

Temas claves en materia de

Protección y Promoción de Derechos

de niños, niñas y adolescentes
en la Provincia de Buenos Aires



Temas claves en materia de

Protección y Promoción de Derechos de niños, niñas y adolescentes

en la Provincia de Buenos Aires



Temas claves en materia de

Protección y Promoción de Derechos de niños, niñas y adolescentes

en la Provincia de Buenos Aires

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
La presente publicación se pudo desarrollar gracias a los aportes
de la oficina regional de UNICEF para América Latina y el Caribe
y la oficina de UNICEF en Argentina.

Responsable Técnica de UNICEF
Dra. Gimol Pinto, Especialista en Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

Responsable Técnico del Instituto de Estudios Judiciales
(Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires)
Dr. Pablo Perel, Prosecretario de la Suprema Corte de Justicia
de la Provincia de Buenos Aires

Consultora Coordinadora del Proyecto
Dra. Marisa Herrera

Coordinación Editorial
Área de Comunicación. UNICEF oficina de Argentina

Diseño
Pablo Salomone

Edición
Laura Efrón

ISBN
XXXXXXXXXXXXXXXX



Índice

Prólogopág. 7

Primera sección

La doctrina internacional de los derechos humanos como marco y contexto del Sistema de Protección y Promoción de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Provincia de Buenos Aires

Los principios desde el principio
Carolina Fernández Blancopág. 12

Estándares internacionales en Justicia Penal Juvenil
Alejandro Morlachettipág. 28

De niños y penas. Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires
Ernesto Eduardo Domenech, María José Lescano e Inés Jaureguiberrypág. 50

Segunda sección

El Sistema de Protección y Promoción de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en la Provincia de Buenos Aires y la articulación entre los órganos administrativos y el Sistema Judicial de Familia

Incidencia del Sistema Legal de Protección de los Derechos del Niño en el derecho de familia. Panorama constitucional, civil y procesal de las cuestiones más relevantes
Dolores Loyartepág. 64

El Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y el fuero de familia de la Pcia. de Bs. As.
Silvia Chavanneaupág. 92

Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el Sistema Judicial
María Victoria Pellegrinipág. 112

Las medidas de protección de derechos en el Sistema de Protección de la Provincia de Buenos Aires. Cuestiones procedimentales
Marisol Burgués y Marisa Herrerapág. 138

Tercera sección

El Sistema de Justicia Juvenil en la Provincia de Buenos Aires

Situación de los adolescentes en el Sistema Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires desde la perspectiva de los datos
Ana Laura López y Silvia Guemuremanpág. 166

Nueva organización judicial y puesta en funcionamiento del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Articulación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial
Flavia Valgiustipág. 196

Sobre el debido proceso y nuevos actores procesales (Ley 13.634)
Eduardo A. d'Empairepág. 216

Medidas cautelares y alternativas a la privación de la libertad en el régimen penal juvenil de la Ley 13.634
Diego Freedmanpág. 234

El Cuerpo Técnico Auxiliar en el fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil. Conversaciones entre el mundo socio-psico-biológico y el mundo jurídico
María Luz Brunopág. 256

Anexo: Jurisprudencia

Síntesis jurisprudencial sobre derechos de niños y adolescentes (fuero de familia) de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales inferiores de la Provincia de Buenos Aires
Marisa Herrerapág. 278

Síntesis jurisprudencial penal sobre derechos de niños y adolescentes de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales inferiores de la Provincia de Buenos Aires
Gimol Pinto y Martiniano Terragnipág. 304

Prólogo

El Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y UNICEF Argentina se complacen en presentar esta publicación colectiva, fruto de una alianza forjada en el año 2008 y que continúa en 2010, año en el que se cumplen 21 años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicha alianza tiene por objeto llevar adelante una capacitación regional de actualización normativa y jurisprudencial sobre los derechos de la niñez y la adolescencia destinada a los operadores del sistema de justicia de la Provincia de Buenos Aires.

De este modo, el Instituto de Estudios Judiciales y UNICEF han generado diferentes espacios de debate e intercambio de ideas entre docentes y operadores del sistema de justicia, con el objeto de profundizar sobre los aportes y disyuntivas que plantea el Sistema de Protección y Promoción Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes locales, auspiciado por la Ley 13.298, su Decreto 300/2005 y las leyes 13.634, 13.645 y sus modificatorias. Para tal fin, se han realizado diversos seminarios de capacitación en diferentes departamentos judiciales, como Bahía Blanca, Lomas de Zamora, Mar del Plata, Pergamino, San Isidro, San Martín, San Nicolás y Zárate-Campana.

En este marco, los docentes que han participado de esta instancia de capacitación han elaborado varios artículos de doctrina sobre los distintos entrecruzamientos temáticos que plantea el Sistema de Protección y Promoción de Derechos. En todos y cada uno de ellos no sólo se brinda un panorama normativo y jurisprudencial de carácter local, sino que también se ahonda en torno a ciertas tensiones y debates que se observan en la práctica cotidiana.

