteje junto a otros individuos de la comunidad, y en las cuales se encuentra siendo entretejido por otros. *(Brownyn & Harré, 2007).* Así señalan los mismos autores: *"Un individuo emerge de los procesos de interacción social no como un producto final relativamente completo, sino como uno que se constituye y reconstituye a través de las variadas prácticas discursivas en las cuales participa". (Brownyn & Harré, 2007:244)*

Finalmente, cabe reflexionar respecto de estas prácticas discursivas dadas en espacios legitimados como verdades absolutas, y que silencian otros discursos como los del adolescente y su comunidad, por ende, silencian también esas prácticas donde se encuentran las historias a través de las cuales entendemos nuestras vidas y las de otros.

Recomendaciones

Como recomendación primera, es importante modificar la mirada adultocéntrica que se tiene a nivel social, y principalmente en espacios políticos y públicos. Terminando con construcciones reduccionistas respecto de los adolescentes.

La Psicología Social y Comunitaria en este tema, tiene un gran desafío y está en orientar cambios epistemológicos respecto de las miradas y conceptualizaciones que se tienen de los adolescentes que infringen la ley; devolviéndoles su condición de sujetos, constructores y actores sociales.

Desmarcándolos de prejuicios, estigmatizaciones y del delito como única identidad o identidad rotulada.

Asimismo, es relevante considerar que muchas de las políticas públicas que han fracasado en esta materia de adolescencia y seguridad ciudadana, son mayormente coercitivas, operando desde el control y el castigo. Esto, se podría traducir en que construyen a los sujetos como individuos unitarios, pre sujetos, figuras miserables y marginales, por lo que sus intervenciones son espejo del cómo conciben a los adolescentes. Por otra parte, existen intervenciones más comunitarias en este contexto, pero sin embargo, en lo puramente epistemológico continúan abordando a este sujeto como un ser aislado, no situándolo históricamente, como productor y producto de una determinada sociedad.

Se propone por tanto, que los Estados Latinoamericanos contemplen en esta temática una Justicia Restaurativa, procesos orientados por profesionales de las Ciencias sociales, desde una mirada sociocontruccionista y psicosocial, que introduzcan cambios sustanciales en las Políticas de Infancia y adolescencia tendientes a mirar al sujeto desde su integralidad.

Esta investigación ha querido aportar en aspectos más reflexivos y teóricos, como punto de partida para intervenciones comunitarias exitosas, integradoras e incluyentes.

V CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

COMISIÓN N° 3

LA INFANCIA FRENTE AL PROCESO PENAL.

VICTIMAS Y TESTIGOS.

Natalia Inés Chiarello[264] **nchiarello@jus.mendoza.gov.ar**

Se autoriza a las autoridades de la Asociación Latinoamericana de N A y F la publicación del presente trabajo

INTRODUCCION. PRINCIPIOS PROCESALES.

El presente trabajo plantea la necesidad de avanzar en la protección de los menores de edad víctimas o testigos de delitos a través de un tratamiento procesal especial o diferenciado, mediante la aplicación de distintas técnicas y herramientas, en pos de evitar que su participación en el procedimiento sea más traumática que el mismo delito cometido contra ellos.

La investigación se aborda desde una perspectiva práctica, utilizando para ello el método de examen de distintos textos y documentos bibliográficos nacionales e internacionales.

Se trata de vislumbrar y comprender al niño víctima o testigo del injusto penal como sujeto de derecho y su rol a lo largo del proceso penal y las especiales necesidades que deben contemplarse.

[264] Abogada. Desempeña funciones en una Asesoría de Menores e Incapaces desde hace 14 años. Actualmente cursando una Maestría en Magistratura y Gestión Judicial en la UNC.

Dos son los interrogantes que se plantean; el primero es cómo vive el niño el proceso penal, sus necesidades dentro de éste; y en segundo término, cómo trata el sistema judicial a la infancia.

Lo que respecta a la primera cuestión tiene que ver con las diferencias mentales, cognoscitivas y emocionales del niño respecto del adulto, las distintas etapas del desarrollo mental, emocional y moral de los niños, su dependencia emocional y física, etc.

Pero estos conocimientos sobre la psicología infantil no serán suficientes. Será necesario, además, analizar el impacto de estas características en el desarrollo mismo del proceso penal.

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, cómo trata el sistema judicial a la infancia, es preciso hacer notar lo que ha señalado la Corte Interamericana respecto a que las condiciones particulares de tratamiento hacia los menores de 18 años no implican una afectación al principio de igualdad, que se desprende del propio texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que es un presupuesto indispensable en la legislación de todo Estado democrático.

La Corte ha sostenido que "Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores de 18 años y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado".

Sin embargo, hoy en día la infancia se enfrenta al proceso penal en su carácter de víctima casi en las mismas circunstancias que un adulto,

ya que no existen marcos jurídicos nacionales o internacionales que permitan dar un trato diferenciado razonable.

Entonces, la elaboración de un protocolo o de un modelo de actuación se impone de forma ineludible, y responde a la inexcusable tarea de evitar el proceso de revictimización de los niños/as (víctimas y/o testigos de delitos) y a la necesidad de promover redes de trabajo interdisciplinarias e interinstitucionales para focalizar de manera integral.

El criterio ordenador de las actuaciones incluidas en el protocolo debe ser el interés superior del niño/a, y las medidas que contemple ser coherentes con los principios que rigen el desempeño de cada institución implicada; asegurando el cumplimiento de las garantías procesales de la víctima y el acusado y la preservación de la prueba.

Además, el hecho de establecer una rutina de trabajo brinda certeza, otorga seguridad, evita alteraciones arbitrarias, facilita las tareas de control y determinación de responsabilidades y reduce los costos, al aumentar la eficiencia.

A partir de los principios básicos del proceso penal –publicidad, oralidad, inmediación, contradicción- puede advertirse que las diferencias de tratamiento que deben proporcionarse a un niño y a un adulto no son meros caprichos. Es muy distinto proteger a un individuo, que proteger los derechos de ese individuo.

La concepción cultural del niño como sujeto incapaz, impuso un modelo tutelar que pretendía proteger simplemente a los niños, en lugar de proteger el derecho de los niños. Pero, la sanción en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución Nacional en 1994, abre un proceso de transformación

profunda respecto a las concepciones jurídico-sociales de la infancia que moldearon las intervenciones estatales durante más de 80 años de nuestra historia. Ese proceso se consolida en el año 2005, con la sanción de la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (N° 26.061).

Este pasaje del modelo de la "situación irregular" al paradigma de la "protección integral", impone la obligación de redefinir roles, prácticas, concepciones y funcionamiento; e implica la necesidad que los nuevos conceptos se propaguen a todas las ramas e instancias del derecho en las que los niños tengan algún tipo de participación.

En primer lugar, este nuevo modelo de protección de derechos, al reconocer a los niños, niñas y adolescentes –"todas las personas menores de 18 años"- como sujetos plenos de derechos, inaugura una nueva etapa en lo que respecta al estatus jurídico de la infancia.

Porque sostener que son sujetos plenos de derecho es reafirmar su condición de ciudadanos, y ello conlleva necesariamente a plantear una profunda revisión de los marcos teóricos y de las prácticas sociales y judiciales.

Y en segundo lugar, por tratarse de personas en crecimiento, prevé un "plus" de garantías y protecciones.

Al decir de la Dra. Mary Beloff265: "Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz, simplemente se trata de una persona que está

[265] Abogada, egresada de la Universidad de Buenos Aires. Es Master en Derecho, título que obtuvo en la Universidad de Harvard. Miembro del comité Académico Consultivo Interdisciplinario del Consejo de los Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 2001. Ha participado activamente como experta de diferentes organismos internacionales en el proceso de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos

creciendo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento".

De lo que se trata entonces es de definir las necesidades específicas que deberán tenerse en cuenta a satisfacer durante el proceso de administración de justicia cuando esté implicado un niño.

No debe olvidarse que los niños, las niñas y los adolescentes piensan y se comportan de manera diferente respecto de los adultos, y es en este sentido que se hace necesario un "trato diferencial" hacia la infancia.

Un breve análisis de los principios del proceso penal mencionados supra, permite vislumbrar que es forzoso el cambio en el trato que se propugna a los involucrados, cuando éstos son niños.

La publicidad constituye la garantía de que el proceso se llevará a cabo de manera transparente e implica un modo particular de insertar la justicia en el medio social. Se transmite a la sociedad la vigencia de los valores sociales, morales y jurídicos que fundan la convivencia social.

En este contexto, el derecho del niño a la privacidad en un proceso penal surge de dos razones centrales. Por un lado, su actuación en presencia de personas ajenas, o inclusive de su agresor, genera en el niño una situación atemorizante y estresante. En estas condiciones su desempeño puede verse afectado, y hasta imposibilitado. De allí que toda actuación de un niño exija privacidad, para que pueda desarrollarse efectivamente y sin causarle perjuicio emocional. Actualmente, la tecnología permite que puedan presenciarse las actuaciones infantiles sin que el niño perciba la presencia de otros.

---

a los sistemas penales de varios países latinoamericanos (El Salvador, Guatemala, Honduras, República Dominicana, Paraguay, Perú, México y Argentina)

La segunda razón detrás de la necesaria privacidad deviene del fenómeno conocido como la “re victimización social”. Este prejuicio social, aunado a la vulnerabilidad emocional y cognitiva del niño, generan un impacto real y significativo en su desarrollo, afectando la percepción de sí mismo y de su identidad. Empero, esta necesidad se refiere únicamente a la privacidad de su identidad, y no del proceso en sí.

La oralidad no constituye un principio en sí mismo, sino que es un instrumento. Representa fundamentalmente un medio de comunicación. La utilización de la palabra hablada, no escrita. Ya lo decía Jeremías Bentham266 “el juicio oral es el modo más natural de resolver los conflictos humanos”.

El niño, por sus características cognitivas, desarrollo y madurez, tiene una manera particular de expresarse. Narra un evento vivido de manera desordenada e interrumpida por divagaciones que sirven como mecanismos de defensa al momento de recordar y revivir situaciones angustiantes. Las declaraciones infantiles son complejas, y pierden enorme riqueza cuando son interpretadas y transcriptas. Plasmadas al papel, y más aún cuando no son una traslación leal de los dichos del niño, se corre el riesgo de generar aparentes contradicciones que les restan credibilidad. Además, dado que los niños carecen de mecanismos efectivos para controlar a voluntad sus emociones, y sumado a los límites naturales de su expresión verbal, utilizan en mayor medida que los adultos la expresión no verbal (gestos, manierismos o incluso el uso de materiales para expresar una situación).

---

[266] Pensador inglés, abogado, filósofo. Padre del utilitarismo (todo acto humano, norma o institución, deben ser juzgados según la utilidad que tienen, esto es, según el placer o el sufrimiento que producen en las personas). 1748-1832.

La inmediación se refiere a que los actos procesales deben practicarse ante la presencia ininterrumpida del juez y las partes, y se relaciona fundamentalmente con la forma de recepción de la prueba, base de toda decisión posterior.

Aquí debe ponderarse el hecho de que si bien el niño puede utilizar las mismas palabras que el adulto, los constructos mentales que determinan la intención y el significado de las mismas difieren entre ambos. Las características cognitivas y emocionales de la infancia generan un lenguaje propio.

En cualquier proceso judicial, cuando el declarante no domina la lengua convencional, se utiliza un intérprete. No es que no se pueda establecer una comunicación directa con el niño, cercenando de esta manera la posibilidad de cuestionar u obtener información; exige únicamente que la forma en que se desarrolla dicha comunicación sea a través de una persona especializada en lenguaje infantil.

La contradicción consiste en la posibilidad de que todas las partes tomen conocimiento de cada uno de los actos procesales, que se permita la presencia de todas ellas en las audiencias, y que cada parte pueda replicar de modo eficiente y oportuno las pruebas y argumentaciones aportadas por su contraparte.

La atención y consideración de las necesidades particulares de la infancia debe generar un equilibrio entre el derecho de la parte acusada a contravenir el dicho del niño y la necesidad de proteger a este último de repeticiones innecesarias, que no sólo lo afectan emocionalmente, sino que puede él mismo tergiversar el recuerdo sobre lo vivido. Por ello, este principio se resguarda incorporando mecanismos que garanticen la

participación del niño en los aspectos necesarios, evitando su participación ociosa.

En síntesis, la re victimización del niño, el daño emocional que se le provoca y el entorpecimiento en la procuración de justicia encuentran su causa en la recepción inadecuada o inoportuna de declaraciones, en la valoración inapropiada de las pruebas y en las prácticas innecesarias y erróneas de peritajes no especializados, entre otros.

El NIÑO Y EL PROCESO PENAL.

Cuando un niño participa de un proceso penal debe entender lo que está sucediendo, y para ello es necesario no sólo reducir al mínimo los códigos del lenguaje jurídico sino también resguardarlo estableciendo medios de protección.

La "victimización primaria"[267] produce variadas consecuencias en los niños, alterando su desarrollo saludable. Puede afectar la formación de su personalidad, tener secuelas significativas para la salud mental e incluso impactar en su desempeño académico. Además, si el niño ha sufrido menoscabo a sus derechos durante largos períodos de tiempo y no ha contado con una red de apoyo para detenerlos, es posible que desarrolle conductas antisociales y hasta delincuenciales.

Pero, cuando se toma la decisión de denunciar para detener esta victimización primaria, se inicia otro proceso que tampoco resulta inocuo para el niño. La forma y el funcionamiento del sistema de administración de justicia obliga a los niños a entrar en el estresante mundo "adulto" del sistema jurídico penal, obligándolos a declarar varias veces, incitándolos a

[267] Proceso por el cual una persona, sufre de modo directo o indirecto, daños físicos o psíquicos derivados de un hecho delictivo o acontecimiento traumático.

revivir los hechos una y otra vez, a rememorar cada uno de los detalles en un ambiente formalista y distante. Interrogatorios repetidos, demoras prolongadas o innecesarias, declaraciones frente al agresor y otros requerimientos legales que pueden ser intimidantes y por lo tanto aumenten la ansiedad y el sentimiento de impotencia del niño.

Esto es lo que se llama "re victimización", doble victimización o victimización secundaria, que se da cuando los efectos que aparecen debido a la primera violación a sus derechos –cualquiera haya sido el delito- se le suman aquellos provocados o aumentados por las experiencias a que es sujeto el niño una vez que se inicia el proceso legal. Este maltrato institucional es considerado aún más negativo que la victimización primaria, ya que es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige al mismo solicitando ayuda, justicia y protección.

CARACTERISTICAS DE LA INFANCIA: SUS IMPLICACIONES PROCESALES.

Existen diferencias mentales cognoscitivas del niño respecto del adulto.

En primer lugar, deben tenerse en cuenta las estructuras de pensamiento, esto es, cómo piensan y actúan los niños.

Cuando se desee establecer comunicación con un niño –ya sea para transmitir o para recibir información- hay que tener en cuenta que al no haber completado todos los estadios del desarrollo cognitivo posee instrumentos intelectuales diferentes a los del adulto, y por ende, no comprende ni transmite la información de la misma manera. Tipos de razonamiento, dependencia de aspectos concretos de la realidad, niveles de

abstracción, posibilidad de inducir y deducir, etc., son variables que distinguen a un adulto de un niño.

No se trata de que el niño sepa menos, sino de que piensa diferente. La capacidad de pensamiento se va construyendo, y en cada etapa del desarrollo los niños cuentan con elementos diferentes para hacerlo.

Pero los estadios evolutivos no tienen que ver directamente con la edad cronológica de un niño. Puede un niño, por ejemplo, tener 12 años cumplidos y pensar todavía como un niño de 7 u 8, según las aptitudes, experiencias y estímulos que haya recibido a lo largo de su vida.

Es decir que un niño logra alcanzar las habilidades correspondientes a cada estadio de acuerdo con su cultura, su medio socioeconómico y sus experiencias de vida, la disponibilidad de modelos de aprendizaje, etc., y no por su edad cronológica. Además, si ha sufrido traumas emocionales y/o físicos, o no ha recibido alimentación adecuada, o no ha contado con vínculos seguros con adultos significativos, es claro que tardará más tiempo en alcanzar las destrezas correspondientes a los últimos estadios del desarrollo cognitivo.

En segundo lugar, debe valorarse lo que respecta al desarrollo moral de los niños, esto es, su influencia en la conducta y manera de pensar.

Es que el pensamiento moral también se desenvuelve en etapas, al mismo tiempo y con relación al desarrollo del pensamiento.

A grandes rasgos, se inicia con un estadio (realismo moral) en el que los niños no se cuestionan acerca del tema y “las reglas simplemente existen”; y culmina con la adquisición de nociones referidas a lo convencional de las reglas (moralidad autónoma), es decir, entendiendo

que las personas formulan sus propios códigos de lo que es correcto e incorrecto.

En el primer estadio las reglas no pueden cambiarse, y la conducta es buena o mala según se reciba o no un castigo por ella. El respeto a la autoridad adulta es incuestionable.

En el segundo, el niño es capaz de concluir que las reglas son creadas por las personas y, por lo tanto, pueden cambiar. Tiene la posibilidad (porque el desarrollo cognitivo que corre paralelo se lo permite) de tomar en cuenta la intención que hay detrás de una acción (y no sólo las consecuencias que recibe tal acción, como en la etapa anterior). Existe además un concepto de respeto mutuo hacia la autoridad.

En tercer lugar, debe hacerse hincapié en lo que respecta a la memoria y atención de los niños.

Si bien la amplitud de la memoria va aumentando con la edad, es con la adquisición de mayores recursos cognitivos, que se aprenden a desarrollar y utilizar efectivamente estrategias para recordar mejor.

De todas formas, la posibilidad de recordar un concepto, un detalle, un evento, etc., depende de múltiples factores: la manera en que se codificó la información (cómo impactó el estímulo en los sentidos) o como se registró y almacenó la misma (cómo se interpretó, si se asoció con información existente) o como logra recuperarse.

Para poder recordar, es necesario que algo se haya registrado, y esto está íntimamente relacionado con la capacidad de atención. Si bien es cierto que se recuerda mejor aquello que resulta significativo y agradable; no es menos cierto que quedan también especialmente “fijadas” o “grabadas” imágenes y detalles de eventos que han resultado dolorosos.

En cuarto lugar debe considerarse el tema del sentido del tiempo en los niños. Éste, al igual que el del espacio, es una de las adquisiciones más tardías en el desarrollo humano.

En general puede decirse que el niño organiza el tiempo según las leyes generales del egocentrismo intelectual que lo caracterice, de acuerdo con el estadio de desarrollo en que se encuentre.

En el estadio intuitivo (2 a 7 años) no pueden comprender el concepto de tiempo cronológico, objetivo y absoluto. Juzgan el tiempo físico como si se tratara de duraciones internas contraíbles y dilatables en función de los contenidos de la acción. No tienen la idea de un tiempo homogéneo, común a todos los fenómenos, noción que se alcanza al manejar las operaciones formales.

La utilización de los conceptos de tiempo y espacio y el manejo de los mismos con un nivel mayor de abstracción comienza en el estadio de las operaciones concretas (7 a 11 años). Sin embargo, aún tienen muchas dificultades para utilizarlo independientemente de referentes concretos.

Sólo pueden comprender y utilizar el concepto de tiempo cuando ha adquirido las habilidades correspondientes al periodo de las operaciones formales, es decir, a partir de los 12 o 13 años.

Finalmente, deben valorarse las diferencias emocionales. Es que el desarrollo emocional del niño también se da en etapas.

Por la dependencia y vulnerabilidad afectiva en que se encuentra con relación a sus figuras de apego, las emociones que dominan la experiencia del niño son las primarias o primitivas (ansiedad, miedo, angustia, ira, rabia, hostilidad, placer, juego) que obviamente afectan su manera de comportarse.

Además, hay otros aspectos, que sin ser técnicamente emociones, influyen de forma directa en las mismas y en su manejo y control, tales como la impulsividad, la escasa tolerancia a la frustración, la escasa capacidad de espera, la falta de empatía (egocentrismo), la dificultad de autocontrol, etc.

Durante los primeros años de la infancia y de la adolescencia van aprendiendo a comprender y controlar las emociones, como tolerar la angustia, confiar en las personas que los rodean, controlar impulsos, etc. Y el éxito en el logro de dichas tareas depende en gran medida de las experiencias que tenga con adultos significativos y con el contexto en general.

Y naturalmente, y de manera organizada y progresiva, el niño va elaborando reglas, creencias y opiniones acerca de sí mismo y de la gente que lo rodea, y va reforzando las mismas conforme las tareas o situaciones que deba resolver y las relaciones que vaya estableciendo, hasta llegar a la "madurez" y al manejo de emociones secundarias complejas (tolerar la ausencia del adulto significativo, autonomía, capacidad de espera, etc.)

CARACTERISTICAS DE UN NIÑO VÍCTIMA: IMPRLICACIONES PROCESALES.

Hay ciertas características que influyen sobre los plazos y duración del proceso. Por ello la duración total del proceso, así como la duración y horarios de participación del niño deben ser reducidos al mínimo posible. Es que la memoria del niño funciona de una manera distinta a la del adulto, es mucho más sugestionable y susceptible de modificarse a través del tiempo. Además, el impacto emocional en un niño es mayor que en un adulto; el niño cuenta con limitadas herramientas para manejar sus

emociones y actuar de manera óptima en situaciones estresantes. Y la dependencia y vulnerabilidad del niño ante el medio adulto que lo rodea lo hace más susceptible a desistir de un proceso judicial o bien a ser influenciado a través del mismo al mínimo posible.

Están también las características relacionadas con la repetición de prácticas y declaraciones. Debe reservarse la presencia del niño en actuaciones judiciales únicamente para el aporte de nuevos elementos y evitar toda repetición de prácticas que involucren directamente al niño. Es que el niño está imposibilitado para comprender un proceso jurídico en su totalidad. Su condición cognitiva y emocional lo lleva a percibir cada momento del proceso de manera aislada y preponderante. Su desarrollo emocional y moral lo hacen susceptible a considerar la repetición de actuaciones como señales de haber equivocado en su participación previa y puede, por tanto, provocar contradicciones que no son indicativas de falta de veracidad en su dicho.

Hay otras características que impactan sobre la toma de declaraciones infantiles. Toda declaración infantil y valoración de la misma debe ser practicada únicamente por personal capacitado en materia de participación infantil en procesos judiciales. Es que la susceptibilidad al estrés incrementa sustancialmente el impacto negativo de cada participación judicial**.** Las características cognitivas, emocionales y morales del niño hacen la toma de declaración infantil un tema sumamente delicado. La intervención de mecanismos de defensa, la subjetividad del relato, la incapacidad de abstracción, el egocentrismo, la dificultad para construir tiempo y espacio, la autoimposición de deberes y los temores fantasiosos o imaginarios, hacen que tanto la toma de

declaración como su valoración requieran de capacitación especializada en el tema.

No revisten menos importancia las características que se relacionan con el espacio físico para las participaciones infantiles. Toda actuación en la que participa una persona menor de 18 años debe llevarse a cabo en un espacio privado y poco atemorizante. La vulnerabilidad del niño ante situaciones estresantes lo hace susceptible a ser afectado de manera determinante por el entorno físico. Su incapacidad para comprender procesos institucionales provoca posibles interpretaciones erróneas sobre el significado de lo que sucede dentro de un juzgado. Los temores imaginarios o reales y sentimientos de culpa comunes en niños víctimas pueden ser detonados por la presencia de otros procesados. El niño es incapaz de controlar su capacidad de concentración y las múltiples distracciones presentes en un juzgado, y pueden interferir significativamente con su actuación.

Además están las características vinculadas con el tema de los peritajes practicados a los niños. Los estudios o exámenes practicados sobre una persona menor de 18 años deberán ser limitados a aquellos indispensables para el esclarecimiento de los hechos y practicados por personal capacitado en materia de participación infantil en procesos judiciales. Las características cognitivas, físicas y emocionales del niño hacen que la tarea de practicar peritajes sobre su persona no sólo requiera de pericia en la materia relevante, sino conocimiento suficiente del desarrollo infantil**.** La susceptibilidad emocional del niño hace que la experiencia de revisiones médicas y psicológicas puedan ser vividas como violentas, de no ser llevadas adecuadamente. La falta de capacidad para

comprender procesos institucionales hace que el niño limita su posibilidad de entender la importancia y relevancia de un peritaje. Frecuentemente se practican peritajes irrelevantes dada la naturaleza del delito y el tiempo transcurrido desde los hechos, sin considerar el impacto negativo que tiene el mismo.

Debe resaltarse también la importancia que reviste la presencia de una persona como apoyo emocional. Las actuaciones infantiles deberán permitir el acompañamiento y apoyo emocional de un adulto significativo para el niño. La incapacidad del niño para controlar el impacto de sus emociones en su actuación y los temores imaginarios que suscitan situaciones desconocidas, hacen el acompañamiento de una persona de su confianza un elemento útil para su tranquilidad.

Otro punto interesante está relacionado con el personal que entra en contacto con el niño, que debe ser constante durante el proceso. La imposibilidad del niño de comprender procesos institucionales hace que la relación de confianza con personas específicas cobre enorme relevancia. El cambio de personal tiene un impacto significativo en las capacidades de actuación del niño.

Finalmente, hay otras características tienen que ver con la suplencia de actuaciones infantiles, lo que significa que la autoridad debe asumir la suplencia de actuaciones de una persona menor de 18 años. La incapacidad del niño de abstraer y la subjetividad de su pensamiento, hace difícil que pueda distinguir que información es relevante para un proceso judicial. No será capaz de aportar datos por iniciativa propia que pueden ser trascendentes para el proceso, pero no para su vivencia emocional. Las dificultades en la construcción de tiempo y espacio y la

noción subjetiva del tiempo hace que su dicho frecuentemente carezca de elementos convencionales de precisión. La condición de dependencia en los adultos que rodean al niño hace que sus acciones no sean únicamente reflejo de su voluntad sino también de los adultos de su entorno. La incapacidad de comprender procesos institucionales hace que el niño pueda caer en omisiones o negligencias sin comprender las consecuencias procesales de las mismas. Asimismo, la vulnerabilidad emocional y la falta de comprensión de procesos judiciales y su importancia social, hacen que acciones positivas por parte del niño carezcan de conciencia suficiente sobre su significado.

CONCLUSIONES.

No son pocos los desafíos en torno a las mejoras que requiere el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos, pero identificar los grandes temas es el primer paso hacia la ansiada optimización y mejora del sistema.

Respecto de las víctimas: aumentar la *rapidez* de respuesta y acción, y mejorar la *calidad de atención*.

La principal razón para trabajar sobre la disminución de los tiempos vinculados al operar de la justicia tiene que ver con las características propias de las víctimas. Al tratarse de personas en desarrollo y formación de su personalidad, reducir los tiempos permitiría que el potencial impacto del proceso judicial en el niño fuera menor, disminuyendo así eventuales secuelas.

En segundo lugar, y no por ello menos importante, aumentar la rapidez en estos procesos también se sustenta en las necesidades

vinculadas a la persecución penal de este tipo de delitos, generadores de las más variadas sensaciones y acciones por parte de la sociedad.

Y si bien son ciertas prácticas, procedimientos y normas las que retardan los tiempos, es la escasa cantidad de personal especializado, y su disponibilidad, los factores que más inciden en esta situación. La carencia de éstos eleva considerablemente la carga laboral de los profesionales especializados, impidiendo el desarrollo rápido de las tareas vinculadas a la persecución de estos delitos.

El otro tema vinculado a las víctimas se refiere a mejorar la *calidad de atención*. Ofrecerla y brindarla en forma oportuna, y con ello, minimizar o disminuir la victimización secundaria.

Esto se vincula con la idea de un trato más "humanitario", que comprenda calidez, protección, respeto y cuidado. Porque se trata con las emociones de las personas, se está frente a lo más íntimo de ellas.

En esta línea, hay buenas prácticas para lograrlo: especialización de profesionales y funcionarios capacitados para saber cómo trabajar en estos casos, y particularmente con estos niños; habilitación de espacios privados y agradables, especialmente acondicionados; desarrollo y difusión de instructivos, en los que se especifiquen y clarifiquen los procedimientos a seguir en este tipo de casos y con este tipo de víctimas en particular (protocolos de actuación).

Hay tres elementos en torno a los cuales el desafío de la calidad se concretiza y se transforma en algo factible de lograr: información a la víctima y a su familia; desarrollo de mayor confianza entre ellos y los operadores, y garantía de estándares de calidad elevados en los peritajes.

Respecto del quehacer de las propias instituciones y personas que trabajan en estos casos: mayor *coordinación* inter-institucional, más *capacitación* para profesionales y funcionarios, y desarrollo de estrategias de *autocuidado*.

La *coordinación inter-institucional* importa mayores vínculos entre los equipos de trabajo y más coordinación entre las distintas instituciones que participan en estos casos, permitiría reducir la cantidad de veces que un niño cuenta su relato, optimizar las instancias de peritajes y eventualmente, reducir los tiempos asociados a estos procesos.

Para generar coordinación y fluidez en la acción conjunta de las instituciones, es vital que quienes trabajan en cada una de las etapas del proceso se conozcan entre sí. El trabajo en red tiene que ver con la reparación de las víctimas más allá del procedimiento judicial.

En relación a la *capacitación* es de suma importancia reconocer y fomentar que quienes trabajen en contacto directo con niños, niñas y adolescentes víctimas de delito necesitan formación, entrenamiento, enseñanza especializada. Deben contar con competencias adicionales, trabajar en la optimización de metodologías y en el desarrollo de estrategias para desempeñar el rol e interactuar con los demás actores del sistema.

Finalmente, el *autocuidado*. El trabajo con víctimas de delito es complejo. La angustia presente en los niños genera en los operadores que tratan con ellos sobreexigencia y presión psicológica, pudiendo incluso repercutir en sus demás relaciones personales.

En este sentido, el autocuidado se presenta como un importante reto a enfrentar. Desarrollar pequeñas acciones a nivel local, como el

despliegue de estrategias institucionales más amplias, contar con un espacio donde los profesionales que realizan los peritajes y los que tratan a las víctimas puedan contar lo que sucede con ellas y con los mismos profesionales. Un lugar donde intercambiar y compartir experiencias.

Su importancia radica en que todo el operar de la Justicia en torno a estos casos especiales podría verse frustrado si se produce un desgaste en los equipos de profesionales que se relacionan directamente con los niños víctimas de delitos, por no enfrentar adecuadamente la tensión y el conflicto inherentes al trabajo en este tipo de casos. La pugna entre la voluntad personal de proteger a los niños víctimas y la necesidad de desempeñar la propia función, respondiendo a los requisitos y estándares que imponen las instituciones.

Sólo asumiendo un verdadero compromiso y siendo conscientes de que la promoción de una efectiva mejora en el tratamiento de los niños víctimas y testigos de delitos no se agota con el tratamiento que pueda proporcionarles el sistema de administración de justicia, sino que se trata de una responsabilidad transversal que involucra a otras instituciones, podrá darse el paso inicial para lograr el cambio.

La protección de la infancia es una responsabilidad de la comunidad en su conjunto, pero, a lo largo de todo el proceso, debe ser asumido como el valor primordial a lograr.

BIBLIOGRAFIA

ADC, JUFEJUS, UNICEF. (2008*). Acceso a la Justicia de niños víctimas.*

ADC, UNICEF. (2010). *Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños, niñas, adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos.*

Castañer Poblete, Analía. (2008). *La denuncia como elemento terapéutico para el niño víctima del delito, ODI.* México.

Centro de Capacitación e Investigaciones Judiciales Dr. Manuel A. Sáez (2009). *Jornadas Interdisciplinarias sobre abuso sexual de menores.* Mendoza, Argentina.

Coll Tellechea, María José. (2001). *Guía Judicial para niños víctimas de adultos*. Madrid.

Directrices de las Naciones Unidas sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. (2007) Austria.

Fellini, Zullita. (2009). *Estándares internacionales de Derechos Humanos para la protección de los niños víctimas y testigos en sede judicial.*

Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos. (2008). República Dominicana.

Ley modelo y comentario. (2009). *La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delito*. Naciones Unidas, Nueva York.

Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal. (2006). Chile.

ODI (Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia). (2009). *El niño víctima del delito*. México.

ODI. (2009). *Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles*. México.

ODI. (2006). *Acciones para evitar la re victimización del niño víctima del delito.* México.

Oficina Internacional de los derechos del Niño. (2003). *Justicia para los niños víctimas y testigos de delito*. Canadá.

Principios fundamentales de Justicia para las víctimas del delito y del abuso del poder. (1985). Naciones Unidas.

Protocolo para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual. Tierra del Fuego, Argentina.

Protocolo interinstitucional de actuación en casos de abuso sexual infantil. Entre Ríos, Argentina

Protocolo de atención legal a víctimas de delitos sexuales y violencia doméstica cometidos por personas menores de edad. (2008). Costa Rica.

Protocolo de abordaje integral ante sospechas de abuso sexual infantil. (2011). Jujuy, Argentina.

UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito) (2010). *Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas.*Naciones Unidas, Nueva York.

Vieira Morante, Francisco Javier. (2007). *Tratamiento procesal del menor como víctima del delito*. Madrid.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (2006/2008). *Reglas básicas de acceso a la Justicia de las personas vulnerables.*

Yañez Rosas, José Antonio. (2010). *Estudios sobre las garantías y derechos procesales de las víctimas del delito.* México.

Los infractores no punibles y el fuero penal

¡Porque te cuido… te encierro!

COMISIÓN 3: Derechos Humanos de Niños y adolescentes Infractores: Sociedad, Estado y Justicia. a).

AUTOR: Graciela Anabel Rodríguez

SÍNTESIS: Nada nuevo bajo el sol… tampoco en los dilemas que este trabajo plantea. Los interrogantes se repiten, ¿pueden ingresar los menores de 16 años al sistema penal en la Argentina?, ¿deben disponerse las medidas de protección a niños y adolescentes en el fuero penal?, ¿qué medidas son propias del derecho punitivo? Temas en permanente debate. Entiendo que lo novedoso de mi propuesta, viene de la mano del actual Código de Procedimientos Penal de la Provincia del Chubut – Argentina, que ha permitido durante sus ocho años de vigencia, poner en dudas algunos mitos respecto del proceso a seguir en los casos de hechos delictivos, en los que se encuentren involucrados niños y adolescentes no punibles.

Los infractores no punibles y el fuero penal

¡Porque te cuido… te encierro!

Graciela Anabel Rodríguez

Juez Penal

1) MIRANDO AL SUR: Chubut una opción posible

Me propongo con este trabajo buscar algunas respuestas para los siguientes interrogantes:

- ¿pueden ingresar los menores de 16 años al sistema penal en la Argentina?

- ¿deben disponerse las medidas de protección a niños y adolescentes en el fuero penal?

- ¿qué medidas son propias del derecho punitivo?

- ¿es inprescindible dictar un cuerpo normativo integral con disposiciones de fondo y procesales, específico para niños y adolescentes infractores, o bastaría con la derogación de la norma vigente, y la adecuación del código penal?

Mi propuesta es confrontar las opciones posibles con la novedosa normativa procesal del código chubutense.

2) ALGUNOS ANTECEDENTES

Nacionales:

En pocos días se cumplirán 25 años de la aprobación argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño y aún estamos a la espera de una norma que, en consonancia constitucional, establezca el régimen de la responsabilidad penal juvenil.

Existe en Argentina, un proyecto de ley bajo el título de "Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal", iniciado y aprobado por el Senado de la Nación, el 8 de julio del año 2009, que fue modificado –respecto de la edad de punibilidad-, en la Cámara de Diputados. Proyecto que en la actualidad se encuentra con archivo parlamentario. (4)

El Régimen contiene disposiciones generales, principios – derechos – garantías, normas procesales, medios alternativos de solución del conflicto penal, sanciones, prescripción y disposiciones finales.

Sin efectuar un análisis concreto del mencionado proyecto, estimo que al menos peca por exceso. Las disposiciones procesales, los medios alternativos y su parte dogmática, pertenecen y se encuentran contenidos en otros cuerpos normativos.

Por otro lado, el proyecto ha recibido fuertes críticas.

Se le achaca la falta de legitimidad, por haber nacido, en el marco de un pedido de políticas de mano dura.

Así, por ejemplo, sostiene Claudia Cesaroni que "…este proyecto nace al calor de las movilizaciones de Juan Carlos Blumberg y es parte del petitorio de Blumberg que contenía unos siete u ocho puntos, de los cuales éste era uno más. Todos los otros puntos se fueron resolviendo en los siguientes tres meses de esas movilizaciones. Es interesante ir a buscar la información, y ver cómo se reunían un miércoles y sancionaban la pena máxima a cincuenta años de prisión; se reunían al miércoles siguiente y sancionaban la pena para el que tuviera tenencia de armas con determinadas características, se reunían al próximo miércoles… y así fueron sancionando cada uno de los pedidos que hacia Blumberg y quienes lo acompañaban, en sucesivas reuniones en la cámara de diputados y luego en senadores".

Continúa diciendo la autora que "…uno de los argumentos que se utiliza habitualmente para justificar este proyecto es *darle más garantías a los adolescentes* y, en realidad si uno ve la fundamentación última de por qué se empieza a discutir este tema, no tiene que ver con la intención de dar más garantías, sino con la decisión de cumplir con los pedidos de más mano dura que surgían de esas movilizaciones". (5)

No obstante las críticas transcriptas, las que comparto en su totalidad, en mi opinión, es un proyecto superador de la ley vigente. Abre una vez más el debate, y habilita una reforma impostergable.

Dos normas vigentes se encuentran en puja, en Argentina. Dos modelos antagónicos.

Por un lado, la Ley DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (N° 26.061), receptora de la normativa internacional, que derogó específicamente la Ley del Patronato, y que contiene algunas normas rectoras.

Por el otro costado, está vigente en la Argentina, el histórico "Régimen Penal de la Minoridad" (Ley 22.278 y su modificatoria 22.803), norma que responde claramente a la doctrina de la situación irregular.

Muestra de ello es el último párrafo de su artículo 1º, que dispone: "Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padre, tutor o guardador".

Claro está que quienes infringen la ley penal si resultan punibles, les cabe la aplicación del Código Penal, en consonancia con el art. 4° de la mencionada Ley 22.278.

No obstante, dos cuestiones deben tener en cuenta los jueces penales, al momento de resolver la situación de un niño o adolescente.

La primera de ellas es que por ser la Ley Nº 26.061 de posterior sanción, podría considerársela prevalente a la Nº 22.278.

La restante, es que la Ley de Protección Integral se encuentra en sintonía con los tratados internacionales, y las disposiciones de éstos últimos, tienen rango superior a las leyes.

Tampoco ha sido feliz la intervención de Nuestro máximo Tribunal en el caso "García Méndez, E., Musa, L.C.", fallo que al decir de Crivelli, es "acorde a nuestros tiempos". Comparto con el jurista que es una afirmación y vuelta a la doctrina de la situación irregular.

Pretende la Corte, en su fallo, convencer que la privación de libertad, no es un castigo, sino una "medida" orientada a la protección integral, señalando que "…la declaración de inconstitucionalidad de las normas que habilitan el encierro de menores "no punibles" no solucionará el problema de fondo, es decir, no restablecerá a los mismos en el goce de sus derechos políticos, sociales y económicos, sino que, por el contrario, se acentuará su situación de riesgo o vulnerabilidad".

"Aunque la Corte no lo diga, es evidente que la declaración de inconstitucionalidad de tales normas lograría, al menos, el respeto del derecho a la libertad y demás garantías procesales y constitucionales básicas cuya violación es consecuencia inmediata. Sin embargo, el Alto Tribunal deja entrever que la recuperación de la libertad de estos menores podría colocarlos en una situación de mayor peligro".

Concluye diciendo el autor que "Sin duda alguna, el fallo objeto de análisis constituye una lamentable retroceso en la evolución de nuestro sistema de justicia penal juvenil. La insuficiencia argumental del mismo demuestra la falta de interés que este tema genera en la mayoría de los operadores jurídicos y la constante voluntad de postergar a toda costa su tratamiento". "…De todos modos, es preciso reconocer que se trata de un

fallo a la altura de los tiempos. Un pronunciamiento dictado en un momento en el que la sociedad no reclama precisamente un sistema de Derecho penal juvenil mínimo y garantista sino todo lo contrario…" (6)

Admito que al momento de conocer el fallo de la Corte Suprema, entendí razonable la decisión, precisamente, teniendo en miras el conflicto que representaría la libertad intempestiva y simultánea de más de 5000 jóvenes, en un país sin políticas adecuadas para solucionarlo.

Es que, no obstante nuestras buenas intenciones, a los operadores penales nos resulta difícil despojarnos del sentimiento del "buen padre de familia" que llevamos dentro, y que nos inclina a "privar de la libertad" … ¡en protección del niño y adolescente infractor!

Coincido con el mencionado autor que, en definitiva, el Alto Tribunal, al sostener que la continuación del encierro de los niños era por su bien, para protegerlos, reutilizó las ideas del modelo tutelar o paternalista.

Provinciales:

Continuando con el análisis, advierto que en Argentina, la normativa provincial es variopinta.

Nuestro sistema federal de gobierno, permite que los autónomos gobiernos locales (las provincias) -quienes conservan todo el poder que no han delegado por Constitución al gobierno nacional-, dicten sus propios códigos de procedimientos o de formas, en las distintas materias (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional Argentina, a contrario sensu). Cada estado provincial tiene sus particulares códigos de rito.

Dentro del concierto nacional, en nuestra provincia del Chubut, si bien la ley no es ajustada estrictamente al mandato constitucional, la realidad es gratificante.

Mientras esperamos la derogación de la Ley 22.278 y una normativa juvenil ajustada a las exigencias constitucionales, en Chubut los niños menores de 16 años, no ingresan a la jurisdicción penal, por hechos descriptos como delitos por la ley penal.

Se ha priorizado la no judicialización de los no punibles.

Advierto, y no tengo ninguna duda, que los hechos por ellos cometidos –niños y adolescentes con menos de 16 años de edad-, deben y pueden ser investigados, por el órgano acusador. El Ministerio Público Fiscal –titular de la acción-, debe llevar a cabo todas las diligencias posibles y necesarias para esclarecer el hecho denunciado. Pero, considero que los no punibles no pueden ni deben ingresar al "circuito" penal.

Si bien lo expresado precedentemente parece un contradicción, estimo que esto no es así.

Repasaré rápidamente las normas provinciales.

Nacida en la época del constitucionalismo social, la carta magna de la Provincia del Chubut - Argentina, contiene normas novedosas y respetuosas del debido proceso, fundamentalmente, en lo que se refiere al ámbito penal.

Dos son las que aquí deben destacarse: 1) el art. 50 que establece que "en el proceso tutelar rigen, como mínimo, las garantías del proceso penal" (incorporado con la reforma del año 1994), y 2) la que ordena organizar "Tribunales de Menores y de Familia" (art. 171 Constitución Provincia del Chubut, redacción conforme año 1994).

Hasta la sanción de la Ley de protección Integral de la Niñez, Adolescencia y la Familia (N° 4347), en el Año 1999, las cuestiones vinculadas con niños y adolescentes fueron tramitadas en los Juzgados Civiles y en los Criminales y Correccionales.

A partir del año señalado, comenzó la actividad de los Juzgados de Familia, que continúan vigentes en la actualidad. En tanto los Juzgados de Niños y Adolescentes, sólo funcionaron en la provincia, entre los años 2001/2006.

El procedimiento penal de corte acusatorio, que establecía la referida ley –título III-, nunca se puso en funcionamiento, la misma contemplaba en el fuero penal, tres tipos de medidas: 1) de *protección*, para el caso de ***amenaza o violación*** de los derechos de niños y/o adolescentes. 2) de *coerción*, durante la tramitación del proceso para proteger sus fines -peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación-. 3) *socioeducativas*, como sanción.

La especialidad, por aquella época, sólo alcanzaba a los juzgados de primera instancia, para la investigación. Ni tribunales de juicio, ni fiscales, ni defensores, exclusivos y especiales.

En el período de su vigencia, me desempeñé como secretaria del Juzgado Penal de Niños y Adolescentes. Desde mi experiencia y, fundamentalmente, mi visión actual, no obstante el entusiasmo, el trabajo inmenso, la dedicación y el empeño de todos los operadores en aquella época, celebro el fin de los juzgados de niños y adolescentes. Cumplieron un rol importantísimo, resultaron imprescindibles para el cambio de mentalidad, pero era necesario dar un paso más hacia el respeto cierto y concreto de los derechos.

El fuero permitía, por ejemplo, la denuncia de un particular por el daño a un parabrisas ocasionado por un piedrazo arrojado por un niño de 4 años. Asimismo, posibilitaba el trámite iniciado por una docente ante la sustracción de un celular en un aula de niños de 9 años.

¿Qué se persigue con estas denuncias? ¿Qué respuestas se buscan de la justicia penal? ¿Qué funciones se le atribuyen a los órganos penales encargados de resolver los conflictos de niños y adolescentes? ¿No deberían recorrerse, antes de llegar al poder punitivo -de ultima ratio-, otros peldaños menos gravosos e estigmatizantes? ¿Qué papel juegan actualmente la familia, la escuela, el barrio, el club, la iglesia, las instituciones administrativas, etc.?

Los cambios eran indispensables.

Por un lado había que extirpar del proceso penal los menores no punibles y las medidas de protección. Por otro, era necesario dar cumplimiento al mandato constitucional e implementar un proceso acusatorio; que la Ley 4.347 (hoy Ley III – Nº 21), disponía pero que no se había puesto nunca en funcionamiento. También se debían incorporar salidas alternativas al juicio, para los conflictos penales.

Estas opciones llegaron con el nuevo procedimiento en materia penal para la Provincia del Chubut en el año 2006, con la Ley 5.478, hoy XV – N° 9. Este es el régimen provincial contenido dentro de un único cuerpo procesal para todas las personas, sin distinción de edades.

El sistema exige a los jueces penales capacitación en la temática de niños y adolescentes; y el Consejo de la Magistratura –órgano constitucional de la provincia-, encargado de la elección, por concurso, de los magistrados, incluye la misma en sus temarios.

La nueva normativa procesal, responde a un sistema acusatorio, estatuye instituciones novedosas tales como la conciliación, la reparación, y la mediación en casos de niños y adolescentes. También, el juicio abreviado, el recurso de doble conforme del imputado y la figura del querellante autónomo, entre otras.

Las normas específicas del régimen juvenil, se encuentran en el Libro V, bajo el título de "Reglas especiales para niños y adolescentes". Son unos pocos artículos, redactados al unísono con la normativa internacional y constitucional.

Así:

1) Declara como finalidad que en el supuesto que una persona menor de dieciocho años de edad, participe de un hecho delictivo "se procurará que el niño o adolescente, sea tratado de manera acorde con su edad, acreciente su sentido de la propia dignidad y valor, fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promueva su reintegración y asuma una función constructiva en la sociedad". Y que "El logro de estos fines se buscará mediante la participación activa del niño o adolescente en la sustanciación del proceso y, en su caso, en la ejecución de las medidas que se dispongan a su respecto. Se priorizará el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios".

2) Exige la existencia del hecho delictivo atribuido y la participación del niño o adolescente en el mismo, disponiendo que "sin la probable concurrencia de ambos extremos no podrá ordenarse ninguna medida procesal que afecte sus derechos".

3) Ordena las medidas que pueden adoptarse en el fuero, y las que están prohibidas a los magistrados del fuero punitivo.

4) Faculta al Juez Penal a imponer medidas de coerción personal, a los fines de proteger el proceso, a pedido del fiscal y con resguardo del derecho de defensa y el debido proceso. Cuando implique privación de libertad, la medida no deberá exceder de tres meses y podrá ser prorrogada a su vencimiento por un término similar.

El Código de forma dispone reglas para el juicio con adolescente, tanto para la etapa de responsabilidad como para el debate sobre la pena. A continuación establece medidas "socio-educativas". Estas disposiciones, considero, que deben ser motivo de un amplio debate y, posiblemente, de un fuerte modificación.

Dispone el código que "en la sentencia por la que se declare la autoría responsable se podrá ordenar, teniendo en cuenta la capacidad del adolescente para cumplirla, el mejor logro de los objetivos del artículo 404 y la naturaleza, circunstancias y consecuencias del hecho, la aplicación de las siguientes medidas:

a) Amonestación severa en presencia de sus padres, tutor o guardador, y el defensor;

b) Disculpas presentadas a la víctima o a sus representantes;

c) Adopción de oficio o profesión;

d) Realizar el trabajo que se le ordene, a favor de la víctima o de sus representantes, de acuerdo a la edad, desarrollo físico y capacidad del adolescente;

e) Realizar el trabajo que se le ordene a través de la prestación de servicios a la comunidad de acuerdo a su edad, desarrollo físico y capacidad;

f) Inclusión en Programa de Libertad Asistida;

g) Régimen de Semilibertad: 1.- Privación de Libertad en tiempo libre, 2.- Privación parcial con salida laborales o de estudio;

h) Privación de libertad en un establecimiento para adolescentes, debiéndose observar lo establecido en el artículo 17º de la Ley III Nº 21 (antes Ley Nº 4.347)".

Sólo dejaré planteadas algunas dudas, que posiblemente, sean materia de otro trabajo. ¿Qué son las medidas socio-educativas? ¿Cuál es su naturaleza? ¿Son penas? ¿Reemplazan o se superponen con las penas? ¿Las puede establecer el legislador provincial? ¿Son constitucionales?.

Ahora bien, la norma que, a mi criterio, se destaca del cuerpo normativo, en el tema que hoy me ocupa, se relaciona con los no punibles y las medidas que pueden adoptarse a su respecto en el fuero penal, y sus exigencias. El articulado pone un límite firme y criterioso.

Reza el art. 405, en la parte pertinente: "La imposición de cualquiera de las medidas socio-educativas previstas en este Código requerirá la plena convicción judicial, motivada en pruebas legítimas, sobre aquellos extremos fácticos, siempre que no concurra alguna de las hipótesis del artículo 34 del Código Penal".

Y más adelante , expresa que: "En ningún supuesto se aplicarán medidas de protección en el sistema penal. En caso de archivo, sobreseimiento o absolución, si se hubiera verificado alguna otra situación que requiera la intervención estatal en protección del niño o adolescente,

se remitirán los antecedentes al Sistema de Protección Integral de Derechos (artículos 36, 37 y 56 a 60 Ley III Nº 21 -Antes Ley 4.347- y Decreto Reglamentario Nº 1631/99, Anexo II y III)".

"Aún cuando se acredite la probable existencia del hecho y la participación del niño o adolescente, en el supuesto de detectarse paralelamente alguna situación de vulneración de derechos, el juez, a petición de parte o aún de oficio, deberá proceder como lo dispone el párrafo anterior".

Esta es la disposición que marca este trabajo, y que ha permitido el cambio paradigmático y fundamental en la Circunscripción Judicial en la que me desempeño.

He tenido oportunidad de resolver, entre otros, como Juez Penal de Garantías -cargo que ocupo en la actualidad-, un pedido fiscal de audiencia inicial del proceso de un niño de 14 años, denunciado como un posible autor de un hecho delictivo.

En esa oportunidad sostuve que, al no contar el sindicado con los 16 años de edad, de conformidad con las pautas establecidas por la Ley 22.278 (conforme modificación de la Ley 22.803), el joven resulta no punible, y consecuentemente, no teniendo capacidad para estar en un juicio penal –por decisión política-, no podrá formularse Acusación Pública –inicio de la etapa intermedia de preparación del juicio oral y público-, en su contra ni ser convocados a una eventual audiencia de debate.

A modo de aclaración señalo, que en nuestro sistema procesal por audiencias, un caso penal tiene tres que son ineludibles, a saber: la que da inicio al proceso (art. 274), la de preparación del juicio (art. 295), y la audiencia de debate (art. 304 y sgtes.).

Sostengo que no corresponde realizar la audiencia de inicio del proceso, que dispone el art. 274 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia del Chubut, respecto de una persona no punible, porque la misma es el primer paso al debate. Reza la referida regla que "Cuando existan elementos suficientes, el fiscal dispondrá la apertura de la investigación preparatoria del juicio…". Adviértase que ya, en ese primer momento del proceso se tiene en miras el juicio oral y público.

Tampoco resulta posible en el fuero penal, conforme la normativa procesal, como ya refiriera más arriba, adoptar medidas, de cualquier naturaleza que ellas sean, respecto de quienes no son alcanzados por la ley penal (art. 405, cuarto párrafo, del C.P.P.Ch.).

Asimismo, no son oportunas las socio-educativas, porque sólo podrán ser aplicadas luego del dictado de una sentencia que declare la autoría responsable de un adolescente (art. 411 del C.P.P.Ch.); y no podrán dictarse en el caso en análisis, en atención a que los niños o jóvenes en cuestión, resultan no punibles.

Menos aún, es posible aplicar a los no punibles la medida de coerción personal que establece el art. 220 del C.P.P.Ch., por cuanto la prisión preventiva se dispone para asegurar la realización de la ley de fondo, neutralizando los riesgos procesales cuando exista una presunción razonable, de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de entorpecimiento), destinadas a asegurar que el juicio pueda realizarse con la presencia imprescindible del imputado –no existe el juicio penal en rebeldía, en el derecho argentino-, y con las mejores condiciones probatorias posibles.

Va de suyo, que no pueden disponerse, las medidas subsidiarias, ordenadas por el art. 227 del código de forma del Chubut, las que se imponen cuando "el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser evitado razonablemente por aplicación de una medida menos grave para el imputado que su encarcelamiento"; es decir, que deben reunirse los mismos extremos legales que para el dictado del encarcelamiento preventivo.

Ahora bien, tratándose el nuestro de un derecho penal de acto, ninguna duda existe que el órgano encargado de efectuar la investigación de un hecho delictivo, debe realizar todas las diligencias y/o requerir la autorización jurisdiccional para cualquier acto que vulnere derechos y/o garantías constitucionales, cualquiera sea la edad de quien se sindique como presunto autor, con el fin de lograr el esclarecimiento de lo acontecido. La investigación podrá requerir la intervención de órganos diferentes según se trate de punibles, no punibles o inimputables.

Por otra parte, las consideraciones efectuadas, resultan de interés al momento de merituar la razonabilidad y proporcionalidad de una medida de investigación, teniendo especialmente en cuenta que el art. 40, 3. b) de la Convención de los Derechos del Niño expresa que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para "…la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales…".

No obstante lo dicho, resultando el Ministerio Público Fiscal el órgano facultado para llevar adelante la investigación de un hecho delictivo, de no existir oposición de las partes y/o interesados, tal análisis se encuentra en cabeza del mismo.

Surgía, palmariamente, del análisis del escrito fiscal que requería ingresar al sistema penal al niño –al que me he referido más arriba-, la gravedad de un conflicto al que Ministerio Público Fiscal intentaba dar respuesta, y en el que posiblemente se hallaban involucrados menores no punibles, por lo que entendí que podría efectuarse un abordaje interdisciplinario con el fin de bajar los niveles de conflictividad y evitar nuevos hechos; pero considerando que tal intervención es ajena a las disposiciones del art. 274 del C.P.P.Ch. (audiencia de inicio del proceso).

Resulta oportuno apuntar algunas consideraciones de Juan Bustos Ramírez en su trabajo "Perspectivas de un Derecho Penal del Niño". Sostiene, respecto de los principios que deben regir en el procedimiento penal de niños, entre otros, que la "... Desjudicialización: se ha de tender a todas las formas, sea moderadas o radicales, de excluir al niño de su incorporación a la instancia judicial, en cuanto ella de todos modos implica de por sí una afección grave a su persona. Es por eso que entre las primeras han de considerarse todas las formas de suspensión o paralización condicional anticipada del proceso y entre las segundas la utilización obligatoria del principio de oportunidad por parte del fiscal y de las diferentes formas reparatorias, en especial la mediación"..., y la "... Diferenciación terminante entre lo que es responsabilidad penal del niño y la protección del niño, de modo de impedir que por larga tradición cultural de la ideología de la situación irregular o educativa, se introduzcan nuevamente formas coactivas de intervención en lo que es propiamente el ámbito de protección al niño, lo cual por principio va en contra de sus derechos y en especial contradice el derecho de prioridad del interés superior del niño". (7)

Considero que denegar la citación al proceso penal de quienes resultan no punibles, en modo alguno limita las facultades propias de investigación del Ministerio Público Fiscal; ello, por cuanto todas las medidas que se estimen pertinentes para establecer lo acontecido y quienes resulten sus posibles autores deberán llevarse a cabo, debiéndose requerir si fuera necesario, en aquéllos casos que establece la ley, la correspondiente autorización jurisdiccional.

Por otra parte, quien conozca que está siendo investigado por el Ministerio Público Fiscal, puede presentarse ante esa dependencia con el asesoramiento y asistencia que estime pertinente para efectuar el control de las actuaciones, y requerir la intervención jurisdiccional en el caso de estimarla necesaria. Lo dicho no conduce, necesariamente, a la conclusión, que en ese caso, deba concurrir a la sede del Tribunal un menor no punible. Si fuera necesaria la intervención de un juez penal, por ejemplo, podría efectuar la presentación su representante legal, o la representación promiscua de la Defensa.

El control jurisdiccional de la investigación puede y debe realizarse con independencia de que en algunos casos no corresponda traer al proceso penal a quienes, por decisión política, carecen de capacidad para ello. El legislador ha dispuesto que quien no cuenta con 16 años, y en algunos casos con 18 años, no resulta alcanzado por la ley penal. Si efectuáramos otra interpretación debería establecerse un límite menor distinto y admitir, por ejemplo, que un niño de 8 años puede ser llamado a una audiencia a tenor del art. 274 del C.P.P.Ch, permitiendo con ello, que la casuística establezca el límite de actuación de la ley penal.

En Argentina se aplica derecho punitivo a partir de los 16 años. ¿Puede la gravedad de un hecho perforar ese mínimo arbitrariamente? ¿Es posible si el autor tiene 15? ¿12? ¿10?

Asimismo, me pregunto, ¿Es lógico flexibilizar hasta el infinito las exigencias de responsabilidad en el área educativa, aún en plena adolescencia, y al mismo tiempo, pretender ingresar al sistema penal –aún cuando se trate de un régimen especial-, a un niño de 12 años?

Diré al pasar, sin que signifique ampliar el objeto de este trabajo, que considero constitucionalmente inviable que Argentina baje la edad de punibilidad, ya que ello significaría violaría el principio de no regresividad y de progresividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la Circunscripción Judicial de la Provincia del Chubut, en la que me desempeño como juez, desde el año 2006 a la fecha –tiempo de vigencia del actual procedimiento-, han ocurrido sólo dos casos graves en los que se han visto involucradas personas menores de 16 años. Estos eventos han sido investigados por el Ministerio Público Fiscal, se han requerido las debidas autorizaciones jurisdiccionales para su averiguación –allanamientos, requisas, secuestros, etc.-, y el no ingreso a la jurisdicción penal del niño involucrado, no ocasionó inconvenientes ni críticas.

He consultado, a propósito de este trabajo, a los operadores locales –fiscales, defensores y asesores de familia-, y han coincidido en que la no existencia de tribunales de fuero penal para niños y adolescentes, que se ocupen de los hechos delictivos en los que se encuentren sindicados menores de 16 años de edad, no ha provocados mayores dificultades. Los casos denunciados fueron investigados, y los niños contenidos por las instituciones de protección y del fuero de familia.

Es por lo expresado que, sin perjuicio de las aristas conflictivas, y de los posibles casos complejos, entiendo que en nuestra provincia se limitó adecuadamente el derecho punitivo, y los resultados –al menos en la Circunscripción Judicial del Noroeste-, han sido positivos.

Sostengo entonces, que es posible actuar y resolver sin intervenir inconstitucionalmente, en contra de los niños y adolescentes no punibles.

Si no son pasibles de una pena, entonces no pueden ingresar al sistema penal. La misión primordial del derecho penal es SANCIONAR, y las penas se cumplen en lugares de detención.

Para cuidar al niño o adolescente "…abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o que presenta problemas de conducta…", no es necesario encarcelarlo, existen otros medios, institutos e instituciones –en especial las primarias-, más adecuadas y efectivas a las que debe EXIGIRSE que actúen.

Deben implementarse políticas adecuadas que resuelvan los conflictos que llevan a niños y adolescentes a infringir la ley penal, optando por fortalecer a los organismos familiares, educativos y sociales, antes que acudir, en forma prematura y apresurada, al derecho punitivo.

Incluir en el ámbito del fuero penal las medidas protectivas es, según mi criterio, un error que conlleva el avasallamiento de derechos, y la estigmatización, de quienes resultan no punibles. No reciben igual tratamiento las inconductas que ingresan a un juzgado penal, que las juzgadas en el fuero de familia.

Tampoco se trata de privar a los no punibles de asistencia legal o del derecho a ser oídos de las personas menores de 16 años, sino de que la

intervención que se deba llevar a cabo, además de necesaria, sea la más adecuada.

Debe evitarse la fuerte estigmatización que significa para un niño o adolescente el ingreso al sistema penal.

Conclusiones:

Considerando los dilemas iniciales, propongo:

- Rechazar, en las decisiones judiciales, el ingreso de los menores de 16 años de edad al fuero penal.
- Aplicar las normas internacionales –de rango superior a la Ley 22.278-, en las resoluciones jurisdiccionales.
- Rechazar en el fuero penal la disposición de medidas de protección a niños y adolescente.
- No perforar el mínimo de punibilidad en la Argentina.

Finalmente, afirmo que no es imprescindible esperar el dictado de un cuerpo normativo integral con disposiciones de fondo y procesales, específico para niños y adolescentes infractores. Instrumentos como el Código de Procedimientos de la Provincia del Chubut, que hasta aquí he comentado -con las modificaciones, que sean necesarias, en cuanto a las medidas socio-educativas-, permiten juzgar sin avasallar.

No existen razones, sí excusas, para echar mano a legislaciones obsoletas.

"**Quién quiere hacer algo, encuentra un medio. Quién quiere hacer nada, una excusa**"

PROBERBIO CHINO

Fuentes de Consulta:

1) Páginas Web: desarrollosocial.gov.ar; casacid.org.ar; derehuman.us.gov.ar; observatoriojovenes.com.ar; cuestionsocial.org.ar

2) Digesto Jurídico Argentino. Infoleg.mecon.gov.ar

3) Digesto de la Provincia del Chubut. Legischubut.gov.ar

4) Proyecto de Ley. "Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal", iniciado en el Senado de la Nación, aprobado por ese Honorable Cuerpo el 8 de julio del año 2009.

5) "Estado e Infancia" Mas Derechos, menos castigo. Por un régimen penal de niños sin bajar la edad de punibilidad,. Claudia Cesaroni – Luis Fernando Niño – Gustavo Vitale – María Laura Böhm – Dardo Bordón Costa – Germán Martín. Obsrvatorio de Adolescentes y Jóvenes. UBA. Guillermo Berto – Horacio Cecchi.

6) Ezequiel Crivelli. Nota al fallo García Méndez, E., Musa, L.C." de la CSJN. Publicado en el dial.Express, el viernes 19 de diciembre de 2.008, Año XI, Número 2.682.

7) "Perspectivas de un Derecho Penal del Niño", Juan Bustos Ramírez – Nueva Doctrina Penal – Ed. El Puerto – 1997/A (págs. 63/71).

PORTADA

TEMA: REGISTRO DE ABUSADORES SEXUALES Y LOS INFRACTORES MENORES DE EDAD.-

COMISION N° 3 f): DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS INFRACTORES: SOCIEDAD, ESTADO Y JUSTICIA.-CORPUS JURIS INTERNACIONAL Y DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXAUL Y COLISION DE DERECHOS.-

SINTESIS DE LA PONENCIA: los menores de edad condenados por delitos contra la integridad sexual no deberian ser inscriptos en los registros de abusadores sexuales por tratarse de personas en desarrollo al momento de la comision del hecho. Por lo general, su conducta no responde a un trastorno de personalidad que se traduciria en conductas antisociales, sino al medio familiar, social y cultural en el que han crecido. Asi, como desde el momento en el que ingresan al sistema penal, reciben un tratamiento especial a traves de la aplicación de las medidas proteccionales que se adoptan por un periodo determinado de tiempo para lograr su reinserción social, al cabo del cual, se merituará la necesidad o no de la aplicación de una pena, entiendo que este tratamiento especial, enmarcado en los linemientos dados por la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados internacionales sobre la materia , se debería extender más allá de la sentencia, sin permitir su inscripción en ese tipo de registros. Lo contrario implica dar al menor de edad, el mismo tratamiento que a un adulto, siendo que se trata de una persona que está en una situación distinta desde lo físico, emocional, psicológico, social y familiar.

Por otro lado, se debería apostar a acciones preventivas para evitar este tipo de delitos, trabajando con las familias en materia de educación y salud efectivizando concretamente, de esta forma, las políticas públicas enarboladas en los instrumentos internacionales y nacionales.

AUTORA: ABOGADA ALICIA BEATRIZ ALCALA. JUEZA N° 4 SUPLENTE DEL JUZGADO DEL MENOR DE EDAD Y FAMILIA DE LA PRIMERA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHACO, REPUBLICA ARGENTINA.-

D.N.I. N° 14.606.687

MAIL: alibealcala@hotmail.com

Por la presente autorizo a la ALAMFP Y ONAF a utilizar mi ponencia para su publicación impresa, digital a través de Internet o cualquier formato electrónico y en documentos institucionales.-

PONENCIA: REGISTROS DE ABUSADORES SEXUALES Y LOS INFRACTORES MENORES DE EDAD.-

El tema que desarrollaré en este trabajo es acerca de si resulta procedente la inscripción o no de los menores de edad condenados por delitos contra la integridad sexual, en un Registro de Abusadores Sexuales.

Existe desde hace unos años, la tendencia en varios países (EE.UU, Canadá, Reino Unido, Argentina) de crear Registros de Abusadores Sexuales a fin de inscribir a las personas que fueran condenadas por ese tipo de delitos. Ella responde a distintos objetivos, dentro de los que se pueden nombrar: la identificación de los sujetos condenados para mantener un control sobre ellos, luego de cumplida la condena; contar con datos genéticos, huellas dactilares, fotografías, que permitan identificarlos; contar con evidencias recolectadas durante la investigación penal; poder elaborar estadísticas sobre el comportamiento criminal y su reincidencia; dar una respuesta a las víctimas además de la pena que pudiera haber sido impuesta; alertar a la ciudadanía de potenciales ataques. En algunos lugares, el acceso a esa información es libre con lo cual se pretende que la sociedad esté protegida y alertada sobre el lugar donde se encontrarían estos sujetos y en otros, el acceso a la información es restringido.

Se invocan razones de política criminal, de prevención general y de protección de la sociedad.- La creación de este tipo de registros intenta dar una respuesta a la búsqueda de alternativas diferentes a la internación para combatir la peligrosidad.

Los trabajos a los que he podido acceder sobre el tema, se refieren al adulto abusador sexual pero no he encontrado comentarios respecto a los

menores de edad. En este trabajo me referiré exclusivamente a ellos ya que considero que presentan características bien distintas al adulto, sin perjuicio que el tema de la registración proporciona cuestionamientos similares en uno y otro caso.

Es un temática cuyo abordaje necesita ser sistémico e interdisciplinario ya que debe ser estudiado desde la situación del infractor y desde la posición de la víctima, evitando posicionarse en un extremo u otro. A más de ello, se encuentra implicada la política criminal de cada Estado, la fundamentación filosófica de la pena que cada uno adopte, la influencia de la cultura de algunos grupos étnicos, la política sobre salud mental y la concepción que tenga cada Estado sobre ella; las políticas públicas relacionadas con las familias, su contexto socio-económico y educacional.

Esto nos lleva a introducirnos en el análisis de diferentes derechos que detentan todos y cada uno de los actores de esta problemática que en la mayoría de los casos, están en una permanente tensión.

Lo referido hasta aquí deja al descubierto que en este trabajo no podrá desarrollarse todos y cada uno de los temas apuntados por la extensión que el mismo debe tener en función de la reglamentación de este evento. En razón de ello, me limitaré a compartir algunas ideas que me han surgido respecto a este tipo de Registros y los menores de edad condenados por delitos contra la integridad sexual, dentro del marco jurídico dado por la legislación provincial, nacional y convencional referida a las niñas/os y adolescentes. Lugo de analizado el marco jurídico, me referiré brevemente a la realidad socio- familiar de la mayoría de los chicos que cometen este tipo de delitos. Desde estas dos perspectivas

intentaré arribar a la conclusión, la que adelanto, en el sentido de que entiendo, no resulta procedente su inscripción en esta clase de registros.

Antes de avanzar, debo reconocer que este tipo delitos nos produce a todos un rechazo absoluto y casi inconscientemente surge el deseo del castigo más severo para su autor. Es que el abuso sexual contra cualquier persona y especialmente contra un niño/a o adolescente mueve las fibras más íntimas de la persona y de la sociedad toda. Se trata de la forma más extrema de violencia contra el ser humano, desconoce su dignidad, lo reduce a poco menos que un objeto, le quita a la persona su intimidad, ataca su libertad, crea un trauma psicológico que difícilmente se puede superar. La lucha contra este flagelo necesita del compromiso de todos y cada uno de nosotros. Aún más, los Estados deben asumir la responsabilidad que les cabe, implementando eficazmente políticas públicas que los persigan pero principalmente que lo prevengan. En este aspecto deben estar conjugadas y aplicadas en forma conjunta programas educativos, sanitarios, de fortalecimiento familiar y de información sobre los derechos de las personas.-

Una vez producido el hecho, la atención primordial debería ser hacia la víctima y su familia pero tampoco se puede olvidar al autor, en cuanto persona que presenta un grave problema, que si no es afrontado y asistido, permanecerá intacto o en una espiral ascendente.-

Estoy convencida que los tratamientos adecuados deben brindarse tanto a la víctima como al autor de hecho, en similitud a los abordajes de la violencia familiar. Ante una problemática de esta naturaleza que afecta a dos partes, nada se soluciona asistiendo sólo a una de ellas. El abordaje a las dos situaciones es imperativo.-

En la provincia del Chaco, Argentina, de la que soy oriunda, se ha sancionado en el mes de Mayo del año 2.009, la ley N° 6334 por la que se crea el Registro de Condenados por Delitos contra la Integridad Sexual. Varias provincias de mi país, tienen leyes similares las que se encuentran en consonancia con la Ley Nacional N° 26.879 que crea el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados con los delitos contra la integridad sexual. A su vez, el registro provincial, está inscripto en el banco de datos creado por la Ley Nacional N° 25.326 en la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

El Registro depende del Superior Tribunal de Justicia de la provincia y tiene por objeto (Art. 3): a) obtener, almacenar y actualizar información vinculada a los sujetos sobre los cuales pesa condena firme por la comisión, sea en calidad de autor o partícipe, de delitos contra la integridad sexual; b) facilitar el esclarecimiento de los hechos particularmente en la individualización de los responsables sobre la identificación de un perfil genético del componente de ADN; c) constituir una base actualizada permanentemente de datos referidos a la ubicación y paradero, para mantener el control sobre los que han cometido, promovido o facilitado la comisión de delitos contra la integridad sexual y d) elaborar estadísticas respecto al comportamiento de la delincuencia y tasas de reincidencias.-

La registración se hace en fichas individuales con los datos personales del condenado, condenas anteriores, lugar y fecha en la que cometió el delito, fecha de la condena y pena recibida, huellas dactiloscópicas y fotografía. Cuando se cree el banco Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas, se deberá adicionar la identificación del ADN del

sujeto. Además el Registro consta de una Sección de Autores Desconocidos, que está integrado por las evidencias obtenidas durante la investigación y no se encontraren asociadas a una persona determinada y otra Sección de Víctimas de Delitos Sexuales, salvo que la acción penal no haya sido ejercida o la víctima se opusiere a su inscripción.-

La inscripción y su baja se produce por orden judicial. El único supuesto de baja previsto es el fallecimiento de la persona. La información es confidencial y solo tienen acceso a ella autoridades públicas competentes

Las leyes mencionadas y brevemente referenciadas no hacen ninguna mención específica a los menores de edad. Por lo tanto, se las aplicas sin más. Al respecto cabe mencionar que el registro provincial tiene hasta la fecha, sólo un menor de edad inscripto.-

El Régimen Penal para los Menores de edad en mi país está regulado por la Ley 22.278, modificado por la ley 23.083. Establece la edad de la imputabilidad entre los 16 y 18 años. La mayoría de edad se alcanza a los 18. A su vez y a pesar de pertenecer a la franja etárea entre 16 y 18 años, no son punibles los menores de edad que hayan cometido delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. (Hurto, lesiones leves)….. Esta ley prevé que el menor de edad que se haya visto involucrado en un hecho delictivo, queda a disposición del Juez, el que deberá ordenar la medida tutelar (de protección) más adecuada para su reinserción social al menos por un año. Cumplida la investigación fiscal preliminar y llegados a la etapa del juicio, si es declarado penalmente responsable del hecho, el Juez

podrá imponerle o no pena o reducirla a la escala prevista para el delito tentado.-

Se aplica pena a un menor de edad sólo si resulta necesario y en la medida proporcional al delito cometido, ya que los lineamientos dados por la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de Beiging, la jurisprudencia de la Suprema Corte Justicia de la Argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se fundan en la aspiración de que el joven haya podido superar las situaciones que lo llevaron a delinquir durante el período de aplicación de las medidas proteccionales ordenadas en su beneficio.-

En el año 2.005 se sancionó en mi país la Ley 26.061 de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que se enrola definitivamente en la teoría de la protección integral, abandonando la teoría de la situación irregular. Se cumplió de esta forma, en parte, con el compromiso internacional asumido de agiornar nuestra legislación, a los principios establecidos por la Convención. Y digo en parte, porque aún no se ha modificado la ley 22.278, a la que hice referencia, que data del año 1980 y que consagra el patronato del juez respecto al menor de edad que delinque. De hecho, la ley 26.061 ha derogado el Patronato del Estado y dividido tajantemente la actividad jurisdiccional con la actividad que le cabe al Organo Administrador (Poder Ejecutivo) en la aplicación de las políticas públicas relativas a la infancia y a las familias. Siguiendo estos lineamientos, la provincia del Chaco, ha sancionado en el año 2.013 la ley N° 7.162 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. De manera tal que en el área penal minoril trabajamos el Poder Judicial y al Poder Ejecutivo en forma conjunta, avocados a la tarea de eliminar en lo posible

o al menos atemperar, las circunstancias que han inducido al adolescente a delinquir.

Debo destacar que el artículo 5 de la ley 22.278 dispone que la cuestiones relativas a las reincidencias (Ley N° 22.117) los menores de edad están expresamente excluídos. Por lo tanto, los delitos cometidos durante la minoría de edad, no serán registrados como antecedentes una vez alcanzada la mayoría de edad.-

Expuesta brevemente la legislación provincial y nacional, analizaré la normativa internacional que consagra el tratamiento diferenciado hacia los menores de edad que delinquen. En primer lugar, debo aclarar la que la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados sobre derechos humanos han sido incorporados a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22 en la reforma del año 1.994. De manera tal que constituyen el llamado "bloque de constitucionalidad", que tiene jerarquía por sobre toda la legislación nacional y provincial.

El art. 18 de la Constitución Nacional nos da el parámetro sobre la finalidad de las penas al establecer que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella.

Los instrumentos internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 10, numeral 3), la Convención Americana de los Derechos del Hombre (Art. 5 Num. 6), las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos (Art. 58) y los Principios Básicos para el tratamiento de Reclusos establecen la finalidad readaptadora de la pena.

El art.40 de la CDN dispone que "Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido leyes penales o a

quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el 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 en los que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad".-

Por otro lado, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beiging), en la Regla N° 5| consagra los objetivos de la justicia de menores de edad, haciendo hincapié en su bienestar y en garantizar en todo momento, que cualquier respuesta, en todo momento , será proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.-

La Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio de Diciembre de 1.990) en sus objetivos fundamentales (1.4) explica que al aplicar las Reglas, los Estados Miembros, se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito. A su vez, en la enumeración que realiza que realiza en la Regla N° 8, Imposición de Sanciones no privativas de la libertad, no aparece la registración.-

A su vez, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores de Edad privados de su libertad, consagra como una perspectivas fundamentales del sistema contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración a la sociedad.-

En consonancia con esta normativa, el Superior Tribunal de la provincia del Chaco recientemente ha dicho que los lineamientos de la

política criminal que imponen aquellos instrumentos internacionales, en lo relativo a las niñas, niños y adolescentes infractores están orientados a aspectos como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, dejando de lado el criterio retributivo, incompatible con los modelos internacionales en materia de justicia penal juvenil (Sentencia N° 237 del 19 de Junio de 2.014 Expte. N° 03/14).

En en este sentido la Suprema Corte de la Nación ha dicho ya en el año 2.005, teniendo en cuenta los parámetros dados por la CIDH, que toda pena privativa de libertad y el tratamiento penitenciario debe orientarse a la reforma y readaptación social y exige que el sentenciante no debe desentenderse de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. (Caso Maldonado) (Fallo: 328:4343).-

Finalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varias oportunidades ha reiterado que cuando el aparato del Estado debe intervenir en delitos cometidos por menores de edad, debe realizar un esfuerzo sustancial para garantizar su rehabilitación a fin de permitirle cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad (CIDH, Caso Villagrán Morales y otros ("Niños de la calle"), sentencia del 19 de Noviembre de 1.999, párrafo 185). En el mismo sentido se expidió en la Opinión Consultiva OC-17/2.002 del 28/08/02).Asimismo el Comité de los Derechos del Niño, en las Observaciones finales del 30/06/04, recomendó a los Estados Partes a asegurar la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención, de las Reglas de Beiging y a las Reglas de Riad. (Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil) (Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Dominica: 30/06/04. CRC/C/15/Add. 238).-

Este plexo normativo y citas jurisprudenciales nos llevan reflexionar sobre la naturaleza jurídica de la inscripción registral. ¿Se trata de una pena?. ¿Es accesoria a ésta?.¿Es una medida de seguridad?.-

Si fuera concebida como una pena, debería estar prevista por el Código Penal, respondiendo al principio de legalidad consagrado por el Art. 18 CN), que se traducen en cuatro prohibiciones: de aplicación retroactiva de la ley (Lex praevia); de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (Lex scripta); de extensión del derecho a situaciones análogas (Lex stricta); de cláusulas legales indeterminadas (Lex certa). En caso de considerársela como una especie de pena, se la puede imponer junto a otra privativa de libertad?. ¿No se estaría violando el principio del non bis in idem?.

En este punto cabe mencionar que el actual Código Penal Argentino, en su art. 5 enumera taxativamente las penas aplicablesa los tipos penales pervistos: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. No aparece en el listado la registración.-

Ahondando más en el tema, ¿qué objetivo persigue la registración de un adolescente?. ¿Se cumplen con los standares internacionales de la finalidad de la pena para los menores de edad?. Por otro lado, de tratarse de una pena, ¿tienen facultades las provincias para regularla?. Si se trata de una medida de seguridad, debería experimentar una importante transformación, desvinculándose completamente del derecho de la pena y orientándose al tratamiento, reeducación y reintegración en mayor medida de lo que se ha hecho hasta ahora. (Ricardo Robles Planas. “Sexual Predators”. Estrategias y Límites del Derecho Penal de la peligrosidad, publicado en InDret, 04/2.007 Revista para el análisis del derecho. Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra.(www.INDRET.COM)

Me pregunto si en este punto, respecto a los adolescentes infractores, no estaríamos regresando al Derecho Penal del Enemigo?.

Su inscripción en un registro de abusadores sexuales a tan temprana edad, sin lugar a dudas implica una estigmatización para él y para su familia. No podemos olvidar que nos desenvolvemos en un estado de derecho, en virtud del cual, todos los ciudadanos contamos con derechos humanos de primer orden que deben ser respetados. Es en este marco del estado de derecho en el que se genera la tensión entre los derechos de las víctimas y el de los agresores. Y es bueno que así suceda, pues ello nos obliga a repensar actitudes, estrategias, políticas públicas, ejercicio de deberes y derechos eficazmente, reflecionar sobre costumbres arraigadas en la práctica judicial que nada bueno producen. Las crisis, las tensiones, las dificultades, son las que nos permiten avanzar y elegir lo que se considere más acorde al reconocimiento de los derechos humanos de unos y otros.-

Analizado todo este plexo normativo, provincial, nacional y convencional, surge que, a pesar de que el menor de edad haya delinquido, es merecedor de un tratamiento especial y diferenciado desde lo legal. Este tratamiento se funda en las desiguales circunstancias en las que se encuentra al momento del hecho, respecto a un adulto. El niño/adolescente es sujeto de los mismos derechos que las demás sujetos, pero por su condición de persona en desarrollo, detenta un “plus” de derechos. En el área penal, se traduce en las medidas proteccionales que se disponen en su beneficio; en su efectivización trabajan en forma conjunta el Poder Judicial y el Organo Administrador ya que lo que se pretende es poder ayudarlo a abandonar todo aquello que lo ha llevado a

delinquir, que termine sus estudios, que cumpla con tratamiento psicológico, que aprenda un oficio; sus expedientes son reservados; al momento de imponérseles pena, el Juez puede obviarla o reducirla, según el resultado de aquellas medidas. Todo ello apunta a lograr reinsertarlo en la sociedad.

Ha dicho nuestra CSJ en el fallo ya citado (Maldonado), que existe un incuestionable dato óntico de que éstos (los niños) no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse a un adulto; por ello el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no puede tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto.

Siguiendo esta línea de pensamiento protectoria del adolescente en conflicto con la ley penal, no me parece congruente que en el caso de que fuera condenado por un delito contra la integridad sexual, además, de cumplir la pena, deba estar inscripto en el Registro creado a esos efectos. Como hemos visto, el Estado pone en marcha todo un sistema proteccional y diferenciado del adulto, respecto al menor de edad, desde el momento en que comete el hecho delictivo hasta incluso, el momento de imponerle pena pero abandona este sistema al momento de la inscripción en el registro.

El derecho debe responder a un pensamiento lógico y tener sentido común. Me pregunto: si ni siquiera esa condena será registrada a los efectos de los antecedentes o de la reincidencia, a qué razón obedece, entonces, su inscripción registral?.. En este punto debemos recordar que la Regla N° 21 de Beiging establece que los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las

personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como de otras personas autorizadas. Los registros de los menores de edad delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

De su lectura se desprende que la existencia de un registro sólo se habilitaría durante un proceso en curso y no después. Como que tampoco esa registración puede ser utilizada posteriormente si está implicado el mismo adolescente en otro hecho delictivo.

Entiendo entonces, que en los relativo a la inscripción de los menores de edad en los Registros de Abusadores Sexuales, la normativa nacional y provincial, actualmente se aparta de los principios dados por la CDN y los demás tratados internacionales, de manera que resultan inconstitucionales.-

Finalmente pero no por ello menos preocupante es la duración de la inscripción en el registro. La ley provincial no establece plazo. Sólo dice que se dará de baja por orden judicial o cuando la persona fallezca. Por otro lado, la Ley Nacional N° 26879 que crea el Registro Nacional de Datos Genéticos, que es complementaria del Código Penal (Art. 12), establece que la información obrante en el registro sólo será dada de baja transcurridos cien años desde la iniciación de la causa en la que se hubiere dispuesto o por orden judicial. Prácticamente la inscripción es sine die, lo que también puede ser atacado de inconstitucional. Toda pena o restricción de derechos que sea aplicada por una autoridad, debe necesariamente establecer el término por el cual se ha dictado. Al establecer cien años desde el inciación de la causa, podemos entender que la registración permanecerá

aún después de la muerte de la persona. De tal manera que no solo la afecta a ella sino que también podría llegar a hacerlo a sus descendientes por varias generaciones.-

Habiendo expuesto el fundamento jurídico de mi posición, me referiré ahora al fundamento psicológico, emocional, familiar y socio cultural.

Aclaro que ciertamente habrá excepciones y que algunos chicos presentan alteraciones psiquiátricas que los llevan a actuar de una u otra forma, pero la generalidad de los adolescentes que cometen delitos contra la integridad sexual provienen de familias con características propias en las cuales la sexualidad es vivenciada de forma particular.

En adelante sólo describiré situaciones que creo, son comunes a muchas familias latinoamericanas. No se realiza ningún tipo de valoración ni juzgamiento. Tampoco se efectúa ninguna asociación de la pobreza con el tipo de delitos a los que me estoy refiriendo ni debe entenderse como un punto de vista discriminatorio ya que también este tipo de delitos son cometidos por chicos que pertenecen clases sociales más pudientes pero entiendo que el sinceramiento y reconocimiento de las circunstancias que se apuntarán enseguida, es el primer paso para poder diseñar estrategias que nos conduzcan a morigerar la problemática que se describirá y que todos conocemos, de las que no somos ajenos y por el contrario, por el rol que cada uno de los que estamos aquí, cumplimos en la sociedad, tenemos parte de responsabilidad.

No podemos negar ni ocultar que la gran mayoría de nuestros chicos usuarios del sistema penal, provienen de los estratos sociales más bajos. Han crecido en la pobreza y en algunos casos, hasta en la

indigencia, en hacinamiento. En una sola habitación o en a lo sumo, en dos, convive todo el grupo familiar, que por lo general es muy numeroso; a veces la convivencia se produce con generaciones anteriores o con la familia ampliada (tíos-primos). Muchas veces, desde pequeños han sido testigos de las relaciones sexuales entre los adultos y en otras también, entre éstos y menores de edad. En este último caso, el intercambio sexual está, en ocasiones es naturalizado, como lo están los malos tratos y la violencia familiar. A ello debemos sumar la deserción escolar y la falta de motivaciones para superar la situación en la que se encuentran inmersos. Muchas veces son expulsados del hogar tempranamente para que trabajen y así obtener ingresos, que siempre son insuficientes. De esta forma se lanzan a la calle, con los peligros que ello irroga. No utilizan los servicios de salud ni se interesan sobre los programas existentes respecto a la sexualidad y la paternidad/ maternidad responsable. En la mayoría de los casos, no conocen su propio cuerpo; no conocen las funciones de sus órganos, desconocen el ejercicio del control de los impulsos. A más de ello, están atravesando una etapa de la vida (la adolescencia) en la cual hay una explosión de hormonas, de emociones, de sentimientos que a veces resultan inmanejables, porque no se les ha enseñado a hacerlo. En muchos más casos que los deseados, ellos mismos han sido víctimas de abuso sexual, a veces, sin siquiera tener conciencia de ello.-

De hecho, el plan del abusador adulto que consiste en el cumplimiento de diferentes etapas constituidas generalmente por la elección de la víctima, su hechizo, su captación, creación de un vínculo de confianza , desestabilizarla, confundirla, creación en ella del sentimiento de culpa, responsabilizarla de las consecuencias ante una posible

delación, por lo general, no se presenta en el accionar del adolescente, quien, en la mayoría de los casos, actúa siguiendo sus impulsos o copiando patrones de conducta.-

Yendo al campo de lo psicológico, no podemos olvidar que la estructura de la personalidad termina de conformarse cerca de los 18 años de edad. Están atravesando la adolescencia y en la mayoría de los casos lo hacen en soledad, pues habitualmente se puede apreciar una abdicación de los progenitores de cumplir con sus funciones parentales ya sea en el aspecto nutricio como en el normativo. Esto lleva a que el adolescente se posicione prematuramente en el rol del adulto. Vale decir que toman derechos sin sus correlativas responsabilidades. En este caso, el proceso normal de crecimiento, el desplazamiento funcional de las reglas, se altera, convirtiéndose en desconocimiento de esas reglas, ante el consentimiento de los padres. Como observa Gregory Bateson, la escencia de la delincuencia no es el hecho de quebrantar las reglas, sino…el de que…las premisas para conducirse como un violador de las reglas no son cuestionadas por el medio exterior… En otras palabras, el delincuente está viviendo en un sistema organizado de tal manera que el "medio exterior" no afecta sus premisas.-(DIAZ USANDIVARAS, Carlos María. La familia y la escuela ante la violencia en la sociedad contemporánea. infamilia@infovia.com.ar- www.institutodelafamilia.com).-

Este es el chico que delinque y su circunstancia. Este es el producto de nuestra sociedad. Estudiando sus expedientes proteccionales, en casi todos los casos no podemos dejar de advertir que ellos son también víctimas de todo un sistema. Que aún y pese a los esfuerzos que se realizan, todavía hay mucho que hacer, principalmente en el ámbito de la

educación y de la salud. Estas dos áreas de trabajo son fundamentales para la prevención de éste tipo de delitos y de cualquier otro. Muchos autores sostienen que la idea de protección –necesaria y relativa- de las víctimas potenciales exige una intervención mucho más intensa –y probablemente más costosa- sobre el origen del problema individual. Los costos que implican los programas preventivos en las áreas señaladas siempre serán menores que mantener personas privadas de su libertad o a las que se les aplica sanciones como las que estamos tratando, que en nada resuelven el problema.-

Me pregunto si la inscripción en el Registro de Abusadores Sexuales de un adolescente podrá ayudarlo a superar las circunstancias descriptas. Me parece que se trata de un castigo extremo, a más de la condena que debe cumplir, que sólo lo estigmatizará por el resto de su vida. No podemos perder de vista que estamos hablando de una persona en vías de desarrollo, a la cual exigimos un comportamiento acorde a la norma, que quizás desconoce o si la conoce, no la valora ni la internaliza.-

En síntesis, mi propuesta es que los menores de edad que sean condenados por delitos contra la integridad sexual, no sean inscriptos en los registros de abusadores sexuales por los fundamentos jurídicos, psicológicos, culturales y sociales vertidos. Por otro lado, se debería apostar a acciones preventivas para evitar este tipo de delitos, trabajando con las familias en materia de educación y salud efectivizando concretamente, de esta forma, las políticas públicas enarboladas en los instrumentos internacionales y nacionales. En esta línea de pensamiento coincido con Mary Belof cuando dice que la adopción de leyes mejores para proteger a los niños, es fundamental allí donde las leyes los ignoran;

pero al mismo tiempo deben concretarse políticas públicas eficientes que resuelvan los problemas concretos que siguen teniendo los niños aún donde existen buenas leyes pero faltan políticas y programas: básicamente educación, salud y protección respecto de todas las formas de violencia, abuso y explotación. (Belof, Mary: Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina en "La familia en el Nuevo Derecho. TII, Rubinzal- Culzoni Editores, ed.2.009.-)

BIBLIOGRAFIA

BARBIROTTO, Carlos: Procedimiento Penal Juvenil en Derecho Procesal Penal. Astrea, Buenos Aires, 2.013 (CHIARA DIAZ, Carlos Alberto, Director y LA ROSA, Mariano, Coordinador).-

CICCHELLI –PUGEAULT,Catherine y CICCHELLI, Vicenzo: Las teorías sociológicas de la familia. Ediciones Nueva Visión, Bs. As. 1.999.-

DIAZ USANDIVARAS, Carlos María. La familia y la escuela ante la violencia en la sociedad contemporánea. infamilia@infovia.com.ar- www.institutodelafamilia.com).-

FELLINI, Zulita: Derecho Penal de Menores. Ad-Hoc. Bs.As.1.996.-

FELLINI, Zulita: Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho de Familia en La Familia en el Nuevo Derecho (Directora:Aíd K. de Carlucci y Coordindora: Marisa Herrera). Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fé, 2.009.-

FERNANDEZ, ISABEL: Prevención de la violencia y resolución de conflictos. El clima escolar como factor de calidad. Narcea SA Ediciones. Madrid.-

GIL DOMINGUEZ, ANDRES; FAMA, MARIA Victoria y HERRERA, MARISA: Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Ediar, 2.007.-

HOFFMAN, Lynn: Fundamentos de la terapia familiar. Un marco conceptual para el cambio de sistemas. Fondo de Cultura Económica. México. 1.981.-

LOPEZ, Cecilia: Incompatibilidad entre responsabilidad penal juvenil y Prisión Perpetua declarada por la Corte Suprema de Justicia Nacional en Revista de Derecho de Familia, 2006-III, Lexis Nexis- Abeledo Perrot.-

MATEO DE FERRONI, Delia: Régimen Penal de Menores. Ed. Juris. Rosario, Arg. 1.998.-

PINTO, Mónica: Los derechos humanos del niño en La familia en el Nuevo Derecho.(Aída K. de Carlucci, Directora y Marisa Herrera, Coordinadora) Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 2.009.-

SAJON, Rafael: Derecho de Menores. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1.995.-

SILVESTRONI, Mariano H.: Teoría Constitucional del Delito. Ed. Del Puerto, Bs. As. 2.004.-

Tìtulo:

“Procesos Psicológicos en la Justicia Restaurativa
Aplicada a Infractores Infantojuveniles”
Comisión III. Derechos Humanos de Niños:
Jóvenes Infractores Sociedad, Estado y Justicia.
III- e-La Justicia Restaurativa como modo de reparación
y de inclusión de niños/as y adolescentes infractores

Apellido y Nombre de los autores:
Lic. Miriam Inés Martinez
Psicóloga, egresada Universidad Nacional de San Luis, Argentina
Perito del Cuerpo Profesional Forense de la 1° Circunscripción Judicial
Poder Judicial de la Provincia de San Luis
Lic. Mirian Elizabeth Bottino
Psicóloga, egresada Universidad Nacional de San Luis, Argentina
Perito del Cuerpo Profesional Forense de la 1° Circunscripción Judicial
Poder Judicial de la Provincia de San Luis

Introducción

La mente es igual que un paracaídas, sólo funciona si se abre
(Albert Einstein)

Discursos jurídicos y psicológicos

A los discursos del derecho y de la psicología, como ciencias del campo humano, no les es posible desasirse de lo social y de su complejidad, frente a la dupla hombre-sociedad no hay conocimiento disciplinar que se baste a sí mismo, por lo que amerita trabajar los conceptos transdisciplinariamente, tarea ardua siempre que cada una de ellas utiliza un lenguaje propio donde las palabras tienen densidades de sentido

específicas, denominan campo de significaciones no idénticas pero que se pueden acercar.

Psicologia y Derecho encuentran su coincidencia en el hecho que ambas disciplinas son ciencias humanas y sociales y que comparten el objeto de intervención, que no es otro que la conducta de la personas. En palabras de Munné (1987) "son ciencias llamadas a entenderse como ciencias humanas del comportamiento y sociales" y, efectivamente, en las últimas décadas la colaboración entre juristas y psicólogos se ha ido desarrollando e implantando de forma práctica, requiriéndose en mayor medida el aporte de los profesionales de la psicología a la realidad del mundo legal.

Uno de los muchos puntos en que estas disciplinas deben esforzarse por sincronizar prácticas se refiere al intento de responder sobre si los niños y jóvenes estarían en condiciones de ofertar una reparación cuando madurativamente están en proceso de construcción de sus recursos personales. La clínica forense nos orienta a señalar que justamente los infractores, sobre todo los recurrentes, son quienes están más pobremente provistos de herramientas y recursos emocionales tanto en lo individual como en su entorno familiar directo.

El tema de enfocar hacia la pacificación social está en los primeros puestos de la agenda social argentina. Se observa a nuestra ciudadanía capturada por la preocupación llamada "inseguridad", alentada por los medios masivos de comunicación a un estado panicoso frente al otro, con pérdida de solidaridad y tolerancia, con reclamos vengativos de penas punitivas más duras, y pedido social que se baje la edad mínima de imputabilidad para delitos cometidos por menores1

1 En el Código Penal Argentino se contempla la no punibilidad hasta los 16 años, y en casos particulares hasta los 18 años (art. 36 ahora Ln S 0155, Digesto Jurídico Argentino, http: www.infojus.gov.ar)

2 Proceso restaurativo: es cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntosderivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador (Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, Oficina de las NU contra la droga y el delito, Nueva York, 2006).

Delimitaciones teóricas

La implementación de Justicia Restaurativa2, en tanto respuesta alternativa al ilícito, toma su punto de partida en el reconocimiento de la infracción por parte de su autor y la disposición del damnificado para resolver ese conflicto por otra vía alternativa la tradición retributiva o punitiva.

Considerada adecuada para situaciones en las que hay infractores juveniles involucrados, elige para su intervención el importante objetivo de enseñarles valores y habilidades nuevas; a través de una metodología que motiva al delincuente a comprender las causas y efectos de su comportamiento y a asumir su responsabilidad de una manera significativa; involucra a la comunidad en la solución del conflicto pues se comprende que es un problema social, asignándole tanta importancia al resultado como al proceso mismo, vale decir, que atribuye verdadera relevancia el tipo de programas a implementar.

Los programas de justicia restaurativa se basan en varias premisas subyacentes: a) que la respuesta al delito debe reparar en lo posible el

daño sufrido por la víctima; b) que los delincuentes lleguen a entender que su comportamiento no es aceptable y que tuvo consecuencias reales para la víctima y la comunidad; c) que los delincuentes

pueden y deben aceptar la responsabilidad por sus acciones; d) que las víctimas deben tener la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en determinar la mejor manera para que el delincuente repare los daños y (e) que la comunidad tiene la responsabilidad de contribuir en el proceso.

Los Principios Básicos (párr. 8 del Manual sobre programas de justicia restaurativa de al ONU) declaran que los procesos de justicia restaurativa deben usarse solamente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima, y posteriormente, que la víctima debe tener la posibilidad de retirar su consentimiento y abandonar el proceso en cualquier momento. Lo mismo se aplica para el delincuente (párr. 7 Ibid). Para el delincuente, el proceso está lejos de terminar con la celebración de un acuerdo con otras partes. El cumplimiento del compromiso que hace como parte en el acuerdo es tal vez aún más importante. Este segundo aspecto debe comprometer a los delincuentes directamente. Es aquí cuando demuestran que han aceptado la responsabilidad de su conducta y están preparados a ser responsabilizarse de manera real y práctica.

Planteo del problema

Cuando el delito es cometido por personas menores de edad, infantes y adolescentes, cabe preguntarse sobre la trama psicológica que podría haber allí en juego, cuál sería su especificidad en términos restaurativos, si la hubiere.

Consentimiento libre y voluntario, responsabilizarse por el daño producido, repararlo y celebrar acuerdos... son términos que interesan directamente a las teorías psicológicas, nos remiten a repasar qué entendemos por culpabilidad, obviamente que algo más que un simple sentimiento, y con qué particularidades se aplican a infantes y jóvenes, colindando con el problema del valor que estamos dispuestos a otorgarles a su palabra. Menudo problema el reconocer el valor de su palabra sin distingo en ser pronunciadas para afirmar o negar, si asienten o disienten, si las emiten victima o

victimario... La persona es una sola, una unidad entera en sí misma, todas poseedoras de un funcionamiento mental. La divergencia de un individuo a otro está dada por su singular organización frente a la pulsión de vida y de muerte, en psicoanálisis eso se llama psicopatología. En eso somos todos universales, es decir, compuestos de lo mismo, no hay quienes tienen y quienes no. Por otro lado están los actos, las conductas, que son productos humanos al igual que la comunicación. Si decimos que acepta o rechaza, eso es algo que hace una persona, el humano no tiene tipología, menos aun tipo victima y tipo victimario. Por lo tanto, sus comportamientos verbales no pueden ser correlacionados con identificaciones tales como victima o victimario para ser atendidos.

La culpa es una categoría psicoanalítica en la que anudan y confrontan subjetividad y ley. No es posible pensar en la estructura de la subjetividad sin la categoría de la culpabilidad, ello implicaría disolver al sujeto. La inscripción de la ley delimita el contorno de lo prohibido. Por un lado hace posible sostenimiento del lazo social en tanto regula ese lazo, pero como nada es gratuito, también admite la tentación de trasponer los límites de lo

prohibido, conformada como oscura culpa, oscuro goce. Da cuenta de las innumerables marcas que la ley imprime en la subjetividad, al mismo tiempo delata lo imprescindible que es al sujeto. Por la culpa, sujeto y civilización se anudan (Gerez Ambertin, 2012).

La culpa es un saber sobre la ley que permite al sujeto reconocer, consciente e inconscientemente su relación con lo permitido y lo prohibido. Es un padecimiento estructural del ser humano que vocifera sobre la duplicidad que nos habita. El sujeto de la culpa, de la falta, dispone de sus actos en virtud de su poder de deliberación consigo mismo y con el tribunal del Otro social.

Desde otra vertiente teórica de la psicología y dirigidos por el Prof. Castorina, Investigadores argentinos del Conicet se ocuparon de analizar las relaciones entre la construcción individual de conocimientos sociales y aquellos producidos colectivamente, articulando los aportes de la psicología genética y la psicología social.

Estudiaron el desarrollo de la noción de justicia en niños de 6 a 12 años de edad, concurrentes a escuelas de gestión publica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los resultados muestran cuatro modos de comprender la justicia: respeto por las normas, castigar o recompensar según los actos realizados, igualdad entre las personas y deber ser del mundo. Hallaron que el modo en el que conciben la noción de justicia varía según la edad y el capital cultural de los hogares de los sujetos. Utilizaron los conceptos de Piaget que postulan que el desarrollo moral consiste en el pasaje de la heteronomía a la autonomía. Entiende heteronomia como inseparable de la idea de sanción, vinculada a una justicia de tipo retributiva, existe en ella un factor de obediencia a la

norma externa que prevalece hasta los 7/8 años; luego surge alrededor de los 10 años una moral autónoma relacionada con una justicia distributiva, basada en relaciones entre iguales. Pero los investigadores comprobaron que las nociones heterónomas de la justicia no se vuelven menos frecuentes con la edad sino que incrementan su presencia, las que se componen de respeto por las normas, castigar o recompensar según los actos realizados, igualdad entre las personas (Alicia V. Barreiro)3

3 Concepciones infantiles de la Justicia y la creencia en el deber ser del mundo: diferencias según el capital cultural de los hogares

Sobre los infractores menores de edad

Si tomamos el caso de niños y adolescentes que reiteradamente son traídos a los tribunales, su gran mayoría provenientes de familias desintegradas o desorganización genealógica (aludiendo a la ausencia representacional paterna, sea por franco abandono, por falta de reconocimiento legal y simbólico del lugar de hijo) y con graves fallas en las funciones parentales (materna y paterna).

Llama la atención que sean los varones mayoritariamente quienes porten sobre su cuerpo, sobre su superficie corporal, una piel ("social"?) para mostrarse a sí mismo y con la cual mirarse, mitificada en las zapatillas costosas (o ropa deportiva de similar características), por cuya posesión pueden batirse unos a otros en actos depredatorios. Ellos no pueden tener, o no deben tener?

Cuando escuchamos decir que están movidos por la necesidad, que los robos son actos de supervivencia, subsistir a qué? que apetito (psicológico) habrá allí?4 El apetito de aprovisionamiento narcisistico encuentra en los

niños y jóvenes un gran público, un usuario fácil de un sistema engañoso que los captura en el espejismo de la felicidad obtenida ya no en el amor del objeto primario (de lo cual no pueden sentirse seguros) sino en la posesión del objeto, mediante la apropiación del objeto-cosa, sometido al imperio del ideal de consumo, que se termina consumiendo al consumidor.
4 Usamos apetito en lugar de hambre porque el hambre puede ser saciado y el apetito no.
En la medida que es el objeto el que determina al sujeto, el sujeto queda enajenado y sin otra alternativa de ser que la de consumir todo lo este a su alcance, sin más espera. El amo que ordena consumir y empuja al individuo hacia una posicionamiento individualista, el otro no importa, no es sin duda patrimonio de los grupos pobres carenciados o marginales o periféricos.
Sobre los perjudicados
En la justicia retributiva la victima resulta instrumentalizada para sustanciar la causa penal, y en sede civil debe afanarse por demostrar el daño recibido para ser resarcida. Se agota y abandona tribunales, más aún se incrementa esta tendencia en momentos de severas crisis económicas que se carece de soporte económico para el patrocinio legal y colapsan los ministerios públicos. Pero la crisis también es de confianza en los

sistemas y en los otros, alza la voz para reclamar el sufrimiento del agresor vehiculizado por la venganza del encierro y sus padecimientos.
Otras ideas sobre el colectivo social

Massimo Recalcati, médico psiquiatra y psicoanalista italiano postula utilizar las categorías de la psicopatologia psicoanalítica para la interpretación de los fenómenos colectivos partir del concepto del inconsciente ha vuelto a ser una clave de lectura de nuestro tiempo.

Se ocupa de formas del malestar contemporáneo, síntomas de masa, síntomas epidémicos en sociedades de capitalismo avanzado, y afirma que éstos no se comprenden si no se parte del hecho que lo mental individual tiene siempre una estructura social, la psicología individual es siempre psicología social o colectiva. Recalcati apunta otro mito capitalista, el consumo del consumo, consumir en continuación sin alcanzar el punto de satisfacción. Para este psicoanalista, las personas están desorientadas, estamos en un tiempo en que el pánico no es más un fenómeno individual sino colectivo. Nuestros consultantes, vecinos, maestros, etc., nos brindan relatos de vidas desorientadas porque no hay entidad o categoría que esté en condiciones de servir para orientar la vida, quejas de quienes no tienen más puntos de referencia.

Los operadores judiciales que trabajamos con la infancia y la adolescencia podemos observar la continua caída de la función paterna en el medio sociocultural y en el contexto de la modernidad postrera, débil, en crisis y sin consenso social, tal como lo plantea el Dr. Carlos Alberto Elbert5. El cambio global arrastró consigo los valores y pautas precedentes de comportamiento social e interpretación de la realidad. Como consecuencia una anomia masiva recorre buena parte de la humanidad. Este proceso debilitó los vínculos solidarios, desdibujó la identidad de las clases sociales y

5 Profesor de derecho Penal y Criminología (UBA)

desacreditó a toda clase de autoridades representativas, hoy la mayoría siente la insignificancia de subsistir en un sistema anónimo e indiferente en el cual el único reconocimiento es la autosatisfacción. Esta crisis global ofrece un devenir errático, sin reglas fijas ni modelos sustitutivos. Los operadores jurídicos nos enfrentamos a un hombre escéptico, frustrado y perplejo, con escasa o nula tolerancia hacia los demás.

En el marco cultural, social y económico de la era de la globalización, ese discurso capitalista promueve efectos. En términos del psicoanálisis lacaniano vamos a encontrar ubicado al discurso capitalista dentro del discurso del amo, definido como sujeto anómico, dueño de la verdad y que lo domina todo. En esta lógica no hay duelos ni pérdidas y opera suspendiendo al sujeto que produce significaciones, el lugar de síntoma lo ocupan las nuevas patologías de las compulsiones, como las adicciones por ejemplo, como modos de obturar posibilidades de angustia.

Casuística Forense

Hemos seleccionado un caso testigo sobre menores en conflicto con la ley penal que pueblan frecuentemente los juzgados de familia en la provincia de San Luis, Argentina.

La causa involucra a dos menores de 15 años de edad **"Imp. Paz Lautaro y Godoy Nicanor Alexis – medidas tutelares"** PEX138326/13. Detenidos por intento de robo bajo amenazas con arma cortante (cuchillo) a una persona de sexo femenino, Paz Lautaro bajo los efectos de estupefacientes. Se los traslada a la Comisaría del Menor, son entrevistados por la psicóloga de la institución policial, consigna en su informe la nula colaboración de Lautaro. Nicanor en cambio, colabora y manifiesta elevada ansiedad a ser reprendido por su madre ante el ilícito y su detención. Una trabajadora social visita los

hogares de ambos, son vecinos de un barrio problemático. Sobre Nicanor consigna familia de tipología monoparental: madre soltera/ 36 años/ sin instrucción/ sin empleo estable (percibe salario universal por hijo)/ 4 hijos (17, 12, 7, 5 y 3 años)/ sin cobertura de salud/vivienda prestada). Respecto de Lautaro indica que vive con su abuela materna de 64 años y un hermano de 18 años. Su madre tiene 38 años pero reside en otro domicilio. Tiene 8 hermanos de diferente padre. La abuela se queja de Lautaro, nunca está en casa, solo va a dormir y a comer y se droga "hace años que tomó la calle, tiene entradas y salidas a la comisaría, yo creo que el no cambia más". Molesta y cansada ha decidido que no lo retirará en la comisaría, pide que busquen a la madre de Lautaro, "que se haga cargo del mismo". La policía de Comisaría del Menor, eleva sumario preventivo al Juzgado de Familia y Menores Nº2, con los informes mencionados.

La jueza fija audiencia con ambos adolescentes, solicitando que se presenten acompañados por su tutor o encargado. Ante Defensora de menores, Nicanor se presenta con su madre y dice: "Me había ido a comprar tortitas, cuando la policía me detuvo, había encontrado el cuchillo debajo de la piedra donde estaba sentado" "No concurro a la escuela porque no me reciben por la edad, fui hasta 5º grado". Su madre dice "el es un poco rebelde, no me hace caso, todo ello a partir de un accidente que

tuvo, él y sus hermanos tienen tuberculosis". La defensora entonces solicita: Entrevista psicológica en informe socioambiental del equipo técnico de familia y que se requiera al subprograma de educación la incorporación del menor al sistema educativo, intimando a la progenitora para que su hijo retome la escolaridad, realice actividades deportivas y recreativas, tratamiento psicológico.

Pero Lautaro se presenta solo, expresa “Vivo con mi abuela, no puedo vivir con mi mamá por razones económicas, no conozco a mi padre…encaré a esa chica porque estaba drogado, había tomando dos pastillas… me drogo sólo con faso, a veces con pastillas…Con mi mamá tengo contacto, pero casi nada, hasta ahí no mas…la jueza me entregó a ella pero mi mamá no quiere hacer nada…quiero seguir con mi abuela, siempre estuve con ella, me fui de la casa de mi mamá porque ella me maltrataba y mi papá no me maltrata pero se las manda, no me quiere”. Entonces la Defensora establece: entregar el menor a su abuela, entrevista psicológica y psiquiátrica por profesionales del equipo técnico de familia para determinar si necesita recibir tratamiento por su adicción, que se cite a audiencia a la progenitora y a la abuela, informe social en el domicilio de la abuela y de la madre, requerir al subprograma de educación la incorporación del menor al sistema educativo, intimar a la madre para que su hijo retome la escolaridad, realice actividades deportivas y recreativas, tratamiento psicológico.

Lautaro asiste a la evaluación psicológica del juzgado, el profesional detecta falta de modelos de identificación que sostengan y contengan, falta de límites y falta de recursos personales de afrontamiento. Es enviado por orden judicial a una escuela pública y gratuita con buen concepto institucional. Prontamente la escuela eleva una nota informando falta de respeto a la normativa desde el primer día de concurrencia al establecimiento, alude malestar entre el alumnado y preocupación por los docentes por las conductas del menor (sobreedad para el curso que lo ubicaron), fuma en el baño, en las puertas de la escuela se presentan otros adolescentes a buscarlo y causan disturbios (gritos e insultos a docentes y

preceptores) y sino lo encuentran estos chicos recorren los patios y pasillos llamándolo a gritos, llega tarde, va borracho o drogado (le cuesta hablar e hilar frases, ojos rojos e hinchados, se sienta al final del curso y duerme durante las clases, también tiene inasistencias reiteradas, muy bajo rendimiento escolar, quiere salir de la clase todo el tiempo. Aún en ese panorama responde positivamente al trato afectivo. Tiene heridas en el cuerpo: de bala en una pierna, cortes en las manos y detrás de las orejas. La directora escolar redacta una nota en estos términos: "Reconociendo el derecho a la educación e igualdad de condiciones que debe tener cualquier adolescente, pero también afirmando que es mi obligación, como la máxima autoridad de esta institución, velar por la seguridad y el bienestar de toda la comunidad educativa, y con el objetivo de beneficiar al menor Paz Lautaro…. Solicita la asignación de tutor y se eleven informes mensuales de su tratamiento psicológico"

Del Juzgado llaman a la abuela y responde que no desea recibirlo en su hogar porque Lautaro no obedece, la insulta, la amenaza y teme por su vida, desea que su hija se haga cargo del chico porque a ella le es imposible contenerlo, incluso teme que le haga daño. La jueza igualmente se lo entrega a ella, alegando que queda bajo su cuidado y resguardo provisorio y que de negarse a lo ordenado por SS estaría incurriendo en el delito de abandono de persona.

La abuela dice "estoy cansada de la situación que vivo con mi nieto. Lautaro no tiene límites, sale a la hora que quiere y vuelve a la hora que quiere. Y Lautaro dice "hace 15 años que mi mamá no se hace cargo de mi, yo no me hablo con ella, la última vez que fui a la casa de ella, porque el juzgado le dijo que me tenía que quedar con ella, me corrió de la casa,

porque no degustaba mi forma de ser. Yo le decía mami voy y vuelvo a tal hora y cumplía los horarios, pero ella es como que estaba enojada conmigo y yo no le hacía nada, mi mamá vive con su pareja y con mis otros hermanos que son 7. Vivo con mi abuela a quien le digo mamá".

Otro incidente hace que la abuela se presente nuevamente solicitando que "le saquen a Lautaro". Ocurrió que "a las 2am un grupo de jóvenes comienza a tirar tiros, palos y piedras en la puerta de mi casa, amenazándome con que me iban a quemar la casa. No podíamos salir hasta que vino la policía y yo me descompuse. Es un chico que yo no puedo controlar. A mí me habían dado una tenencia por 30 días y ya no lo quiero tener más. Vive drogado, robando. No se donde está, por ejemplo ahora en casa no está, anoche salió y no volvió. Yo no se cómo van a hacer para entregárselo a la madre, porque ella tampoco lo quiere, no se a quien se lo van a dar, donde lo van a poner, pero yo no lo quiero más. De esto ya van a hacer 6 años, yo también tengo derecho a estar tranquila".

El juzgado inicia trámite de beca para el tratamiento de Lautaro. Ahora lo detiene la policía porque lo encuentran con otros 3 jóvenes intentando abrir un auto. Otra vez queda en comisaría del menor, la abuela se niega a retirarlo, se lo llevan a la casa y se niega a recibirlo.

Puesto que se han visto frustrados los numerosos intentos para que el menor tutelado conviva con su familia biológica, resultando imposible su contención para la abuela, habiendo una ausencia total de la progenitora del menor y a los fines de su protección integral, se dispone incorporar a Lautaro a una familia solidaria. Entonces se presenta una hermana mayor (19 años) que vive con la madre manifestando que no quiere que lo pongan

en una familia solidaria y que va a hacerse cargo de él y se procede a concederle la tutela. Hasta la fecha no se ha necesitado nueva intervención del sistema judicial.

Tal como se ilustra en este caso, es frecuente encontrar en los juzgados historias regularmente muy traumáticas, niños que han transitado repetidos abandonos y rechazos, graves carencias y negligencias, castigos frecuentes y privaciones reales. No se les ha proporcionado en general oportunidad para adquirir y desarrollar un código consistente y cohesivo de normas éticas y de valor. El medioambiente precario, insuficiencia de viviendas y medios sanitarios adecuados, dificultades económicas, deserción escolar, etc., madre abandónica, figura paterna desdibujada o ausente, dificultarían o imposibilitarían los mecanismos primarios de identificación con objetos buenos. Al no recibir amor no pueden confiar suficientemente en ellos para lanzarse confiadamente a su propio manejo del mundo, reforzando su primitiva dependencia. Lo recibido es confusional. La excesiva tolerancia suele alternarse con prohibiciones estrictas, no existe la posibilidad de discriminar entre lo mío y lo tuyo, lo que me pertenece y lo que te pertenece, lo que está bien y lo que está mal, pues todo esto no está inscripto en las pautas reales (lo normativo), sino en el arbitrio de los adultos en donde lo bueno y lo malo, lo útil o lo inútil, lo mío y lo tuyo dependen del momento, del

humor o la conveniencia momentánea de los adultos. Así por ejemplo, mamá puede premiar al chico porque atendió a su hermanito, quitándole la molestia de hacerlo a ella y no porque la acción sea positiva. Son acciones para manjar al objeto en su propio beneficio.

Vemos padres que por un lado animan a sus hijos a actuar sus propios impulsos reprimidos, animando (y participando) de los actos prohibidos y que luego los castigan y reprimen para descargar su propia hostilidad. La imposibilidad de autocontrol del desarrollo normal de la autonomía debilita más el "Yo", lo hace más permeable, más influenciable a los factores negativos, determinando el acrecentamiento de la situación de perturbación hacia la configuración de la conducta delictiva.

El padre no cumple con el rol de transmisor de las pautas y normas del medio, como autoridad portadora de la tradición cultural, dificultando al hijo la transmisión de una imagen estructurada de la sociedad. De allí que el adolescente no pueda sentir que él es un miembro más de éste medio que lo está esperando con determinadas expectativas, y frente al cual tiene que responder, para ser reconocido. Se cría con pocas chances de internalizar normas morales de respeto.

A veces, dichas normas actúan "como si" tuvieran vigencia, a través del contacto con la policía, los jueces y otras instituciones que les repiten cómo deben comportarse, qué se debe hacer y que no se debe hacer, pero para ellos esto es algo casi incomprensible en su significado emocional, conocen las frases pero funcionan como palabras vacías.

Esas perturbaciones en el desarrollo empobrecen la imaginación y la fantasía es vivida como algo peligroso, porque está inscripta en lo agresivo, vengativo, retaliativo. Aparece la culpa persecutoria con la consiguiente búsqueda de castigo, por ejemplo: a través del delito, como apaciguador. El superyó es deficitario, prácticamente inexistente y cuando entra en escena tiene características sádicas. Todos estos factores enunciados derivan en

una patología delincuencial. Con esto no queremos decir que existan familias “típicas”, cuyas modalidades puedan generar conductas

delictivas: Tampoco puede decirse que el fenómeno delincuencia juvenil tenga una constelación familiar específica. Lo que sí nos permite observar nuestra practica forense son ciertas características familiares que se dan frecuente y reiteradamente en los hogares de los niños y adolescentes infractores.

Técnicamente el abordaje psicológico debe regirse por el caso por caso y si la Justicia Restaurativa toma esa vía del uno a uno como se propone, entonces la correspondencia de dispositivos tendrá sentido reparador, resistiendo la fuerte tendencia actual que empuja a identificarse al puesto de la víctima (ritualizando una oferta de visibilidad para los anónimos usuarios).

En los expedientes judiciales se repiten informes psicológicos, psiquiátricos, del servicio social, que mencionan comportamientos desadaptativos, el fracaso de las medidas para evitar infracciones y disuadirlos del consumo de estupefacientes, los fallidos intentos para incorporarlos al sistema educativo, que los expulsa y se hacen expulsar, pertenecen a familias monoparentales sin trabajo, padres ausentes o desconocidos, alcohólicos u adictos que han sido reemplazados por otras parejas igual de maltratadores, o con actividades delictivas que los tienen encarcelados.

Reiterar las opiniones profesionales previas no parece ser un verdadero aporte, tampoco acentuar sus condiciones de vulnerabilidad, historial de victimización, ambiente de socialización marginal, postular tratamientos

para que dejen de consumir substancias, siendo tan pequeños de edad que institución tomaría esta responsabilidad?, estaría preparada para operar al menos con este objetivo asistencial vital?.

Cómo pensar una estrategia orientada a evitar el fatídico pronostico de jóvenes infractores, candidatos firmes a ingresar al burocrático andamiaje de la justicia penal, a ser heridos por civiles o policías, internados en institutos de menores fuera de su ámbito de familiaridad incluso territorial.

Aporte

El discurso psicoanalítico reclama que se trabaje para que la culpabilidad sea precursora de la responsabilidad en el acto transgresor de la ley. La culpabilidad es un pilar de la subjetividad y transitarla permite reconocer al sujeto en los puntos subjetivos que lo definen y determinan. Así de esta manera, el discurso psicoanalítico invita a no poner afuera, en el otro, la culpa sino a saber reconocerla como parte de nuestra posición subjetiva. La culpabilidad entendida de esta forma, puede articularse con la práctica de la justicia restaurativa produciendo mayores efectos simbólicos que en el marco de la justicia punitiva.

En la contraparte, la víctima hacia quien está motivada la Justicia Restaurativa, se avizoran restricciones para renunciar a una satisfacción punitiva, superyóica y violenta a través de aceptar el encuentro con el agresor y su pedido de perdón, dando un voto de confianza en la aceptación del mecanismo de resarcimiento que éste ofrezca.

En el caso de infractores juveniles, las limitaciones psicológicos anticipables giran entorno a la capacidad emocional para captar el }

sufrimiento producido al damnificado, para responsabilizarse del daño, para ensayar un ofrecimiento de reparación. Desde nuestro punto de vista, consideramos que la disposición para reconocer la responsabilidad va más allá de un factor de voluntariedad.

Reflexiones finales

Locura es hacer la misma cosa y una y otra vez
esperando obtener diferentes resultados (Albert Einstein).

Sobre contar con buenas posibilidades que advenga un intercambio exitoso, es dable auspiciar cierta expectativa promisoria en la mecánica prevista por Justicia Restaurativa dado que estaríamos frente a una situación encuadrada en el caso por caso. Los psicoanalistas sabemos que sólo en el uno a uno entre las personas podrá ser rectificada una experiencia emocional previa, sólo en el uno a uno algo puede

inscribirse con un nuevo formato o ser establecido por primera vez. No es en la estrategia para todos por igual donde podemos esperar éxitos, que está muy bien para el discurso jurídico y en materia de derechos pero no para los fenómenos humanos y sus materializaciones. El abordaje sustentado en la singularidad, la intervención diseñada ad hoc es más congruente con las innumerables variantes anímicas de las personas. Esta visión podría convertirse en un aporte útil de la disciplina psicológica, en lugar de suscribir la falacia de introducir a los sujetos y su vida emocional en protocolos estandarizados pues por ventura o desventura, psicológicamente hablando no nos disponemos a contratos ni los respetamos por igual. Si se nos escapa la singularidad estamos burocratizando nuestras prácticas, es impensable recomendar

estandarizar el desarrollo de los vínculos emocionales en niños y adolescentes.

Refiriéndonos específicamente al ámbito local (provincia de San Luis, Argentina) y como profesionales con práctica forense, podemos advertir una sociedad tradicionalista y resistente a los cambios, a pesar de que nadie está contento con la Justicia que tenemos, como bien dice Kemelmajer, por lo que sería oportuno diversificar el repertorio de respuesta jurídica ante el delito juvenil con la implementación de programas de Justicia Restaurativa en razón de los fundamentos psicológicos expuestos.

29 de Septiembre de 2014

San Luis, Argentina

Bibliografía

- Barreiro, A. V. "Concepciones infantiles de la justicia y la creencia en el deber del mundo: diferencias según el capital cultural de los hogares" Informe de investigación UBACYT P011 2008-2010
- Bauman, Zygmunt-"Etica postmoderna", Siglo XXI Editores, México, 2005
- Elbert, Carlos Alberto "Modernidad, posmodernidad, globalización, exclusión, seguridad". Asociación de psicólogos forenses de la República Argentina. Capítulo II. Año 18 – Nº 19 – Diciembre de 2007
- Gerez Ambertin, Marta. "Culpa, anomia y violencia" en Revista Actualidad Psicológica Año XXXIX N°428 Abril 2014 ISSN- 0325-2590
- Gerez Ambertin, Marta (Comp.). "Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalitico. Vol. IV. Letra Viva Ed. Bs As, 2012

- González-Ballesteros, Alejandra Mera. “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades” Revista IUS ET PRAXIS - Año15 - N° 2 pag 165
- Kemelmajer de Carlucci, A. “Justicia Restaurativa” Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004
- Marangio, Estela. “Versiones del padre: caída de la función paterna en la postmodernidad; su incidencia en la construcción de subjetiva de adolescentes infractores” APFRA Año 22 N|23 Diciembre 2011 CABA pag 1569-161
- Márquez Cárdenas, Álvaro E. “La Justicia Restaurativa vs. La Justicia Retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”. Prolegómenos - Derechos y Valores - Volumen X - Nº 20 - Julio - Diciembre 2007 - Bogotá, D.C., Colombia ISSN 0121-182X. Pág. 201-212
- ONU Manual sobre programas de justicia restaurativa, recuperado de: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf
- Tendlarz, S. E., García, C. D. “Psicoanálisis y Criminología. A quien mata el asesino?” Grama Ediciones, Buenos Aires , 2009.
- Varela O. & Sarmiento A. & Puhl “Psicologia Forense. Consideraciones sobre temáticas centrales” I- Aspectos jurídicos y psicologicos de la adolescencia marginal. Editaorial Abeledo Perrot, Buenos Aires,2002

Datos para contacto

Lic. Miriam Inés Martinez

Psicóloga

Dirección: Barrio Los Lapachos Manzana 11 Casa 6 Ciudad de La Punta San Luis

Teléfono: +54 9 2664-480163

E – mail:

licmimartinez@gmail.com

licmimartinez@hotmail.com

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

Tema de la ponencia:

El derecho de defensa de los adolescentes presuntos infractores a la ley penal en el expediente tutelar por ante el Juzgado Penal de Menores (1).

La necesidad de realizar traslados o vistas previas a la adopción de medidas judiciales.

Autor: **Ana María Blanco**

Cargo: Conjuez interino del Primer Juzgado Penal de Menores de la Cuarta Circunscripción Judicial de Mendoza.

Contacto: anablanco@jus.mendoza.gov.ar

COMISION 3 Derechos Humanos de Niños y adolescentes Infractores: Sociedad, Estado y Justicia

a- Justicia Penal Juvenil: Sistemas Procesales eficaces

b- Defensa efectiva y especializada.

Sumario: 1) Derecho de Defensa: concepto. 2) El expediente tutelar. Fundamento legal en el República Argentina 3) Oportunidad del derecho de defensa en el expediente tutelar. 4) Las vistas en el expediente tutelar en la Provincia de Mendoza. 5) Conclusiones. 6) Propuestas

Objeto: La presente ponencia tiene por objeto realizar un análisis del ejercicio del derecho de defensa, en el curso del expediente tutelar seguido a un joven adolescente presunto infractor de la ley penal: estado actual que, en su faz práctica y legal, tiene el ejercicio de este derecho constitucional. Finalmente se concluirá en la necesidad de que se plasmen en ambos aspectos, prácticos y legales, reformas tendientes al cabal ejercicio del derecho de defensa incluso o, mejor dicho sobretodo, durante el trámite del expediente tutelar.

Ello a través de contemplar traslados o vistas previas a la adopción de medidas respecto del joven, tanto para la Defensa como para el Ministerio Público Fiscal (como acusador objetivo).

1) Derecho de Defensa: concepto.

. El derecho de defensa en juicio, incluye el derecho del jóven a ejercer su defensa material (plasmada a través de su declaración indagatoria) como al de ser asistido por un Defensor Técnico desde el inicio de la investigación fiscal (o policial, de conformidad con el sistema procesal vigente) y, en su caso, hasta que se cumpla con la totalidad de la sanción que les sea impuesta.

Este derecho de defensa incluye el derecho a presentar pruebas y los argumentos necesarios para la misma y, a su vez, de rebatir todos los que le fuesen contrarios.

Debiéndosele asegurar el contradictorio, esto es, el derecho a ser oídos, de aportar pruebas e interrogar a los testigos propios y contrarios.

Este derecho en sentido amplio, que con toda claridad se advierte en el trámite del proceso de investigación penal se deja un tanto olvidado, en el ámbito de la Provincia de Mendoza, dentro del expediente tutelar que se inicia al tiempo de alegarse la presunta infracción a la ley penal, como seguidamente se expondrá **(2)**.

2) El expediente tutelar.

Con respecto al expediente tutelar, en la República Argentina, la norma de fondo que lo establece a nivel nacional es la ley 22.278 y su modificatoria ley 22.283. Ambas vigentes a la fecha.

A partir de la última reforma constitucional, y en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22, nuestro bloque normativo tiene en su cúspide a la propia Constitución Nacional y los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, luego los demás tratados internacionales ratificados por nuestro país y las leyes nacionales. Mencionando especialmente, la Convención de Derechos del Niño. Todos ellos, …*"en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"*

El tratamiento tutelar, si bien se encuentra asociado especialmente a lo dispuesto en el **art. 4to de la ley 22.278,** también encuentra, a mi criterio, sustento legislativo en el **art. 40 de la CDN**.

Así el **art. 4to.** de la ley **22278/22803** requiere, para la imposición de una pena al joven infractor, que **1.** se haya declarado su responsabilidad penal; **2.** haya cumplido los 18 años de edad **y 3.** haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año.

Por su parte el **art. 40.1 de la CDN** sostiene que *los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido estas leyes a ser tratado de manera acorde con el 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 en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad." Complementado con el mismo **art. 40 en su punto 4** respecto de las posibles medidas a adoptarse *"que guarden proporción tanto con las circunstancias como con la infracción"*

A su vez, en la Provincia de Mendoza, en el año 1995 se sanciona la ley 6354 (22/11/1995) que introduce cambios que nos acercan a la doctrina de la protección integral, adoptada por la Convención de Derechos del Niño dejando atrás, al menos en parte, a la doctrina de la situación irregular.

Ahora bien, todas estas normas deben ser vistas a la luz del cambio de paradigma respecto del joven, ya no visto como un objeto de protección sino como un sujeto de derechos. Sujeto que, como tal tiene todos los derechos y garantías de los adultos, pero con un plus derivado de su menor edad, conforme lo sostuviera nuestro Máximo Tribunal en la causa Maldonado (M., D. E y otro de fecha 07/12/2005)

Por lo demás, entiendo, dichos derechos y garantías deben ser ejercidos, tanto en el proceso penal que se sigue en su contra por haber infringido una norma penal, como en proceso tutelar al cual el joven es sometido a raíz del hecho en el cual se vio involucrado.

Atento a este expediente tutelar, que es un expediente donde se dispone un estudio del joven, estableciéndose sus condiciones personales, sociales y familiares, conlleva siempre la realización de medidas que, aún cuando sean mínimas, implican restricciones a la libertad del joven, se advierte la necesidad de una actividad defensiva amplia dentro del mismo.

3) Oportunidad del derecho de defensa en el expediente tutelar.

Entendiendo, por tanto, al proceso tutelar como restrictivo de la libertad del joven, el derecho de defensa dentro de éste debe ser ejercido desde el primer momento de la aprehensión o citación fiscal, y desde el comienzo del expediente tutelar.

Un joven que es citado en virtud del trámite de un expediente de instrucción debe contar desde dicho momento y, por supuesto, antes de realizar cualquier manifestación, de una defensa eficiente e inmediata.

Una defensa debe asimismo, conforme aquí se sostiene, no sólo abocarse a la investigación fiscal sino que debe intervenir activamente en el expediente tutelar en el cual deberán,

por ejemplo, dársele vistas de los dictámenes efectuados por los distintos operadores (psicólogos, asistentes sociales, psiquiátras, autoridades escolares, profesores particulares, etc) a fin de que contrarresten o propongan pruebas para desvirtuarlos, si fueren negativos, o resalten y concuerden con los mismos respecto a la innecesariedad de la continuidad de las medidas si el joven ya evidenció conductas de identificación positiva que puedan evitar ulteriores comportamientos conflictivos con la ley penal o bien se haya logrado el reconocimiento del joven de los derechos y libertades de terceros, lográndose que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40 CDN).

Por lo demás, no se aprecia como contrario a derecho que sea la propia Defensa quien pueda proponer medidas a los fines previstos por el art. 40 arriba citados, dado su conocimiento, cercanía y confianza con el joven **(3 y 4)**.

Todo ello teniendo como norte no sólo la defensa del joven como presunto infractor de la ley penal sino también el interés superior del niño en los términos del **art. 3 de la CDN**. Lo cual también se ve plasmado por el **art. 1** de la **ley 6354** en cuanto afirma que ésta tiene por objeto la *protección integral del niño y el adolescente como sujeto principal de derechos establecidos en la mismas y el ordenamiento legal vigente*.

4) Las vistas o traslados en el expediente tutelar.

Todo lo antes relatado, sin embargo, no encuentra su contrapartida en nuestra legislación provincial (**ley 6354**), la cual sólo establece vistas, tanto al Ministerio Público Fiscal como al Defensor del joven, así como del orientador, dentro del expediente tutelar, en los casos de que la medida adoptada sea la libertad asistida (**art. 187 y 189 ley 6354**) y ello a los fines de su interrupción, prórroga, sustitución o revocación.

Nada se dice respecto de las vistas en las otras medidas que puede adoptar el Juez Penal de Menores y que van desde la entrega a los padres hasta la internación (**arts. 180 y 184 ley 6354**). Aún cuando respecto de ésta última el **art. 195** afirma que podrá ser revisada de oficio por el Juez cada tres meses como máximo o en cualquier momento, a petición de parte.

Sin embargo, es fácil advertir que la medida de libertad asistida resulta una medida intermedia dentro de la amplia gama de medidas mencionadas.

Por ello, no es difícil encontrar defensores que ante una vista previa a la adopción, modificación, sustitución o cese de una medida, aún la de internación, la declinen fundándose en lo dispuesto por los **arts. 189 ley 6730** y **art. 155 de la ley 1908**, los cuales afirman que *"Las vistas*

sólo se ordenarán cuando la ley lo disponga…" es decir que, según este mandato, no existirían otras vistas que las taxativamente ordenadas **(5)**.

Lo cual resulta contrario, según entiendo por todo lo dicho, al ejercicio del derecho de defensa del joven, ya que ni el Código de rito (sea **ley 1908 o ley 6730**) ni en la ley provincial **6354** se consideran dichas vistas salvo la contenida en el **art. 189** para el supuesto de libertad asistida. Ambos artículos de los códigos procesales citados resultan de aplicación supletoria de conformidad con lo prescripto por el **art. 120 de la ley 6354**.

Todo lo antedicho no puede contrarrestarse por el hecho de existir <u>recursos posteriores</u> a la toma de las medidas. Esto por cuanto, el hecho de contar la Defensa, o en su caso el Ministerio Público Fiscal, con recursos posteriores a la resolución de alguna medida, restringe el alcance de este derecho constitucional de defensa ya que algunas de las medidas son inapelables (las contenidas en el **art. 180 inc. A) a g) ley 6354**); siendo apelables pero sin efectos suspensivos las medidas dispuestas por los **arts. b), c y d del art. 184 y h) y l) del art. 180** de la misma ley.

Asimismo, al aumentar de este modo la amplitud del derecho de defensa o de requerir, previo a la adopción de cualquier medida tutelar, que la misma sea peticionada por las

partes (sea el Ministerio Público Fiscal o de la Defensa), se disminuye o bien se elimina la discrecionalidad del Juez Penal de Menores en la adopción de las mismas.

5) Conclusiones.

Como conclusiones puede sostenerse:

a) que, entiendo, debe dejarse de lado la posible discrecionalidad judicial que suele imperar en el expediente tutelar, aún cuando las decisiones sean adoptadas con fundamento a las sugerencias emanadas de los informes técnicos. Debiendo producirse un verdadero trámite acusatorio, con intervención tanto del Ministerio Público Fiscal (como acusador objetivo) como de la Defensa del joven presunto infractor de la ley penal.

b) Que el derecho de defensa no debe en el expediente tutelar, por tanto, limitarse a la impugnación de una decisión judicial ya recaída sino que debe ser ejercido previo a ella o, incluso, generarla.

c) Que si bien no resulta óbice para ello el hecho de que una vista esté o no prescripta en una disposición local, como lo es un código de rito, atento a la jerarquía legal establecida en la propia constitución, se considera conveniente plasmarlas expresamente en los textos legales a fin de evitar declinaciones y dilaciones innecesarias, y disminuir la discrecionalidad judicial en el expediente

tutelar, debiendo por tanto el Juez en lo Penal de Menores resolver la adopción de medidas en virtud de pedidos expresos y fundados de las partes.

6) Propuestas.

En virtud de lo expuesto, se propone:

a. Eliminar la facultad discrecional del Juez Penal de Menores para la adopción de medidas en el ámbito del expediente tutelar.

. **b.** Realizar las modificaciones legislativas necesarias a fin de que corran traslados o vistas previas a la adopción de medidas respecto del joven infractor, de los distintos informes técnicos que sugieran la implementación de las mismas, tanto a la Defensa como a la Fiscalía.

Nota: se autoriza a la ALAMFPYONAF a utilizar el presente trabajo para su publicación impresa, digital a través de la internet, o cualquier formato electrónico, en documentos institucionales, con todos los datos personales que aquí se indican.

(1) Con respecto a la competencia del Juez Penal de Menores, en la Provincia de Mendoza, la misma se encuentra establecida en virtud de lo dispuesto por la ley 22278/22803, ley provincial 6354 y Acordada 21617 (de fecha 28/11/08). Por la cual solo abarca a los jóvenes punibles, en virtud de los arts. 1 y 2 de la ley 22.278, y respecto de los no punibles la Acordada 21617 establece la competencia del Organo Administrativo Local,

(2) Es importante señalar que en la Provincia de Mendoza coexisten dos ordenamientos procesales penales distintos, regulados por ley 6730 –llamado "Código Nuevo", vigente en la 1ra y 3ra Circunscripción Judicial- y por ley 1908 - llamado "Código Viejo", vigente en la 2da y 4ta Circunscripción Judicial- y, si bien existen normas de transición, lo cierto es que el ejercicio de la defensa se ve desdibujado, sobretodo, en el segundo de los ordenamientos legales.

(3) Como ejemplo se cita el caso de un joven al cual los profesionales sugerían el inicio de un tratamiento psicológico y, de una charla informal con su defensora, ésta indicó la inconveniencia de realizarlo atento a la distancia a la cual vive el joven del centro de la localidad, que el mismo se encontraba trabajando en junto con su familia y que su padre había fallecido en el último mes. Concretamente, a pesar de la sugerencia efectuada y contrariamente a ésta, surge la petición de la defensora de postergación por un par de meses de esta decisión atento a la reciente pérdida sufrida

y a que para cualquier actividad en ese sentido se obligaría al joven a desestructurar su modo de vida diaria.

(4) Un caso distinto ocurrió cuando un joven solicitó permiso para vivir en la Ciudad de Córdoba y existían informes de que el joven tenía inconvenientes con el alcohol. Ante ello se resolvió fijar una audiencia en la cual el Ministerio Fiscal manifestó no tener objeciones, el monitor de UMA informó que su problema con el alcohol era únicamente social y no de adicción, y la Defensa del joven solicito que, previo a realizarse la autorización, se le efectúe al joven un tratamiento por el alcohol. Aquí de nuevo se resuelve sobre pedidos concretos de las partes, no debiendo parecernos extraño lo peticionado por la Defensa, atento a su relación de confianza con el joven y al interés superior del niño.

(5) En el Tribunal, comenzaron a correrse vistas en forma previa a una posible externación del joven internado en la Dirección de Responsabilidad Penal. En un comienzo fueron rechazadas, tanto por la Fiscalía como por la Defensa. En la actualidad, si bien son declinadas en el primer párrafo, existe un segundo párrafo en el cual se contesta la vista conferida. Al tiempo de esta presentación, tanto la Defensa como la Fiscalía, contestan las vistas manifestando las concordancias o discordancias, en

su caso. Todo ello, sin provocar mayor dilación en el trámite del expediente y a fin de resolver sobre pedidos concretos de las partes.

COMISION IV

VI CONGRESO LATINIAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA.
ASOCIACION LATINOAMERICANA DE MAGISTRADOS, PROFESIONALES Y OPERADORES DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA
1214
NOVIEMBRE DE 2014. NATAL BRASIL.
Tema: " Control y Monitoreo de las medidas cautelares en las causas judiciales en procesos de violencia familiar".
Comisión IV: Derechos Humanos y Violencia de Género, Familiar, Maltrato Infantil. Alienación Parental.
Contenido:
1) Introducción.
2) Finalidad del trabajo.
3) Marco Legal de intervención.
4) Fundamento de su creación y enfoque de la forma de trabajo del Área de

Seguimiento y Control.

5) Impacto de la creación del Área de Seguimiento y Control en los Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia del Poder Judicial de Neuquén, Argentina.

6) Sistematización de los registros del Área de Seguimiento y Control.

7) Conclusiones. Palabras finales. Propuesta a nivel Provincial y Nacional.

8) Bibliografía.

1) Introducción:

La violencia familiar es un fenómeno mundial que ocupa las agendas gubernamentales de muchos países, de cara al reconocimiento de los derechos fundamentales que garantizan tanto la igualdad ante la ley, como la protección integral de la familia en tanto principios rectores contenidos en la norma fundamental que es nuestra Constitución Nacional; la cual junto con los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional –incorporados en la reforma de 1994, Art. 75 inc. 22, constituyen el prisma desde el que deben examinarse los derechos consagrado en los instrumentos legales de nuestro ordenamiento jurídico (Art. 31 CN).

La protección de la familia en todos sus ámbitos, sienta sus bases en las decisiones y acciones gubernamentales que se adopten en consecuencia, en la intervención de organismos públicos y en todas aquellas acciones que en miras a la paz social, hagan operativos los derechos y garantías que rezan las normas de protección de la familia.

En un sistema democrático de Derecho, se justifica la intervención del Estado en la intimidad de la familia o "puertas adentro" de la misma, para asegurar el respeto de los derechos humanos fundamentales de sus miembros y afrontar la problemática desde una perspectiva de género.

2) Finalidad del trabajo:

El presente trabajo, pretende dar a conocer la creación y funcionamiento de un Área creada en el marco de la Oficina de Violencia Familiar, dependiente del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén (Argentina), que se ha dado en llamar " Área de Seguimiento y Control" en adelante ASC.

El Poder Judicial de Neuquén luego de la sanción de la Ley Provincial 2785 "Régimen de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

familiar"; se abocó a la labor de planificar los aspectos relacionados con el Poder Judicial, elaborándose un Esquema ideal de la Oficina de Violencia, teniendo en cuenta que se trata de un organismo de carácter Provincial.

3

Así, mediante Acuerdo Administrativo Nro. 4985 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Neuquén de fecha 27 de Marzo de 2013, se aprueba el esquema de la Oficina de Violencia, contenido en el informe Nro. 19, que da cuenta de una estructura compuesta por dos (2) Áreas, una de ellas que se encontraba ya creada desde el año 2006 "De asesoramiento y recepción de denuncias" y la otra, a incorporarsede

"Seguimiento y Control", encargada de monitorear las causas

judiciales sobre violencia, realizando el seguimiento del efectivo cumplimiento de las medidas cautelares impartidas por el Juez de Familia de la causa.

El 16 de Septiembre de 2013 dio inicio su funcionamiento, encontrándose

integrada en la actualidad por (2) prosecretarios,

dos (2) administrativos y una

coordinadora, funcionando en horario extendido y guardia permanente (Art. 35 ley 2785).

Se ilustra de manera grafica como queda conformado el Esquema de la Oficina de Violencia:

MF5

ASESORAMIENTO DE

RECEPCION DE DENUNCIAS:

Planta Total : 10 personas

SEGUIMIENTO Y CONTROL : Planta

Total: 5 Personas

EQUIPO INTERDISCIPLINARIO.

Planta Total: 20 Personas

Operador Jurídico

(MF7)

Operador Jurídico

(MF7)

Operador Jurídico

(MF7)

Operador Jurídico

(MF7)

4 Agentes Administrativos

2 Agentes Administrativos

Operador Jurídico

(MF7)

Operador Jurídico

(MF7)

5 Psicólogos

2 Méd. Infanto Juveniles

2 Agentes Administrativos

SUBCOORDINADOR

(MF6)

COO RDINADOR

(MF5)

J EFE DE LA OFICINA DE VIOLENCIA

(MF4)

JEFE AREA MEDICA

(AJ2)

JEFE AREA PSICOLOGICA

(AJ2)

JEFE AREA SOCIAL

(AJ2)

7 Asistentes Sociales

COORDINADOR

(MF6)

COORDI NADO R

(AJ1)

4

3) Marco Legal de intervención:

La ley Provincial 2212 sustituida en su texto actual por la ley vigente Nro. 2785 "Régimen de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia familiar" sancionada en Noviembre de 2011, Decreto reglamentario Nro 2291/12, en su Art. 17 decía: "El juez controlará, durante toda su vigencia, el cumplimiento de las medidas cautelares y provisionales que hubiera adoptado, y dispondrá –cada vez que lo considere necesario la actualización de la información psicosocial."

La ley vigente 2785 en su Art. 31° introduce la temporalidad de las medidas cautelares cuando señala: Multiplicidad de medidas: El juez puede dictar más de una (1) medida a la vez, determinando el plazo máximo de duración de las mismas de acuerdo a las circunstancias del caso. Y el Art. 32 establece el Control de Eficacia, el cual reza: "Durante el trámite de la causa, por el tiempo que se juzgue adecuado, el juez debe controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea a través de la comparecencia de las partes al Tribunal, o través de la Oficina de Violencia y/o mediante la intervención del Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial, quienes deben elaborar informes periódicos acerca de la situación".

4) Fundamento de su creación y enfoque de la forma de trabajo del ASC:

Los conceptos contenidos en la normativa descripta: temporalidad y eficacia dan andamiaje a la tarea del ASC y proyectan su intervención en el proceso judicial de violencia familiar, toda vez que el objetivo general de la misma es el control de la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por el juez, en las causas de violencia familiar por el tiempo de duración de las mismas.

Es dable destacar que la tarea de control y seguimiento de las causas judiciales de violencia familiar, hasta la creación del ASC, era realizada por cada juzgado de Familia desarrollándose en el recinto de los despacho comunes juntamente con los restantes tipo de procesos. Sin embargo se pensó de qué manera podían mejorarse las estrategias de seguimiento y control, y al advertirse óptimos resultados en aquellas causas en que se monitoreaba la eficacia de las medidas lográndose, entre otros

aspectos, que los procesos fueran mas cortos, sin prolongarse innecesariamente en el tiempo; se pensó en un Organismo que en forma conjunta y articulada con los

Juzgados de Familia se abocara de manera exclusiva al control y seguimiento de las medidas cautelares dictadas en las causas de violencia familiar, independientemente del juzgado al que pertenecieran, creándose así el ASC de la Oficina de violencia conforme gráfico de Esquema que antecede. Su finalidad era optimizar recursos, generar una uniformidad en la información que permita a los jueces conocer los resultados de las medidas judiciales adoptadas, en
términos de eficacia y eficienciade
manera contemporánea a las realidades familiares.
El dinamismo propio de las relaciones y situaciones familiares en el marco de situaciones de violencia, amerita una tutela judicial urgente frente a la vulneración de los derechos a la vida y a la integridad psicofísica, siendo un proceso independiente que no está sujeto a un proceso principal, ni su intención es garantizar la sentencia que se dictará. El proceso de violencia familiar se agota en sí mismo, sin perjuicio de lo cual en el transcurso del trámite y, encontrándose vigentes las medidas que el juez a adoptado a fin de remover en forma provisional y urgente las situaciones de violencia física y/o psíquicas, nos encontramos con que es tan importante como

la
existencia misma del proceso,
que aquellas medidas sean cumplidas, logrando los
objetivos que han tenido al ser ordenadas, esto quiere decir que la medida que se toma no debe ser una “pausa” sino un “respiro para un hacer” 1 , adaptándolas en su caso y ajustándolas a la realidad de cada situación familiar en tiempo oportuno, lo cual no puede ser realizado sin el conocimiento y monitoreo previo, que debe realizarse en cada caso en particular.
El juez interviniente continúa siendo el director del proceso con facultades para modificar, ampliar o disponer nuevas medidas según amerite cada situación y el ASC informa el estado de la causa y sugiere en su caso al juez, la modificación de las

1 Medidas Cautelares en violencia familiar. Teoría y Práctica. Diego Oscar Ortiz. Ediciones Jurídicas.
Eduardo Lecca editor. Pag.302.

medidas que deban adoptarse en pos de su eficacia, como así también informa sobre

el incumplimiento de las decisiones judiciales.

A partir de la creación del ASC, si bien las tareas de monitoreo que anteriormente eran utilizadas por los juzgados, forman parte de los sistemas de control existentes, tales como informes de situación, audiencias de control, comunicaciones telefónicas etc; lo novedoso y útil es que todo ello se encuentra sistematizado, unificado y enlazado a una tarea eminentemente especifica e integrativa de los cuatro juzgados de familia, en la cual se interactúa con otros efectores que sin ser parte del Poder Judicial también intervienen en el proceso de violencia familiar, ello, por derivaciones que ordena el juez interviniente o por las coordinaciones que efectúa el ASC con las diversas áreas con ingerencia en la temática. Ejemplificando ello, vemos que, en las derivaciones a abordajes psicoterapéuticos del grupo familiar, intervienen los Centros de Salud o dependencias del Ministerio de Desarrollo Social tales como Centro de Abordaje Familiar o bien del Servicio de Prevención de Violencia, entre otras. Los jueces de familiar efectúan las derivaciones involucrando dichos organismos según corresponda, y al llegar las causas al ASC, luego de ser registradas según la calificación del riesgo (tarea especifica), las causas se unifican en registros internos

según el organismos que interviene en el abordaje ordenado por el juez, de manera tal que permite en tiempo prudencial y en forma ordenada solicitar mediante oficios del ASC: informes de intervención, resultados del mismo y sugerencias profesionales que puedan realizarse de todas las causas que en forma unificada hayan sido derivadas al mismo organismo, independientemente del juez que las haya ordenado.

Bajo el mismo sistema se unifican las causas por comisarías existentes en la ciudad de Neuquén y alrededores, con quienes además de una comunicación fluida mediante sistemas de comunicaciones ágiles y expeditivos (mail, comunicaciones telefónicas) se efectúan relevamientos en cuanto al cumplimiento de rondines policiales, resultados de consignas domiciliarias o cumplimientos de las restricciones de acercamiento a los domicilios de la denunciante, todo ello por causa y por radio

domiciliario en tanto ello determina la jurisdicción de la sede policial que intervenga en cada expediente judicial.

Esto contribuye a conocer, frente al dinamismo de las situaciones familiares y a modo de ejemplo, las posibles modificaciones de domicilio de residencia que se

generen en el curso del proceso, informando de ello en forma inmediata a fin de que el magistrado ordene cumplir las medidas de protección, a la comisaría que por radio pertenezca a la nueva residencia conocida, cobrando efectividad la medida que pretende el resguardo a la víctima de manera real y efectiva.

La temporalidad de las medidas cautelares permite que el trabajo de monitoreo del ASC contenga registros de su vigencia y se conozca de manera cierta su vencimiento; plazo que dependerá de las circunstancias del caso y del cual el juez está constreñido a pronunciar mediante resolución fundada por así preverlo las leyes en la materia. Las medidas cautelares se toman por un tiempo limitado para hacer cesar la violencia, son provisorias, temporales, esto quiere decir que tienen un plazo concreto o sujeto a un determinado hecho. En ese plazo decretado por el juez, alguna situación se debe haber modificado en comparación con el momento en el que se pidió la medida, sino la adopción de la medida sería carente de sentido. 2

La vigencia de una medida de intromisión estadual en el seno familiar sólo se justifica en tanto sea eficaz para evitar el riesgo de daño a sus integrantes. 3

5) Impacto de la creación del “ Área de Seguimiento y Control” en los Juzgados

de Familia, Niñez y Adolescencia.

La tarea del monitoreo permanente y sostenido realizada desde el ASC a los procesos de violencia familiar, permite que el magistrado interviniente cuente con una información actualizada de la situación, contribuyendo a que las medidas cautelares

2 Diego Ocar Ortiz. Medidas cautelares en violencia familiar. Ediciones Juridicas. Eduardo Lecca editor pag.302.

3 Graciela Medina. Violencia de Género y Violencia doméstica. Responsabilidad por daños. EditorialRubinzal –Culzoni.

que se han adoptado, no pierdan virtualidad, evitando que en el cúmulo de actuaciones que se registran por juzgados opere en algunos casos, el vencimiento de las mismas sin que hayan cumplido su cometido en términos de eficacia y eficiencia, quedando en letra muerta las ordenes impartidas en pos de superar la conflictiva traída a sede judicial.

La información que nuclea el ASC de cada causa judicial, permite que en forma inmediata el magistrado interviniente sepa de manera fehaciente el curso de la misma

y su realidad al momento de requerir la información, o bien ser brindada por el ASC conforme lo prevé la normativa de fondo.

Respecto del monitoreo del curso de la causa, se mencionarán a continuación sólo algunos aspectos relevantes que abarca la tarea del ASC en pos de resguardar la eficacia de la medidas judiciales adoptadas:

A)Notificación de las medidas cautelares a la persona denunciada: si recepcionada la cédula de notificación librada al denunciado disponiendo medidas cautelares, se advierte que la diligencia arroja un resultado negativo, se informa de manera inmediata al juez de ello, pudiendo contener dicha información, resultados de una tarea de sondeo por parte del ASC tendiente a contar con el domicilio de residencia actual del denunciado. Esto permite que se reintente notificar la orden judicial y de ésta manera lograr la finalidad de la medida esto es, que el denunciado sepa que interviene un juez de familia en la situación y que se han adoptado medias de resguardo para la denunciante, además prepara el terreno, para iniciar –en su casouna

investigación en materia penal por el delito de “desobediencia a una orden judicial” de haberse reeditado nuevos hechos de violencia luego de haber sido efectivamente notificado. Adquiere significativa relevancia la notificación en cuestión por cuanto el plazo de vigencia de las mismas impuesto por juez, comienza a computarse a partir de la notificación aludida (Art.567 del C. Civil).

B)Seguimiento
de las derivaciones a abordajes psicoterapéuticos:

La ley 2785 en su Art. 25 reza: “El juez o agente fiscal, al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia, puede –a pedido de parte o de oficio,
aún antes de

la audiencia prevista en el articulo 23 de la presente ley, adoptar las siguientes medidas cautelares”:

o) Proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia familiar cuando
así lo requieran,

asistencia médica o psicosocial, a través de los
organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil con formación especializada en la prevención y atención de las víctimas de violencia familiar".

g) Ordenar la asistencia obligatoria de la persona denunciada a programas reflexivos, educativos o psicosociales, tendientes a la modificación de conductas violentas.

En la audiencia del Art. 23 de la ley 2785 que prevé la comparecencia de las partes a sede judicial, siendo estas escuchadas por separado bajo pena de nulidad; dentro de las medidas cautelares que adopta el juez, en la mayoría de los casos, efectúa derivaciones a abordajes psicoterapéuticos, oportunidad en que se abre paso a la interdisciplina . La Dra. Cecilia Grosman define el concepto de interdisciplina como "la confluencia e integración de dos o más esferas de conocimiento, de donde surge un saber enriquecido, un nuevo enfoque que engloba las distintas percepciones de cada ámbito de estudio " 4 .

En cuestión de violencia familiar, se parte de un fenómeno de múltiple determinación, donde intervienen factores físicos, psicológicos, familiares y sociales, de lo que resulta una complejidad que necesita ser abordada desde diferentes ópticas

y con variadas estrategias 5 .

Las derivaciones judiciales efectuadas, suelen ser producto de las sugerencias profesionales que surgen de los informes técnicos obrantes en la causa (Informe psicosocial Art. 24 ley 2785), o bien de la discrecionalidad del juez y su destreza frente a la situación que aborda en audiencia.

4 GROSMAN, Cecilia., MESTERMAN Silvia, ADAMO, María Teresa, Violencia en la familia (interdisciplina), Universidad, Buenos Aires, 1992,

5 Nora Lloveras. Olga Orlandini. La Violencia y el género. Análisis interdisciplinario. Nuevo Enfoque jurídico

Si bien es cierto que tanto las leyes provinciales, nacionales y los compromisos internacionales que Argentina ha asumido en materia de violencia familiar, indican que los Estados deben garantizar la asistencia psicosocial en situaciones de violencia y vulnerabilidad; las áreas de ingerencia creadas al efecto, padecen los abatares propios de los organismos públicos, encontrándonos en algunos casos con obstáculos institucionales que impiden garantizar el cumplimiento del abordaje ordenado por el

juez, coadyuvando de ésta manera a que se reediten los hechos de violencia.
A modo de ejemplo: cuando el agresor padece adicción a las drogas o al alcohol y no recibe tratamiento acorde a su problemática o cuando se necesita abordaje psicoterapéutico sugerido por los profesionales intervinientes que han efectuado un diagnóstico de un modelo conductual de violencia naturalizada por todos los integrantes de la familia, sin lograr en algunos casos el abordaje oportuno y necesario.
Los programas de rehabilitación y tratamientos psicoterapéuticos no deben ser minusvalorados, de ellos depende gran parte de la solución a la violencia enfocada como un problema estructural y no meramente coyuntural. 6
Frente a las situaciones descriptas precedentemente, entre otras, el ASC debe monitorear su cumplimiento, toda vez que en la mayoría de los casos el juez solicita que en un plazo determinado se acompañe constancia de su realización. Para ello, el ASC trabaja con redes interinstitucionales, lo cual permite y facilita coordinaciones en pos de garantizar el cumplimiento de la medida, realizándolo por medio de vías ágiles y efectivas (mail, comunicaciones telefónicas), desterrando la burocracias y evitando estar a expensas de extravíos de documentos o de la posibilidad que nunca tome

conocimiento el organismo estatal del requerimiento de intervención en la situación familiar.

Así, desde el ASC en algunos casos que ameritan la urgente intervención, se obtienen turnos con los profesionales del organismo al que han sido derivados, brindando fechas y horas de concurrencia a las partes, o gestionando ser extraídos de

6 GRACIELA MEDINA. Violencia de Género y Violencia doméstica. Responsabilidad por daños. Editorial

Rubinzal –Culzoni.

11

interminables listas de espera para atención psicológica a fin de ser priorizados frente a una calificación psicosocial del Equipo Interdisciplinario de “alto riesgo.

Desde el ASC se realiza una tarea sostenida de enlaces comunicacionales que permite contar con operadores referentes que interactúan de manera permanente en el intercambio de la información que luego es brindada al magistrado interviniente ya sea por constancias de asistencias acompañadas en los expedientes en oportunidad de audiencias de control que realiza el ASC, o bien por informes de intervención

remitidos y agregados a la causa.

C)Espacios

de seguimiento grupal bajo la modalidad de talleres:

Recientemente se ha incorporado esta estrategia de control y seguimiento, la cual se desarrolla conjuntamente con profesionales del Equipo Interdisciplinario del Fuero de Familia (asistentes sociales y psicólogos). Consiste en reuniones periódicas a las que se convoca a mujeres de 18 a 25 años, denunciantes en aquellas causas que cuenten con la audiencia que prevé la ley 2785 Art. 23, oportunidad en la cual se las invita a participar del taller. Allí se analizan las distintas situaciones, se verifica en cada caso el cumplimiento de las medidas, se repasan los mecanismos institucionales de protección y se brinda información en trípticos confeccionados con datos útiles. Bajo ésta forma de control y seguimiento se obtienen objetivos que exceden el mero control de las medidas, logrando en muchos casos, un espacio de reflexión a modo de prevención y concientización de la problemática.

6) Sistematización de los registros que utiliza el Área de Seguimiento y Control.

El Poder Judicial de Neuquén cuenta con un sistema informático que permite que

todas las actuaciones y movimientos de los expedientes se encuentren informatizados, llamado Dextra.

El ASC en su dinámica cotidiana utiliza el mismo sistema, contando con un clasificador estadístico que permite obtener resultados cuantitativos de intervenciones, útiles para el fuero de familia y para la gestión judicial en general.

12

Por otro lado el ASC ha instaurado un registro propio por Juzgado y por causa, a modo de “ficha” en la cual se consignan datos relevantes tales como: fecha de denuncias, antecedentes si existieran, fecha de ingreso al ASC, derivaciones efectuadas por el juez, comisarías intervinientes, fecha de inicio y vencimiento del plazo de las medidas cautelares, la calificación del riesgo efectuada por el Equipo Interdisciplinario y toda aquella intervención que se efectúa por parte del Área en oportunidad de realizar el monitoreo de la causa, temporalidad que es marcada por una “agenda de control interno” que permite,sin
necesidad de contar materialmente
con todas las causas de violencia familiar, centralizar el movimiento de los expedientes

en la medidas que se haya agendado su control.

En ocasión del ingreso al ASC, se realiza una distinción de causas denominadas de “alto riesgo” de aquellas que no los son. Esta categorización efectuada en base a los informes técnicos practicados, en ocasiones permiten un movimiento de “doble entrada”; ello obedece a las características propias de las situaciones de violencia, siendo las mismas de rasgos dinámicos y fluctuantes. Aquella causa que fue calificada de “alto riesgo” al inicio del trámite judicial, con el correr del tiempo, el cambio de las circunstancias familiares o personales de sus protagonistas, el cumplimiento de medidas y superación parcial del conflicto,entre

otras causas,

hacen cambiar su giro,

y la caracterización del riesgo deja de ser alto por cuanto los indicadores que fueron observados en el momento del hecho, ya no son tales y se recalifica pasando al registro de situaciones que enrolan la lista de mayor cantidad de causas. Ante ello se efectúa un replanteo de la estrategia de seguimiento en tanto el abordaje y modalidad de monitoreo y seguimiento va a ser diferente.

Los sistemas de control y seguimiento que adopta el ASC se sistematizaron de tal manera que permiten una “homogeneidad en la información ”, característica que propicia que los procesos no se extiendan innecesariamente en el tiempo y se cuente con información actualizada de manera constante. Una vez que dichos procesos se agotan y han cumplido con la finalidad, superados los hechos que motivaron la denuncia, otra de las tareas propias del ASC es sugerir el archivo de la causa

mediante dictamen fundado en el valuarte jurídico de ser un proceso judicial expeditivo, urgente y autónomo que ha cumplido su finalidad, y para ello se efectúa una medición de resultados y superación del conflicto, señalando en su caso, que la situación familiar no amerita la continuidad de la intervención judicial, lo cual también es avalado por las consideraciones de profesionales intervinientes cuyas conclusiones forman parte del dictamen mencionado, a veces hasta de manera textual a modo ilustrativo.

A continuación se podrá observar gráficamente el porcentaje de causas por juzgado “en trámite” ante ASC, a partir de puesta su funcionamiento (Septiembre

2013), dentro de ellas, las que se corresponden con la caracterización de “alto riesgo” y aquellas que ha sido dispuesto su “archivo” por parte del juez interviniente por sugerencia del Área, todo ello una vez cumplido el proceso de monitoreo y mediante dictamen fundado en la tarea propia del ASC.

14

7) Conclusiones. Palabras finales. Propuestas.

El ASC de la Oficina de Violencia de la I Circunscripción Judicial de Neuquén, desde la óptica de la teoría de las Ciencias de las Organizaciones, fue pensada a modo de una “planificación estratégica” en el marco de una organización, entendiendo ello como un proceso a determinar el mejor uso posible de sus recursos, y se creó ante la necesidad fáctica y concreta de concentrar el control y seguimiento de los procesos de violencia familiar con medidas cautelares vigentes, en un Área especifica independientemente
del juzgado de familia que intervengamonitoreando
las causas
judiciales en pos de la efectividad y eficacia de las mismas.

El ingreso de causas de violencia familiar se incrementa día a día y lo que se ha pretendido es que esa vorágine no atente contra un control necesario y minucioso de las causas, lo cual el juez a delegado en el ASC con especificidad en la materia.
Desde otro punto de vista, su creación ha sido el producto de una conciencia funcional en pos del mejoramiento del servicio de justicia, ha puesto en marcha soluciones y caminos facilitadores para que las ordenes judiciales sean sostenidas, respetadas y cumplidas por los justiciables y por el resto de la sociedad, comprometiendo en éste camino de manera directa, la labor de los demás efectores que intervienen en el proceso de violencia familiar, no desde un lugar de imposición sino desde un espacio de colaboración y trabajo conjunto. Para ello su integración ha sido pensada con personal especializado, con experiencia en la temática y con las condiciones subjetivas necesarias para que, en combinación con el compromiso funcional, permitan desempeñar una labor de acompañamiento conjunta y articulada con los jueces de familia, siendo custodios de las ordenes que ellos imparten.
Propuesta: El ASC ha cumplido un año de funcionamiento el pasado 16 de Septiembre de 2014, arrojando en dicha medición de tiempo y ante el incremento

permanente y constante del caudal de causas que ingresan al ASC, la necesidad de que todo aquello que se ha construido con la práctica, es decir, los caminos recorridos en la tarea específica, adopte un marco formal a modo de protocolos a fin de que pueda sistematizarse los modos de intervención que involucran no solo la metodología

de control interna del ASC sino con los organismos e instituciones que no son parte del Poder judicial pero interactúan y participan en el proceso de violencia familiar.

Por ello, en el caso de la Provincia de Neuquén –Argentinapropongo que en la reglamentación del Art. 32 y 35 de la ley provincial 2785 se incorpore la creación del ASC como Área especifica en la tarea y se contemple la aprobación de los protocolos de intervención a modo de anexos que fueran propuestos.

Proyección a nivel Nacional de la Propuesta:

La Ley Nacional de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales” (Ley Nro. 26485), unifica en un único texto legislativo la regulación de

las distintas formas de violencia en relación a la mujer, dando interés a la violencia de género, complementándose con las respectivas leyes locales en materia de violencia doméstica. Dicho cuerpo legal en su Art.34 prevé el Seguimiento de las medidas cautelares. La propuesta del presente trabajo a nivel nacional, consiste en que cada provincia incorpore en el capítulo de "Procedimiento Judicial" de las leyes provinciales que se han dictado por adhesión a la Nacional 26.485, el modelo del ASC como ámbito especifico y especializado para el monitoreo de las causas, incluso aquellas provincias que han replicado el funcionamiento de la OVD (Oficina de Violencia Doméstica) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

"La tarea de enfrentar los devotos de la no violencia es muy difícil, pero ninguna dificultad puede abatir a los hombres que tienen fé en su misión ".

Mahatma Gandhi.

16

8Bibliografía:

GRACIELA

MEDINA. Violencia de Género y Violencia doméstica. Responsabilidad

por daños. Editorial Rubinzal –Culzoni.

GROSMAN,

Cecilia., MESTERMAN Silvia, ADAMO, María Teresa, Violencia en la familia (interdisciplina), Universidad, Buenos Aires, 1992.

NORA

LLOVERAS. OLGA ORLANDINI. La Violencia y el género. Análisis interdisciplinario. Nuevo Enfoque jurídico

DIEGO

OSCAR ORTIZ. Medidas cautelares en violencia familiar. Ediciones Jurídicas. Eduardo Lecca editor.

Ley

2785 “Régimen de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia familiar”.

Ley26485 “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales” .

Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios

Profesionales y Operadores de Niñez Adolescencia y Familia

ALAMFPyONAF

EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

12 al 14 de Noviembre 2014

Natal, Brasil

MG. ROBERTO PALACIOS MARQUEZ

EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

1. VIDEO.

2. RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

3. COLABORACION INTERDISCIPLINARIA.

4. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y EL SINDROME DE ALIENACION PARENTAL.

5. LA LEY DE ALIENACION PARENTAL EN BRASIL

6. CONCLUSIONES

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

EXPEDIENTE : 00448-2011-0-2001-JR-FC-02
MATERIA : TENENCIA
RELATORA : CARRASCO ESPINOZA MILAGROS C.
DEMANDANTE : CASTILLO PAZ JORGE RENZO
DEMANDADO : FALSHAW LÓPEZ JUAN CARLOS DESULOVICH DE FALSHAW MARGARITA MARÍA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA RESOLUCIÓN NÚMERO CUARENTA Y SIETE (47) – ***Piura, cinco de junio de dos mil doce.-***

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

I.-HECHOS:

El súbito fallecimiento de la madre, en circunstancias en que el padre de la menor se encontraba en el extranjero, originó una solicitud cautelar del progenitor para que se le otorgue la tenencia provisional, la que fue adecuada concediéndosele un régimen de visitas provisional.

Dicho régimen se vio afectado en su ejecución por la falta de la colaboración de los abuelos maternos demandados.

En este escenario, resulta relevante apreciar la evaluación psicológica de la menor **Isabella María Castillo Falshaw**, efectuada por el Equipo Multidisciplinario donde se concluye que la menor viene siendo objeto de manipulación por parte de los abuelos maternos.

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

II.-NORMATIVIDADAPLICADA:

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. De manera 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"***.

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

El artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene ***"derecho a cuidados y asistencia especiales"****.*

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"****.*

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.

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

Según 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”.

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

Este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

"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 niños".

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

II.-ANALISISYCONCLUSIONES:

CONSECUENTEMENTE, de la prueba actuada y glosada, se advierte que la conducta de los abuelos maternos demandados no ha sido adecuada respecto al reforzamiento del vínculo paterno filial entre el padre – demandante y su nieta, **SIN EMBARGO**, a criterio del Colegiado dicha **conducta inadecuada** se produce por el estado emocional en que se encuentran los abuelos maternos demandados.

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

Se tomó en cuenta lo expresado por La Corte Suprema de Justicia Peruana quien había resuelto el primer caso de síndrome de alienación parental en el régimen de tenencia, estableciendo en la **Casación Nº 2067-2010-Lima**, lo siguiente:

"... 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. Además, esta conducta es catalogada por muchos investigadores 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.”.

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

Bajo el escenario descrito, **SE CREA CONVICCIÓN EN EL COLEGIADO**, que el comportamiento de los abuelos maternos demandados no ha sido el adecuado, tanto por las dificultades puestas en la ejecución de régimen de visitas provisional, como por la influencia negativa sobre la menor respecto de su padre y que consecuentemente justifica disponer la **entrega inmediata** de la menor a su progenitor.

FINALMENTE, dicha conducta inadecuada de los abuelos maternos no ha sido, a criterio del Colegiado, una conducta orientada a dañar a la menor, sino un error de los abuelos maternos en busca de mantener a su lado a su nieta, frente a la pérdida súbita de su hija, apreciándose que la continuidad del vínculo lo tuvieron éstos al estar el demandante fuera del país por motivos de estudio; asimismo, la menor ha convivido mayor tiempo con sus abuelos, por lo que corresponde **fijárseles** un régimen de visitas en atención al interés superior de la niña, **debiendo** disponerse que tanto el padre, la menor y

sus abuelos se sometan a una **terapia psicológica** que contribuya a mantener relaciones adecuadas, asumiendo el rol que les corresponde como padre y abuelos, respectivamente, de la menor Isabella María Castillo Falshaw.

2.- RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA.

Se interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia siendo declarado improcedente por la Corte Suprema de Justicia Peruana, bajo los siguientes fundamentos:

- Los denunciantes al denunciar la presunta violación al derecho al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales, lo que pretenden es que esta sala casatoria realice un nuevo análisis de lo concluido, lo que constituye una facultad de los jueces de merito que no puede ser traído en vía de casación, por ser materia ajena a los fines del recurso, por lo que dicha causal debe ser desestimada.

- Los impugnantes no han cumplido con los requisitos de procedencia establecidos en los incisos 2 y 3 del articulo 388 del Código Procesal Civil, porque del estudio de la sentencia de vista recurrida, se puede ver, que la sala de merito en el presente caso sometido a su competencia, ha motivado e invocado adecuadamente los fundamentos facticos y jurídicos correspondientes, garantizando la observancia del

debido proceso y debida aplicación de normas de carácter material y procesal.

3.- COLABORACION INTERDISCIPLINARIA.

En el Perú no hay ley que regule la alineación parental, consecuentemente se necesita una colaboración interdisciplinaria real en este caso con la psicología, con la finalidad de ilustrar al juez ante casos como el presente. Esto en el Perú se concreta con la intervención del equipo multidisciplinario en los juzgados de familia (psicólogos y asistenta social).

4.- LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y EL SINDROME DE ALIENACION PARENTAL.

Dentro de la comunidad académica el síndrome de alienación parental (SAP) carece de consenso científico por no reunir los criterios metodológicos científicos necesarios para ser aceptado y por eso se lo considera pseudocientífico.

El SAP ha sido rechazado como entidad clínica por las dos instituciones más reconocidas en el mundo en términos de salud y trastornos mentales: la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Americana de Psicología. Es por eso que no aparece en las listas de trastornos patológicos de ningún manual, ni en el CIE-10 de la (OMS) ni en el DSM-IV publicado por la Asociación Americana de Psiquiatría.

El SAP cuenta con el apoyo de grupos de padres que han sido alejados de sus hijos por causas judiciales, por los abogados que los defienden en casos de divorcio y utilizan el SAP como defensa y, por un grupo de profesionales que trabajan como peritos de parte en estos casos frente a los juzgados.

4.- LA LEY DE ALIENACION PARENTAL EN BRASIL.

Brasil es uno de los países que cuenta con una ley sobre alienación parental, se trata de la ley N° 12.319, del 26 de agosto de 2010, en la cual se establece en su articulo 1, lo siguiente:

«… Se considera un acto de alienación parental la injerencia en la formación psicológica del niño o adolescente, alentado o inducido por uno de los padres, abuelos o por quien tenga autoridad sobre la custodia o vigilancia del niño o adolescente, con el fin de al niño a renunciar al progenitor alienado o que cause un perjuicio al establecimiento o mantenimientodelosvínculosconesteúltimo…»

4.- LA LEY DE ALIENACION PARENTAL EN BRASIL.

Asimismo considera que la alienación parental perjudica los derechos fundamentales del niño o adolescente, al señalar en su articulo 2 lo siguiente:

«… La realización de un acto de alienación parental perjudica a los derechos fundamentales del niño o adolescente de una vida familiar sana, causa perjuicio a la creación del afecto en las relaciones con el progenitor alienado y el grupo familiar, las causas del abuso moral contra el niño o adolescente y en la violación de los derechos inherentes a la patria potestad, tutela o custodia…»

5.- CONCLUSIONES.

En la jurisprudencia peruana (puesto que en el Perú no existe norma expresa), se ha tomado como punto de partida la normatividad internacional, y en el plano nacional, a la Constitución Peruana y al Código de los Niños y Adolescentes, que regula los problemas de éstos como problemas humanos; y atendiendo además al Interés Superior del Niño como principio rector, viene resolviendo casos de síndrome de alienación parental, tomando como punto de vista de los derechos fundamentales.

5.- CONCLUSIONES.

La no aceptación del síndrome de alienación parental dentro de la comunidad académica por carecer de consenso científico, ello aunado a su no regulación en algunos países, no debe ser un impedimento para que los tribunales judiciales emitan un pronunciamiento, cuando en el proceso se evidencie la existencia de dicho síndrome, por parte de uno de los padres o terceros, tales como la nueva pareja, abuelos, tíos, etc.

MUCHAS

GRACIAS

BULLYING, INDISCIPLINA, VIOLENCIA ESCOLAR Y INTERVENCIONES CON PRINCÍPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA DEL PROGRAMA ABRAZO PELA PAZ

Bullying. Violencia Escolar: medios, leyes, procedimientos, programas

COMISION IV: Derechos Humanos y Violencia de Género, Familiar, Maltrato Infantil. Alienación Parental

Ribeiro Felizardo, Aloma

RESUMEN

En el contexto escolar la violencia, la agressividade y la indisciplina han generado alumnos y profesores desesperanzados con la escuela, de un lado los alumnos que no tiene interés en estudiar y por otro lado los profesores que no tiene ganas de dar aula, pero hay una estrategia que puede transformar esta situación, son los principios y la filosofía de la Justicia Restaurativa. Una de las mayores desesperaciones de la escuela es el bullying que es percibido como principal expresión de la indisciplina, conflictos y violencia en las escuelas, el fenómeno bullying es complejo y presenta alto índice de conflictos y violencias en las escuelas, su cobertura es mundial y ocurre en todas las escuelas; presenta muchas variables y genera muchos desafios para la gestión escolar. Se trata de comportamiento de las relaciones interpessoais donde conflictos son constantes y las intimidaciones entre pares se manifiestan en agresión física, verbal, psicológica, social. Cuando un estudiante, autor de bullying con comportamiento inadecuado y reincidente la profesora lo encaminará a la sala de la coordinación, local donde los educadores aplican medidas que visan educar y corregir, inclusive con puniciones, como advertencias y alejamiento de

las aulas por un determinado periodo y hasta la transferencia para otra escuela. La filosofía de la Justicia Restaurativa es un abordaje inclusiva, colaborativa y pacificadora anclada en valores y principios, esta Abordaje Restaurativa proporciona a los alumnos de comportamiento más comprometido una oportunidad para reconocer, responsabilizar y notar sus acciones a través del desarrollo de habilidades sociales y emocionales, lo que es menos traumático que la transferencia para otra escuela. Las Prácticas Restaurativas vienen desconstruindo la cultura punitiva y de exclusión social, promoviendo una cultura de responsabilización, reparación y reintegración de toda la comunidad escolar en un ambiente pacífico para una cultura pacificadora.

Una de las expresiones de violencia más frecuente y más ignoradas enmedio escolar es el bullying en contraposición la indisciplina. Este es el comienzo de un consenso para que el bullying sea analizado con mayor énfasis del que otras violencias, pues es causa intensificada de los conflictos entre alumnos, que sufren sequelas psicológicas profundas y pueden llegar al suicidio.

El bullying escolar es hoy el fenómeno más común en el ambiente escolar (43,9%), conforme datos obtenidos en 26/08/2013 del Center sea Disease Control and Prevention/USA y (48,68%) en Brasil, conforme investiga de esta autora para la obra Bullying Escolar: Prevención, Intervención y Resolución con la Justicia Restaurativa (en el prelo) y nuestra práctica con la implantación de nuestro Programa Abrazo por la Paz en una escuela de la red pública municipal en el Estado de São Paulo, Brasil y en capacitación de profesores, coordinadores y gestores en la formación de Comites de Resolución de Conflictos para actuar dentro de las escuelas.

Bullying Escolar es un término empleado por la mayoría de los países para designar la violencia sistemática ocurrida entre pares, camuflada como brincadeira en el propósito de intimidar, maltratar y atormentar, con intención de herir, mantener el dominio, provocar el miedo con amenaza de inducción de futura agresión y conducir al terror.

Cometida por uno o más alumnos, el intimidado se hace tan impotente que es improvable que luche, cuente o pieza ayuda a la alguien, hay un desnível o desequilibrio de poder, fuerza, popularidad e inteligencia; los más fuertes se satisfacen al convertir los más frágiles en objetos de diversión y placer.

Es practicado en el frente del público de los propios pares, lejos de las vistas de los adultos que entienden ser actitud normal de la edad; es sutil y dura menos de un minuto.

Entre esas acciones están xingamentos, diseminación de falsos rumores, muecas o gestos, exclusión social o aislamiento, agresiones físicas y discriminaciones raciales, religiosas y sexuales; causan dolor, angustia, sufrimiento, daños físicos, psicológicos, morales y materiales al intimidado y amenazan el desarrollo saludable de la infancia y juventud en todo el mundo. (OLWEUS, (1993); COLOROSO, (2008); SEIXAS, 2005; FELIZARDO; TOGNETTA (2011); FANTE, (2005,2012); MULLET; AMSTUTZ, (2012).

Las Prácticas Restaurativas pueden ser estrategias eficaces de resolución no violenta de las acciones negativas del bullying y de los diferentes conflictos que emergen del cotidiano escolar contribuyendo para la paz en la comunidad escolar.

Justicia Restaurativa es un abordaje con todos aquellos que tienen interés en una determinada ofensa, se reúnen en círculo crean espacios protegidos para la autoexpressão; utilizando procesos inclusivos y cooperativos, identifican y tratan daños y necesidades así como las obligaciones decurrentes; envuelve en la medida del posible, todos los que sufren el impacto para restaurar los lazos de relación y confiabilidad social roto por el conflicto.

Howard Zehr es reconocido mundialmente como uno de los pioneros de la Justicia Restaurativa, es profesor de Sociología y Justicia Restaurativa en el curso de graduação en Transformación de Conflictos de la Eastern Mennonite University en Harrisonburg, Virginia, Estados Unidos y co-director del Center de Justice and Peacebuilding.

El concepto y la filosofía de la Justicia Restaurativa tuvo su origen en 1970 en el ámbito de la justicia criminal entre la población menonita de las comunidades norteamericanas, (Zehr, 2012) es considerado como uno de los primeros sistematizadores y divulgadores de la Justicia Restaurativa.

Aunque la Justicia Restaurativa haya surgido en la cultura occidental dentro del campo de la justicia criminal, su abordaje viene ganando cada vez más reconocimiento y aplicaciones en la esfera educacional.

Las escuelas tienen se hecho un lugar importante de aplicación de las Prácticas Restaurativas. A pesar de tener muchas semejanzas con los programas de Justicia Restaurativa en el ámbito criminal, los abordajes

utilizados en el contexto pedagógico deben necesariamente se amoldar a los contornos del ambiente escolar (ZEHR, 2012, p. 53).

La primera práctica en la esfera educacional fue realizado en Maroochydore State High School en el año de 1994 por Margareth Thorsborne, en Queensland en Australia y Belinda Hopkins fue pionera en la aplicación de principios de restablecimiento en ambientes escolares en Reino Unido a finales de los años 1990. Desde el año de 2005, Brasil es pionero en Prácticas Restaurativas en las escuelas en Rio Grande do Sul.

La eficacia de las Prácticas Restaurativas en las escuelas fue comprobada en Reino Unido por el Informe The use and effectiveness of anti-bullying strategies in schools de la Goldsmiths, Universidad de Londres, publicado por el Departamento de Educación en abril 2011 y recomienda que las escuelas consideren el desarrollo del carácter y de la cultura restaurativa.

Desde el año de 2005, Brasil ha implementado Prácticas Restaurativas en las escuelas con la filosofía de la Justicia Restaurativa en los municipios de Son Caetano del Sur-SP, Guarulhos-SP, en las ciudades de São José dos Campos-SP, Mato Grosso-MT, Minas Gerais-BH, Fortaleza-CE, Belén-PA, en la Capital de São Paulo y otras más.

En Porto Alegre en Rio Grande do Sul el Programa Justicia para el Siglo XXI capacitó en la primera fase de 2005 a 2006 seis Escuelas Estatales de Enseñanza Fundamental, en la segunda fase, en 2009 hizo sensibilización en 98 escuelas del Programa Escuela Abierta para la Ciudadanía y en 2010 más

37 escuelas fueron sensibilizadas con atenciones en cuatro Núcleos de Justicia Juvenil Restaurativa.

El diálogo norteado por valores de la Justicia Restaurativa (participación, respeto, honestidad, humildad, interconexão, responsabilidad, esperanza y empoderamento) que ocurren por necesidad y escoja voluntaria de los envueltos en un conflicto con la intención de notar un daño causado y restaurar una relación a partir de un proceso reflexivo capaz de impulsar transformaciones necesarias.

La Justicia Restaurativa ha tres pilares o conceptos céntricos que merecen atención especial y es en esos pilares que en los alicerçamos para prevenir y solucionar las cuestiones conflituosas del ambiente intraescolar: 1) daños y necesidades: muestra que hacer restablecimiento comienza en la preocupación con la víctima y sus necesidades; 2) obligaciones: significa que el ofensor debe comprender el daño que causó y asumir la responsabilidad de corregir la situación; 3) engajamento o participación: las partes afectadas y la comunidad necesitan recibir informaciones unos sobre los otros y envolver en la decisión de que es necesario para que se haga la resolución del conflicto (ZEHR, 2012).

Nuestros paradigmas de justicia son de origen de la Justicia Retributiva, sin embargo la Justicia Restaurativa aparece para transformar esta visión de Justicia. Según la Justicia Retributiva el crimen es una violación contra el Estado, definida por la desobediência a la ley y por la culpa. La Justicia determina la culpa e inflige dolor en el contexto de una disputa entre ofensor y

Estado, regida por reglas sistemáticas. En la Justicia Restaurativa el crimen es una violación de personas y relaciones.

El modelo de justicia que aprendemos a aplicar es de la punición contraria al modelo de la Justicia Restaurativa que conduce a la responsabilización, reparación del daño y transformación del conflicto.

La justicia retributiva envuelve tres preguntas: ¿Que ley fueron infrigidas? ¿Quién hizo eso? ¿Lo que merecen en intercambio? Esta es una cultura de punición.

La Justicia Restaurativa ha cinco principios balizadores: ¿Quién fue perjudicado? ¿Cuáles son sus necesidades? ¿Quién tiene obligación y quién es responsable por atender tales necesidades? ¿Quién tiene interés legítimo en la situación? ¿Que proceso conseguirá envolver los interesados a fin de encontrar una solución? Esta es una cultura restaurativa.

La reunión de Justicia Restaurativa es usada para tratar de incidentes serios de daños en la comunidad escolar. El proceso reúne las personas más afectadas por el daño o apenas, para hablar a respeto: 1) del que sucedió, 2) de como el incidente los afectó y de cómo reparar el daño hecho.

En caso de suspensión y transferencia de un alumno para otra escuela, somos sabedores que los alumnos con comportamiento más comprometido son constantemente suspensos y después transferidos para otra escuela, este tema preocupante de los autores de Justicia Restaurativa siguen la misma línea de

pensamiento que la punición solo traerá perjuicios para ellos propios, su familia, la comunidad escolar y para sociedad.

La transferencia para otra escuela, después de sucesivas suspensiones solo transfiere lo "problema" para otro lugar. El ideal es enfocar en las necesidades de esos alumnos y en la responsabilización de sus actitudes con las prácticas restaurativas. "Hay necesidad de la búsqueda de una cultura de la no-violencia, clavada en el respeto, en la dignidad del ser humano, en la comprensión de niños y adolescentes como sujetos de derechos y personas en desarrollo" (FERREIRA, 2010, p. 111).

En los días de hoy cuando un alumno practica una infracción él es punido, este es el paradigma punitivo, sin embargo en la Práctica Restaurativa este alumno será invitado para un diálogo y podrá hacer una reflexión sobre las causas que está en el origen de la infracción, responsabilizarse por el acto, no practicar otra vez y crear una solución para el caso.

Tras las Prácticas Restaurativas el Centro para Prevención de Violencia Escolar de Raleigh, Carolina del Norte, divulgó los siguientes hechos sobre los índices altos de suspensión escolar: 1. Están asociados la más pequeño aprovechamiento en lectura, escritura y matemáticas. 2. Presentan altos índices de jóvenes en régimen de privación de libertad. 3. La desigualdad racial de los individuos suspensos anda de manos dadas con la disparidade similar en las detenciones de infractores juveniles. En este Centro de la Carolina del Norte la pesquisa "Las pesquisas muestran que suspensiones y reglas duras no hicieron nuestras escuelas más seguras, ni las niñas más comportadas" (AMSTUTZ y MULLET, 2012, p. 70).

En las situaciones de bullying que enveredam por la hoja de ruta de la suspensión, reincidência y expulsión/transferencia para otra escuela; la filosofía, los valores, pilares y principios de la Justicia Restaurativa son el camino para la paz para la prevención, pacificación y resolución del bullying y otros conflictos en las escuelas.

En la pesquisa Violencias en las Escuelas de la UNESCO en Brasil fueron documentados diversos tipos de violencias, según los actores investigados alumnos, profesores, otros miembros de la comunidad escolar y padres. En los diversos procedimientos, se destacan las advertencias, suspensiones, transferencias/expulsiones, que dependen de la gravedad de la cuestión. (ABRAMOVAY; RUA, 2002: p. 79)

De entre las tres situaciones categorizadas el ítem uno corresponde las acciones del autor de bullying, "1. la violencia contra la persona, que puede ser expresada verbal o físicamente y que puede tomar la forma de amenazas, peleas, violencia sexual, coerção mediante el uso de armas". Justificando el alto índice del 48,68% de *bullying* en las escuelas brasileñas.

Destacamos un cuestionario con un abanico de medidas contra las violencias en las escuelas que fue presentando a los protagonistas y una de las sugerencias fue:

También se destaca la proposición de "diálogo entre alumnos, profesores y dirección" y "colaboración entre escuela y comunidad", esta principalmente entre profesores. Los datos presentados indican que 66% de los alumnos y 65%

del cuerpo técnico-pedagógico apuntaron el diálogo entre alumnos, padres, profesores y dirección como medida apropiada para el combate a la violencia en las escuelas. (ABRAMOVAY; RUA, 2002, p. 68 - 69)

De esta forma las Prácticas Restaurativas viene otra vez de encuentro a las proposiciones de la pesquisa de (Abramovay; Rua, 2002, p. 69) "Los estudiantes insisten en medidas preventivas de participación ampliada, basadas en la interacción de la familia con la escuela;"[...]

El diálogo fue calificado en los grupos focales con estudiantes como relaciones directas entre profesora, dirección y alumnos: (....) Ellos están sintiendo lo que la gente está haciendo aquí ahora: conversar sobre el asunto. Porque conversando la persona deja de pensar besteira, deja de querer hacer justicia con las propias manos. Es compartir los problemas. (ABRAMOVAY; RUA, 2002, p. 69)

Es un grito desde 2002, año de esta pesquisa que continúa aún en los días de hoy (2014) de querer hablar y ser escuchado, yendo de encuentro otra vez al estilo de facilitación de la Práctica Restaurativa en el encuentro de los envueltos..."se trabaja con la víctima y ofensor en separado y, después habiendo consentimiento para que continúe el proceso, sucede un encuentro o diálogo entre los dos" [...] (Zehr, 2012, p. 58).

Esta proposición de los alumnos, padres, profesores y cuerpo técnico-pedagógico es exactamente la propuesta de la filosofía de la Justicia Restaurativa, conforme su pionero (Howard Zehr, 2012, p. 76) "La Justicia Restaurativa es una invitación al diálogo, para que podamos apoyar uno en el

otro y aprender unos con los otros. Es un recordatorio de que estamos todos interconectados de hecho" para la construcción de la cultura de paz en las escuelas, familias, sociedad y naciones.

Generalmente las escuelas utilizan la conferencia y rueda de conversación, las cuales no oportunizam que el alumno tenga certeza que podrá hablar, algunos hablan por un tiempo largo, deter el poder del habla y produce en el otro una sensación de que está faltando algo, una gana de hablar fallida, pues les gustaría haber hablado, pero perdieron su oportunidad porque el tiempo acabó y otros, los timidos, tambien pierdem la oportunidad de hablar.

Esta sensación de (quedé sin hablar) no ocurre en los Círculos de Diálogo, pues todos los envueltos podrán oír y hablar; un objeto llamado "objeto de la palabra" va pasando de mano en mano para que todos tengan la oportunidad de ablar, uno de cada vez, en la orden en que están sentados (ZEHR, 2012, p. 62).

La **Conversa Restaurativa** puede ser usada en cualquier momento en sala de aula y en el patio al instante del recreo, por cualquer persona que tenga lenguage restaurativa.

Lo **Círculo de Profesores** puede ser usado en cualquier momento en la sala de los profesores, de la coordinación, para reuniones o reflejar tensiones entre los profesores, dirección, gestión y terceros.

Lo **Círculo de Sala de Aula** puede ser usado en cualquier momento en aula, cuando surjan tensiones, conflictos o problemas en las situaciones del cotidiano, por ejemplo: Incidente entre alumnos. Incidente entre profesor y alumno. Indisciplina. Exponer sentimientos y tensiones de evento externo, una

noticia perturbadora. Recibir un nuevo alumno. Conocer la turma nueva. Despedida. Conmemoración. Provocaciones de orden de comportamiento. Redacción del Regimento Interno Escolar con la participación de los alumnos. Envolver los alumnos en tópicos de discusión escogidos por ellos. Discutir artículos de periódico, eventos futuros, libros, tópicos controvertidos. Debatir una lección de casa, un trabajo,un vídeo, etc.

La práctica del **Círculo Restaurativo Comunitário** requiere un profesional capacitado el cual es denominado, Facilitador de Justicia Restaurativa. Es un encuentro voluntario entre el autor y el vítima del incidente, los apojadores de cada uno de ellos, los padres, y el Facilitador con el objetivo de conducir para reflejar lo conflicto por medio del las preguntas, reparar el daño construindo un acuerdo, y reconectar las relaciones (THORSBORNE y VINEGRAD, 2009, p. 116).

El Círculo Restaurativo Comunitário puede ser utilizado cuando se cometen infracciones graves o repetitivas ofrece una oportunidad para que agressor y vítima, los padres o responsables, los apoiadores invitados y la comunidad escolar se encuentren para conversar. Permite que ellos compartan sus relatos del sucedido, sus sentimientos a respeto, lo que es necesario para que las cosas se acierten, y evitar una situación semejante en el futuro (Amstutz; Mullet, 2012). “Es un encuentro para restaurar las relaciones sacudidas por un problema. Él evita que el conflicto permanezca entre los envueltos y gestiona más problemas en el futuro” (Nunes, 2011, p. 91). Proporcionan un espacio de relación de confianza entre los profesores y también un espacio donde los alumnos aprenden mutuamente con los desafíos y conquistas de los otros.

El Círculo Restaurativo Comunitário es el instrumento y las Prácticas Restaurativas son la metodología de la resolución no-violenta de conflictos y sucede en tres momentos:

1) Pre-Círculo: el primer momento es lo de hacer invitación a los envueltos explicar los procedimientos restaurativos.

2) Círculo: los participantes buscan la comprensión mutua, la autorresponsabilização por los actos cometidos y un acuerdo consensual de reparação de los daños personales y sociales.

3) Post-Círculo: momento final es de evaluación, donde se verifica si los acuerdos están siendo cumplidos y si el conflicto fue resuelto.

Este es uno de nuestros desafíos como educadores, de cambiar el complejo patrón de modelo punitivo y represivo para el modelo restaurativo. Nuestro niños, jóvenes y adolescentes envueltos en situaciones conflitivas de bullying, indisciplina y violencia pidieron para oírlos, debemos saber las necesidades de esos jóvenes y dar les la oportunidad de hablar. Esta es una fórmula no onerosa y de fácil aplicación para restablecimiento e integración de nuestros alumnos, en la valorización de ellos propio, para su medio y para su convivencia socio-escolar-familiar.

Para una buena convivencia, nosotros educadores tenemos necesidad de incluir y aplicar un currículo constante y rico en ética, rescatando principios básicos de moral, valores, buenos costumbres y ciudadanía; visando a la promoción del respeto, de cooperación, de solidaridad, de tolerancia entre los alumnos, de amor al próximo en las relaciones interpessoais en áreas familiar,

educacional y social. Formar ciudadanos con buen carácter, íntegros, honestos y éticos con la filosofía de la Justicia Restaurativa en la construcción de una escuela con paz y hacer de la escuela un lugar de querer estar y ser feliz.

PROPUESTA

Bullying, Indisciplina y Violencia: Prevención y Resolución con las Práticas Restaurativas.

REFERENCIA

ABRAMOVAY, M.; RUA, M. das G. *Violências nas escolas*. (resumo) Brasília: UNESCO no Brasil, 2002. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133967por.pdf>. **Acesso em 20 out. 2013.**

AMSTUTZ, L. S.; MULLET J. H. *Disciplina RESTAURATIVA PARA escolas: responsabilidade e ambientes de cuidado mútuo*, trad. Tônia van acker. Palas Atenas, São Paulo, 2012.

COLOROSO, B. *The bully, the bulied and the bystander*. Harper Collins Publishers New York, United States, 2008.

FANTE, C. *Cómo entender y detener el bullying y cyberbullying em la escuela: 112 preguntas y respuestas clave para profesores y padres*. Cooperativa Editorial Magisterio, Bogotá, Colombia, 2012.

FELIZARDO, A. R. *Bullying. O fenônemo cresce! Violência ou brincadeira*? Ed. Melo, Pinhais, Curitiba, 2011.

FELIZARDO, A. R. *Bullying: prevenção, intervenção e resolução com princípios da Justiça Restaurativa*. IBPEX, Curitiba, no prelo.

FERREIRA, L. A. M. *Temas de direito à educação*. Imprensa Oficial do Estado de são Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2010.

NUNES. A. O. *Como restaurar a paz nas escolas; um guia para educadores*. Contexto, São Paulo, 2011.

OLWEUS. D. *Bullying at school: What we know and what we can do? Blackwell. Oxford, Cambridge,* 1993.

Pranis, K. *Processos Circulares. Teoria e prática*. Ed. Palas Atenas. São Paulo, 2010.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

SEIXAS, S. R.. *Violência escolar: Metodologias de identificação dos alunos agressores e/ou vítimas.* Análise Psicológica, v.23 n. 2, p. 97-110, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v23n2/v23n2a03.pdf.>. Acesso em: 23 jul. 2013.

THORSBORNE, M. & Associates. Disponível em: <http://www.thorsborne.com.au>. Acesso em: 23 jul. 2013.

THORSBORNE, M.; Blood, P. *Implementing Restorative Pratices in Schools: a Practical Guide to Transforming School Communities*. Jessica Kingsley Publishers. London, UK and Philadelphia, USA, (2013).

TOGNETTA, L.R.P. *Bullying: de onde vêm a violência que assola a escola?* In: GARCIA, Agnaldo (org.) Relacionamento interpessoal. Vitória: Associação Brasileira de Pesquisa do Relacionamento Interpessoal – ABPRI, 2010, p.87-97.

ZEHR, H. *Justiça* Restaurativa. *Teoria e prática.* Palas Atenas. São Paulo, 2012.

---

[i] *Se autoriza a las autoridades de la Asociación Latinoamericana de N A y F la publicación del presente trabajo.*

TEMA: ¿LA VISIÓN QUE TIENE CADA DOCENTE ACERCA DE LA INFANCIA INFLUYE COMO HERRAMIENTO POSITIVA PARA COMBATIR EL MALTRATO INFANTIL?

COMISIÓN ELEGIDA:

COMISIÓN IV. DERECHOS HUMANOS, MALTRATO INFANTIL, ALIENACIÓN PARENTAL Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

NOMBRE: KOZUR STELLA MARIS

DIRECCIÓN: AVDA. JULIO ARGENTINO ROCA NRO. 1148

CIUDAD DE SAN LUIS- SAN LUIS- ARGENTINA
C.P. 5700

TELÉFONOS: FIJO 4-434057
CELULAR 2664-897929

EMAIL: stellakozur@gmail.com.ar
smkozur@giajsanluis.gov.ar

SINTESIS DE LA PROPUESTA:

El objetivo de esta propuesta en primer lugar es acabar con el silencio y la indiferencia que padecen nuestros chicos, es hablar en voz alta del "dolor invisible de la infancia".

Y precisamente hablándolo, gritándolo es una forma de empezar, y proponer que sea en la escuela, en la clase, en el recreo, en las reuniones de padres, implantando en todo momento que la violencia infantil debe acabar, para que cada niño deje de fabricar escondites, deje de ser invisible y se muestre a los ojos de los adultos tal como es. Mi propuesta es que cada docente sea el productor de sus propias campañas publicitarias contra la violencia. Que esa campaña la instale en su clase en forma permanente y cotidiana, que deje de ser un tabú.

Por eso nuestro aporte como docentes no debe limitarse a impedir malos tratos y abusos a nuestros alumnos, sino que debemos comprometernos ética, moral y jurídicamente a respetar y hacer valor los derechos de los niños y adolescentes. Y fundamentalmente partiendo de que los niños, niñas y

adolescentes son sujetos de derecho, que se encuentran en desarrollo, con necesidades específicas y no objetos de posesión.

Educar es enseñar, informar, formar, es preocuparse por la integridad de la infancia y de la adolescencia y también velar por sus necesidades básicas.

Mi propuesta se resume en trabajar desde las escuelas con la prevención de la violencia a partir de la promoción de competencias sociales implicadas en el ejercicio de los derechos del niño, niña o adolescente.

¿LA VISIÓN QUE TIENE CADA DOCENTE ACERCA DE LA INFANCIA INFLUYE COMO HERRAMIENTO POSITIVA PARA COMBATIR EL MALTRATO INFANTIL?

INTRODUCCIÓN

Cuando me puse a pensar que podía aportar humildemente para las Jornadas a desarrollarse, pensé y pensé. Y sin duda me vino a la mente imágenes de niños sufriendo, las lágrimas de los pibes maltratados, los moretones y marcas que no solo le quedan en el cuerpo sino también en el alma. Entonces busque relacionar violencia, derecho y educación. El solo hecho de pensar en el tema

y hacer que otros lo piensen es mi aporte para lograr un mundo más feliz para nuestros hijos y para nosotros mismos. Además escribir sobre los niños y adolescentes es un ejercicio de poner palabras a sus miradas, a sus silencios, a sus lágrimas, a sus juegos, alegrías y satisfacciones. Hoy más que nunca nos toca poner a prueba nuestra sensibilidad por los niños, confiando en ellos y apostando a la renovación de un mundo que los adultos no llegamos a imaginar. Y esta sensibilidad es ni más ni menos que sensibilidad por el mundo donde todos vivimos, niños, jóvenes, adultos, que sin duda es un mundo que se encuentran en permanente y acelerado cambio.

Pero escribir sobre y para los niños y jóvenes puede ser también un ejercicio que permita poner palabras para el diálogo intergeneracional. Necesario para poder pensar la educación y el derecho. Y si vamos a hablar de la violencia infantil, el maltrato infantil, la violencia escolar o la violencia en la escuela, no podemos meter en un callejón sin salida. Son tantos los factores, las causas, los motivos, los casos, que no me alcanzaría la vida de una persona para poder analizarlos. Mi aporte solo se centrará en buscar la relación de que existe entre los cambios de paradigmas de la concepción de la infancia y la convivencia escolar como herramienta útil para erradicar el maltrato infantil. En definitiva es preguntarnos si la visión que tiene cada docente de la infancia influye en la convivencia pacífica en el aula, influye como factor positivo para los casos de maltrato infantil.

FUNDAMENTACIÓN

Para comenzar es necesario aclarar, que en nuestras casas, familias, escuelas, en la sociedad 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.

Estos enfoques trascienden el ámbito de lo jurídico e influyen las relaciones adulto/niño o joven en cada espacio social en el que interactúen. Generalmente al referirse al niño, adolescente o joven como "menor" precisamente se pone el énfasis a su condición de minoría de edad, se pone el énfasis a un estado de transito respeto de un grado de desarrollo pleno que se logra con la adultez. Lo que importa es lo que le hace falta al niño 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 como OBJETO DE PROTECCIÓN. Había una suerte de deslizamiento de sentido de la noción de inmadurez hacia la idea de incompletud.

Si la familia, el docente o la escuela toma a los niños así, lo tratan como menores que no están en condiciones de tomar decisiones autónomas, y hay que definirles todo lo que les conviene, hasta que alcancen la madurez. Es decir hoy enseño, obedezco hago caso y en el futuro participo autónomamente. Para este paradigma es buen hijo/alumno quien permanece obediente, quieto, en silencio y a acata todas las consignas sin cuestionarlas.

En el ámbito escolar el paradigma tutelar supone estrategias pedagógicas que enfatizan el control e inhiban la creatividad y la toma de decisiones. Es decir alumnos dóciles. Porque 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 cronometro diga que es adulto. No antes.

En cambio el enfoque de la protección integral rescata la idea de niños, adolescentes y jóvenes como sujetos, sujetos en crecimiento, quienes lejos de verse privados de derechos, tienen aún más derechos especiales por su

condición de seres en formación. Para este paradigma, según lo define la Convención sobre los derechos del Niño, el niño es un ser humano completo, que si bien precisa la protección del adulto porque es más vulnerable, 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 dialogo, donde el adulto guía al niño, escuchando sus necesidades, buscando puntos de consenso, impulsando la toma de decisiones con autonomía y por ende tiende a la toma de conciencia y la asunción de responsabilidades por parte del niño, adolescente o joven. La función tutorial, desde un enfoque de protección integral, puede constituir un ámbito propicio para trabajar con los alumnos y las alumnas 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.

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.

En nuestro país, algunos ejemplos de adecuar políticas públicas dentro de esta concepción del desarrollo integral del menor son:

La ley 26.061, que se aprobó en el año 2005, denominada ley de Protección Integral de los Derechos del niño, niña adolescente, como así también la reciente ley 26743, llamada de Identidad de Género, aprobada en el año 2012.

Y de suma importancia para nosotros los docentes la ley 26.206 llamada de Educación Nacional que en su **ARTICULO 82.** — Las autoridades educativas competentes participarán del desarrollo de sistemas locales de protección integral de derechos establecidos por la Ley Nº 26.061, junto con la participación de organismos gubernamentales y no gubernamentales y otras organizaciones sociales. Promoverán la inclusión de niños/as no escolarizados/as en espacios escolares no formales como tránsito hacia procesos de reinserción escolar plenos. Asimismo, participarán de las acciones preventivas para la erradicación efectiva del trabajo infantil que implementen los organismos competentes"

Pero lo complicado y complejo es que ambas visiones coexisten en la sociedad y, por ende, inciden en las prácticas de todas las instituciones que albergan a niños y jóvenes como es el caso de las escuelas. Y la manera en que concibamos a los niños determinará en gran medida la forma en que nos relacionaremos con ellos. Y como dato significativo es que la mayoría de los docentes nos deslizamos en uno u otro paradigma sin saberlo siquiera que existen. Inconscientemente tratamos a nuestros alumnos como nuestros objetos más preciados, los agrupamos para protegerlos, los separamos para que no se contagien de las malas influencias, los hacemos estudiar de memoria o en cambio los tratamos como personas, que esperamos que reaccionen, que se enojen, que lloren, que puedan crear su futuro, que ese futuro no le sea impuesto, que puedan participar, reflexionar, criticar.

La Convención sobre los derechos del Niño enuncia un conjunto de derechos que corresponden a los niños, niñas y jóvenes de todo el mundo. Se desarrolla en dicha Convención la llamada doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia, reconociendo a estos como portadores de derechos y no como

objeto de protección de los adultos. Es reconocer la condición de persona como sujeto de derecho a más del cincuenta por ciento de la humanidad.

Nuestro país en el año 1990 se suscribe a la convención y en e l año 1994 es incorporada en nuestra Constitución Nacional.

Esto represento un avance legal y conceptual significativo, ya que implico que los niños se reconociesen a nivel constitucional como personas con derechos extraordinarios, así como impuso el tema de las situaciones de vulnerabilidad social de la niñez como cuestiones de estado. Es decir, en todos los ámbitos del estado (judicial, ejecutivo, legislativo) se debe velar por garantizar esos derechos especiales. Cabe destacar que otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales y en especial la Convención de los derechos de los niños trae aparejado la aceptación de la competencia de los tribunales internacionales y la responsabilidad internacional del estado ante una violación a estos derechos.

En tal sentido los derechos humanos no son pensados en la actualidad tan sólo como un límite a la opresión y al despotismo, sino también como un programa q ue pueda guiar u orientar las políticas públicas de los estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas.

Aclarada entonces la existencia de estos dos paradigmas, nos quedaría establecer si ambos paradigmas influyen en el ámbito escolar.

Debemos aclarar que el maltrato infantil se puede dar dentro del seno de la familia, donde en general son los propios integrantes de dicha familia que se convierten en victimarios. Pero el maltrato infantil o la violencia hacia el infante se puede dar en ámbitos ajenos al contexto familiar. Y entonces en esos casos podemos hablar de la violencia escolar, como aquella situación violenta que se produce en el marco de los vínculos propios de la comunidad educativa, en el

ejercicio por parte de los actores de los roles que allí tienen. O podemos hablar de la violencia en la escuela, donde solo la escuela es un escenario.

En cualquiera de estas situaciones es fundamental el aporte del docente. Es fundamental su posicionamiento.

Y sin duda el maestro, el profesor el docente debe empezar a tomar a esos niños o adolescentes como sujetos de derechos y no como objetos de protección. Y además de los conocimientos y valores que se le deben enseñar el docente debería procurar la enseñanza de competencias sociales. Cuantas más competencias sociales adquiera el niño la violencia irá disminuyendo.

Y la enseñanza de esas competencias sociales esta al alcance del docente primordialmente. Y en este punto transcribo lo dicho por Julio Cesar Labaké: "En la noción de que el incremento de la libertad conlleva riesgos que pueden atentar contra el orden, subyace un antiguo concepto sobre la convivencia expresado en la idea de que "mi libertad termina donde empieza la del otro". Muchas veces cuando intentamos poner límites o zanjar un conflicto, se lo explicamos así a los chicos. Para trabajar en la formación para la convivencia es indispensable incorporar dos conceptos. El primero es que el Hombre es ese ser que es con los otros, ser con los otros es una parte esencial de su ser persona, nadie llega a ser persona sin los otros. Si queremos educar para la convivencia tenemos que abandonar la idea de que mi libertad termina con la del otro, eso es tan elemental que es la misma libertad que vive el animal; es suficiente para establecer un código en el derecho pero no para aprender a vivir y a ser felices juntos. La libertad debe ser descubierta en lo que hoy reclama la realidad; si hemos descubierto que la persona es ese ser que es con los otros, tenemos que descubrir que la libertad comienza con la presencia de los otros. Lo contrario, si yo imagino que mi libertad es una totalidad que yo tengo, y el

otro aparece para limitarla, de entrada el otro ya es un obstáculo para mí; yo tendría más libertad si el otro no está, cuando en la realidad es lo contrario. Evidentemente no podemos seguir con ese criterio elemental. El otro que me aparece como persona, ser que ama y necesita ser amado, ser sacado de su soledad, que necesita ser comprendido, ese otro que me invita a incorporarlo en su vida, es el que me hace libre de mi egocentrismo y mi egotismo y ahí comienzo a ser libre, libre porque me hago capaz de convivir en el amor".

PROPUESTA : Que los docentes a través de capacitaciones, talleres y cursos incorporen como requisito para la paz y convivencia escolar la necesidad de enseñar competencias sociales a los niños, niñas y adolescentes tales como: **1.-Reconocimiento y valoración de las normas, de la libertad y de los derechos**. **2.-Aprecio por el sentido de la justicia**. **3.-Entrenamiento para pensar críticamente**. **4.-Evaluar opciones al tomar decisiones. 5.-Expresarse con palabras sus necesidades**. **6.-Estar en condiciones de comprender y aceptar puntos de vista diferente del propio. 7.- Crear contextos de reflexión 8.-Terminar con las cadenas de negaciones y anestesias**. **9. Educar y aprender participativa y democráticamente real y no formal. 10.- Promover empatía, reconocer distintos pero cercanos. 11.-promover la pertenencia al grupo. 12.-Fortalecer el vinculo de confianza con los adultos.**

En conclusión, a los niños debemos educarlos como sujetos de derechos, esto implica darles lenguaje para que puedan expresar sus ideas y emociones, para que puedan hacerse responsables de sus actos, escuchar al otro, empatizar con el otro y valorar la justicia.

Cada docente de acuerdo al paradigma que ejerza determinará la manera de relacionarse con sus alumnos, pero sin duda que si se posiciona en el paradigma tutelar, será muy difícil lograr que la convivencia escolar sea pacifica.

"Las aulas no son una carnicería cotidiana. Hay muchos espacios de contención y de comunicación basados en el derecho a la ternura, en la promoción y el acompañamiento del aprendizaje, en la socialización y la convivencia. ""Violencia y escuela" Propuestas para comprender y actuar. Aique Nuevos escenararios. Daniel Prieto Castillo, pág. 24

BIBLIOGRAFIA

MÍGUEZ, Daniel, Violencia y conflictos en las escuelas, Paídos Tramas sociales 46.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN-PRESINDENCIA DE LA NACIÓN- CATEDRA ABIERTA-CICLO DE CONFERENCIAS. APORTES PARA PENSAR LA VIOLENCIA EN LAS ESCUELAS

MINISTERIO DE EDUCACIÓN-PRESINDENCIA DE LA NACIÓN – CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA EN LAS ESCUELAS- La convivencia en la escuela- Recursos y orientaciones para el trabajo en el aula.

UNICEF Por qué, cuándo y cómo intervenir desde la escuela ante el maltrato a la infancia y la adolescencia- Guía Conceptual.

COLOMBO, Graciela Beatriz, Violencia escolar y convivencia escolar: descubriendo estrategias en la vida cotidiana escolar- Revista Argentina de sociología, vol 8-9, número 15-16, 2011 www.redalyc.org

G. Averbuj, L Bozzalla, y otros compiladores, Violencia y escuela. Propuestas para comprender y actuar.Editorial Aique

FINOCCHIO, Silvia, "Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes" Capítulo 10, Las niñas, los niños y adolescentes y el derecho humano de la educación.

VERNIERI, María Julia. Violencia escolar ¿Se pude hacer algo? Editorial Bonum- edición 2010

MINISTERIO DE EDUCACIÓN- PRESIDENCIA DE LA NACIÓN. PROGRAMA NACIONAL POR LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA "Maltrato infantil-orientaciones para actuar desde la escuela"

CONSEJO GENERAL DE EDUCACIÓN-GOBIERNO DE ENTRE RIOS- ENREDARSE, PROGRAMA PARA LA CONVIVENCIA EDUCATIVA- CUADERNILLO PRACTICO NRO. 1

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

ALAMFPyONAF

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA NATAL BRASIL

12 al 14 de Noviembre de 2014

www.alatinoamericana-naf.com

COMISION 1 Derechos humanos de niños, niñas, adolescentes y familias en situación de vulnerabilidad: políticas públicas, legislativas y programas

Se abordaron los siguientes temas: La persona humana y las relaciones de familia, suicidio adolescente, delitos contra la integridad sexual de la mujer y violencia de género; adicciones, adopciones, embarazo adolescente, medidas de protección y legislación integral de niñez y adolescencia y la recomendación de estudios de prospectivas en materia NAF en vinculación las temáticas anteriores.

Recomienda:

1. **Desarrollar programas de prevención especifica en cada uno de los temas tratados en base al modelo multidimensional (que reconoce la existencia de factores predisponentes y desencadenantes macrosociales, microsociales e individuales) trabajando intersectorialmente la prevención específica.**
2. **Abordar la prevención inespecífica a través de la difusión los siguientes ejes: derechos de niños/as y adolescentes, conocimiento y prevención de conductas de riesgos y detección temprana de personas en situación de vulnerabilidad por estar involucrada en alguna de las problemáticas trabajadas.**
3. **-Desarrollar la visión sobre estas problemáticas de niños/as, adolescentes y Familias a fin de contar con políticas de Estado a largo plazo, objetivos estratégicos, objetivos de cumplimiento a corto plazo con el objetivo de monitorear si se alcanzan las metas propuestas.**
4. **Informar y capacitar en competencias y habilidades personales a todos los operadores niñez, adolescencia y familia sobre las temáticas**

abordadas, con énfasis en la mirada de la Salud como un derecho humano que debe satisfacerse en todo momento no solo en caso de enfermedad involucrando a todos los actores responsables, brindando información científica, objetiva, precisa libre de prejuicios y preconceptos.

5. **Crear redes regionales entre los tres poderes del Estado, ONG, OSC, Universidades y la sociedad civil, diseñando Protocolos de actuación ante situación de vulneración vinculadas con las problemáticas tratadas para dar efectividad al tratamiento de las mismas.**
6. **Territorializar los servicios, diseñar, planificar e implementar programas y proyectos con máxima participación las familias en toma de decisiones colectivas. Revisando las practicas y condiciones de alojamiento de niñas, niños y adolescentes en ámbitos de cuidados alternativos residenciales.**
7. **Asignar recursos para la implementación de programas a corto y/o largo plazo para efectivizar los derechos de niños/as y jóvenes como tarea de todos los actores sociales , con articulación del trabajo de los protagonistas del Sistema de Protección ((Salud, Educación, Cultura, Recreación, Deportes, Justicia)**
8. **Diseñar y abordar una agenda regional, situada partiendo de legislación, practicas, doctrina y jurisprudencia latinoamericana tendiente al abordaje de las diferentes temáticas tratadas en la comisión.**

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

ALAMFPyONAF

V I CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA

COMISION 2: Derechos humanos, familia, niñez, adolescencia y justicia.

Recomienda:

1. **Que en materia de representación de incapaces, se suspenda excepcionalmente del ejercicio de la autoridad parental a los progenitores con padecimientos mentales. En este sentido, se observa como auspicioso el tránsito de la patria potestad a la responsabilidad parental en adolescentes padres a fin de tener en cuenta la opinión de éstos en función de la capacidad progresiva y la autonomía de la voluntad.**
2. **Que en materia de delitos contra la integridad sexual, la celeridad de las intervenciones asistenciales y jurídicas posibilite el restablecimiento de los derechos vulnerados y la no vulneración de otros, como el derecho alimentario, expidiendo el juez un certificado de deuda alimentaria que permita a la víctima percibir los beneficios sociales que puedan corresponder.**
3. **Que se garantice la tutela judicial efectiva de niños, niñas y adolescentes que comprende el derecho de acceso a la justicia, a contar con defensa letrada, a ofrecer prueba y a obtener una sentencia fundada en derecho en un plazo razonable, es decir, un debido proceso en el que sean considerados partes del**
4. **Que la aplicación de la figura del abogado del niño compatible con el paradigma del niño como sujeto de derechos y capacidad progresiva para su ejercicio, requiere: a) regulación de su capacidad procesal, b) procedimientos fundados en la oralidad, la inmediatez y la interdisciplina; c) políticas y programas públicos que promocionen la figura para que llegue a conocimiento del niño su existencia y que organicen la oferta de servicios de asistencia letrada y patrocinio gratuito. Para la efectividad de la defensa técnica, debe ser una labor remunerada por el niño, los padres o el Estado, según las circunstancias.**
5. **Que en la fijación de la razonabilidad del plazo debe tenerse especial consideración que se trata de un concepto abierto e indeterminado, con pautas de interpretación: complejidad de la cuestión, actividad procesal de la parte interesada y conducta de las autoridades judiciales. El Asesor de Menores constituye una herramienta esencial para contrarrestar la**

vulnerabilidad del niño o enfermo mental por el transcurso de un plazo excesivamente irrazonable.

6. **Que se prevea el ejercicio de acciones colectivas a fin de restaurar el goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en función del principio de máxima exigibilidad e interés superior. En cuanto a la legitimación activa, debe requerirse la configuración de un interés razonable en la promoción de acciones colectivas vinculadas con estos derechos.**
7. **Que a los fines de resguardar el derecho a la identidad en la adopción, se derogue la irrevocabilidad de la adopción plena y se establezca la obligatoriedad hacia los padres adoptantes de hacer conocer la realidad biológica del adoptado, debiendo el juez citarlos dentro de un plazo preestablecido a una audiencia en la que conste que se ha cumplido con este compromiso.**

8. **A los fines de resguardar el Derecho a la identidad, deberán propiciarse programas educativos para padres adoptivos por parte de Equipos Interdisciplinarios especialistas, a los fines de comprender e internalizar los modos de decir a sus hijos su origen y comprender la importancia de trasmitir esta verdad biológica.**
9. **Que se tienda a regular sobre el cambio de nombre, en forma más flexible, permitiendo acompañar la evolución de la personalidad de niños, niñas y adolescentes y las vicisitudes relacionadas con la construcción de su propia identidad.**
10. **Que se contemple la desigualdad que se genera entre los niños nacidos mediante Técnica de Reproducción Asistida (TRA) y los niños adoptados –con relación al derecho a conocer sus orígenes- y le legisle para posibilitar herramientas para que una vez alcanzada su madurez y en función de su capacidad progresiva, puedan acceder a conocer su realidad biológica.**
11. **Que se legisle para la admisión de una acción de conocimiento de identidad biológica al solo efecto de proporcionar información genética al niño concebido a través de las TRA, en aras de la protección de otros derechos, como el derecho a conocer la historia genética familiar y en función de la capacidad progresiva del niño y/o adolescente que lo solicite.**

12. **Que se respeten los derechos y garantías de niños/as y adolescentes y que se alcance por igual a todos ellos, con independencia de su edad y de las diferentes modalidades de ejercicio.**
13. **Que se respete el derecho humano del niño desde su nacimiento a mantener contacto y comunicación regular con sus abuelos y a ejercer, las acciones conducentes a hacer efectivo ese derecho. El contacto con sus abuelos debe ser la regla y no la excepción, por ello, pesará sobre quien alegue peligro o inconveniencia de ese contacto la prueba de los hechos reveladores de tales circunstancias.**
14. **En los supuestos en que existan fundadas sospechas de intereses contrapuestos entre el niño/a o adolescente y sus padres ante un reclamo judicial promovido por los abuelos, el Juez deberá**
15. **Los Estados Latinoamericanos, deberán arbitrar las medidas necesarias que los procedimientos judiciales en materia de niñez, adolescencia y Familia, respeten los principios de Oficiosidad, Celeridad y Economía procesal a fin de lograr el respeto pleno de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, en forma rápida y eficaz, contando con un Equipo Interdisciplinario que permitan tener una visión integral del problema humano.**

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

ALAMFPyONAF

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA

COMISION 3 Derechos Humanos de Niños y Adolescentes Infractores: Sociedad, Estado y Justicia

Recomendaciones generales

1. **Que los Estados Latinoamericanos en materia penal y procesal juvenil adecuen su normativa interna a los estándares emergentes de los instrumentos internacionales que conforman el Corpus Iuris para niños-niñas y adolescentes consagrado por la C.I.D.H. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) en el informe sobre Derecho Penal Juvenil en las Américas del año 2011.-**

2. **Que en los países de Latinoamérica que tengan establecida una edad de punibilidad penal diferenciada, no se permita la reducción de esa edad instituida, en ulteriores reformas legislativas por ser contrario a la normativa internacional plasmada como estándares internacionales detallados en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2011 que consagra el principio de no regresividad, de aplicación obligatoria para los países de América Latina que conforman la OEA y ONU,.**

3. **Que los niños y niñas no punibles en supuesto conflicto con la ley penal no sean sometidos a proceso penal judicial, quedando a salvo la facultad del niño y niña a ejercer el derecho de defensa en los procesos administrativos y en la investigación del hecho que cada Estado disponga según su legislación procesal.**

4. **Que las medidas socio-educativas respecto de niños y niñas no punibles en conflicto con la ley penal sean adoptadas por órganos responsables con profesionales especializados y con el debido y efectivo control judicial, garantizando el efectivo derecho de acceso a**

la justicia de todos los niños y niñas con derechos vulnerados o que hayan vulnerado derechos de terceros conforme las *"Reglas de Brasilia"* consagradas y ratificadas por los Tribunales Superiores de los Poderes Judiciales de América Latina .-

5. **Que en las legislaciones internas los Estados Latinoamericanos incorporen normas que contemplen mecanismos de justicia restaurativa para restablecer la armonía social desestabilizada por el conflicto penal, con una mirada socio construccionista y psicosocial que introduzca también cambios sustanciales en las políticas de infancia y adolescencia que contemple al joven en su integralidad.-**

6. **Que en las legislaciones internas los Estados Latinoamericanos se incorporen normas de procedimiento que garanticen a los niños y niñas víctimas y testigos el derecho para no ser revictimizados.**

7. **Se dicten normas procedimentales que establezcan derechos prevalentes de niños, niñas testigos y victimas de delito que protejan efectivamente el derecho de las victimas a ser protegidas por el Estado.-**

8. **Que las legislaciones internas de los Estados Latinoamericanos incorporen normas, procedimientos y órganos judiciales y administrativos específicos y con probada especialización en niñez y adolescencia para el juzgamiento y la atención social de los niños niña y adolescente en conflicto con la ley penal.-**

9. **Que las legislaciones internas de los Estados Latinoamericanos prioricen presupuestariamente la creación de programas socioeducativos inclusivos para niños y niñas vulnerados en sus derechos, para infractores a la ley penal sin perjuicio de su no punibilidad y para su padres, a los fines de lograr la defensa de sus derechos en forma integral y evitar la reiteración de hechos que perjudican a los mismos y a la sociedad en general.-**

10. **Que cuando sea solicitada la Suspensión de Juicio a prueba, *"Probation"* en los casos que sea procedente conforme la legislación nacional, se acuerde la misma independientemente del delito que se imputa y el monto de la pena cuando el imputado sea menor de 18 años, o la establecida según el Régimen legal teniendo en cuenta los principios que emergen de los instrumentos internacionales, la legislación nacional interna y las normas vigentes en algunas regiones o estados provinciales (Convención Internacional de los Derechos del Niño, artículos 3, 37, 40 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Reglas de Beijing, artículos 26, 27, 76 bis, 76 ter y cc. del Código Penal, artículos 5, 26, 30 c.p.p. 119, 150, 151 y cc, ley 6.354 de la Provincia de Mendoza Argentina.**

11. **Que respecto de los jóvenes sometidos a regímenes especiales, menores de 18 años, cuando se cumplan los requisitos legales previstos para la Suspensión del Juicio a Prueba de buena conducta, *"Probation"* sea interpretado a la luz de las convenciones internacionales referidas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la legislación nacional vigente, se otorgue el beneficio aun en los casos de delitos contra la integridad sexual por ser normas de valoración prevalente, teniendo en cuenta lo previsto por la Convención de Belén do Pará.-**

12. **Que en estos casos se garantice a través de programas o equipos técnicos el seguimiento efectivo y eficaz de su conducta y el cumplimiento de las normas establecidas en el auto de concesión del beneficio de Suspensión de Juicio a prueba de buena conducta.-**

<u>Recomendaciones regionales especificas:</u>

13. **Que en la República Argentina no se reduzca la edad de punibilidad manteniéndose el límite de 16 años de edad, conforme el principio de no regresividad, consagrado en los estándares internacionales**

detallados en el informe de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos del año 2011.-

14. **Que en la República Argentina se incorpore a la legislación interna una norma expresa que disponga que en materia penal juvenil el tiempo que debe transcurrir para que opere la prescripción de la acción penal es el que resulta de aplicar la escala reducida que prevé el art. 44 del Código Penal Argentino.**

15. **Que en la legislación especial procesal de la provincia de Mendoza en la República Argentina (ley 6354) se establezca que el órgano judicial competente previo a resolver sobre una medida de carácter proteccional de vista o traslado de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal y a la Defensa del o la adolescente.-**

.

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

ALAMFPyONAF

VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA

www.alatinoamericana-naf.com

Comisión 4 : Derechos humanos, violencia de género familiar maltrato infantil Alineación parental

Recomienda:

1.- La sanción como delito o la modificación legislativa de los países latinoamericanos que ya tengan previsto el "impedimento de contacto con el padre no conviviente", en el sentido de sancionar al padre, madre o tercero que ilegalmente impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, debido a que la obligación de permitir el contacto es un deber legal y -un derecho humano de los niños o niñas a una adecuada comunicación con el progenitor/a no conviviente, proponiendo que se agrave la pena privativa de la libertad y se agregue la de multa.

2.- Crear organismos para la detección y el seguimiento de situaciones familiares donde se obstruya o impida el contacto del niño con ambos progenitores con el objeto de brindar una protección psicológica a las partes y lograr el restablecimiento del vínculo.

3.- Realizar trabajos interdisciplinarios e interinstitucionales para prevenir o hacer cesar la situación de obstrucción de contacto con el padre no conviviente.

4.- Compromiso moral y jurídico de priorizar ante cualquier situación, resolución o medida los derechos humanos de los niños y niñas, consagrados en los instrumentos internacionales.

6.- Implementar prácticas restaurativas en las escuelas, para evitar el bullying ó Violencia escolar.

7.- Que la legislación procedimental o de forma incorpore un Capítulo donde contemple el monitoreo de las causas judiciales en los procesos de violencia familiar con un modelo de seguimiento y control especializado, eficaz y cierto.

8.- Que se evalué en forma uniforme a los procesados y/o condenados por delito contra la integridad sexual utilizando el Manual SVR20 adaptado a la población latinoamericana el que nos ayuda a predecir la violencia.

9.- Se apliquen Programas científicamente diseñados a los fines de prevenir la violencia y reiteración de delitos contra la integridad sexual, de acuerdo a los perfiles y a las necesidades de los privados de libertad por delitos contra la Integridad Sexual

10.- Se capacite a los profesionales y técnicos que conforman el Organismo Técnico Criminológico (OTC) y/o los equipos técnicos de prisiones, peritos forenses en la evaluación de los procesados y / o condenados por delito contra la integridad Sexual en instrumentos científicamente validados..