Además, en esta publicación se acompaña un compendio de jurisprudencia que brinda un panorama general sobre el desarrollo del Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, distinguiéndose los conflictos penales (penal juvenil) de los administrativos/civiles.

Cabe destacar que la realización de algunos seminarios ha contado con la colaboración y presencia activa de la academia, como aconteció en Bahía Blanca. En esa ciudad, el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur ha coadyuvado en la organización, difusión y pertenencia del cuerpo docente. De esta manera, se han generado alianzas de suma relevancia para obtener un mayor alcance y llegada a los efectores del sistema judicial que se interesan por la temática de los derechos de la infancia y adolescencia.

Estamos convencidos de que todo sistema avanza si se consolida sobre cimientos sólidos y precisos. La tarea de capacitación no sólo es un elemento clave para una efectiva y eficaz prestación del servicio de justicia, sino también de suma importancia para generar nuevos conocimientos y replanteos críticos sobre las prácticas. Todos estos aportes han quedado plasmados en la presente publicación, que además constituye un insumo de gran valor para retroalimentar, extender y mejorar la labor de capacitación.

¿Por qué una obra que se interesa por el Sistema de Protección y Promoción Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes? Pensar en un nuevo sistema de justicia para niñas, niños y adolescentes ha sido y continúa siendo un gran desafío. Para afrontar este reto, desde el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y UNICEF Argentina nos hemos reunido para llevar adelante de manera conjunta diversas acciones tendientes a difundir, profundizar y debatir sobre el marco normativo e institucional que invita el mencionado sistema.

La obra colectiva que aquí se presenta posee una triple y obligada perspectiva de análisis. La primera parte está centrada en la doctrina internacional de los derechos humanos como base o fundamento último de todo sistema de protección y promoción integral de derechos. La segunda parte aborda los conflictos que se dirimen o involucran al fuero de familia y su innegable interacción con los organismos administrativos de protección y promoción que crea la Ley 13.298 y su Decreto 300/2005. Y la tercera y última sección está dedicada al Sistema de Justicia Penal Juvenil, que ha sufrido cambios radicales en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, dado que se ha estructurado un nuevo fuero dando cumplimiento al principio de especialidad de la CDN y superando el sistema tutelar clásico.

Hablar de un “nuevo sistema de justicia” en el ámbito territorial más importante por su dimensión, heterogeneidad y complejidad del país, como lo es la Provincia de Buenos Aires, ha sido toda una apuesta que ha llevado muchos años instalar, y que en la actualidad se encuentra en su etapa fundacional, es decir, en plena construcción. Esto implica una verdadera responsabilidad por parte de quienes están obligados, desde diferentes lugares y funciones, a bregar por la protección integral de todos y cada uno de los niños, niñas o adolescentes. De este modo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en su carácter de órgano jurisdiccional supremo

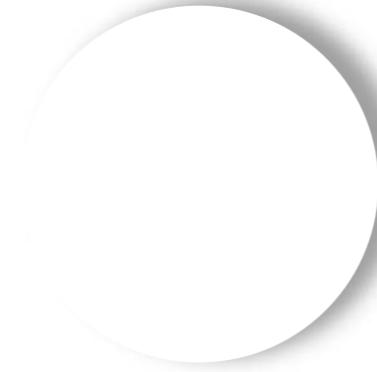
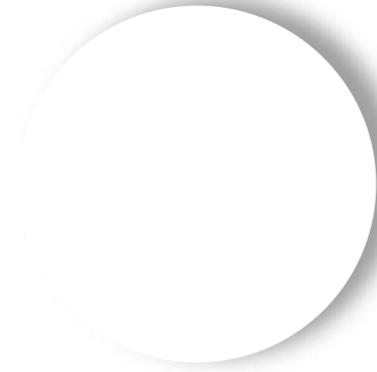
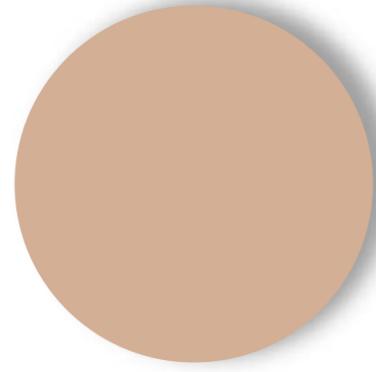
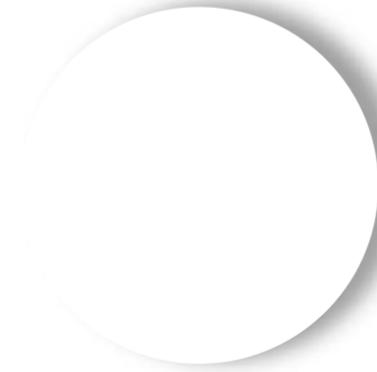
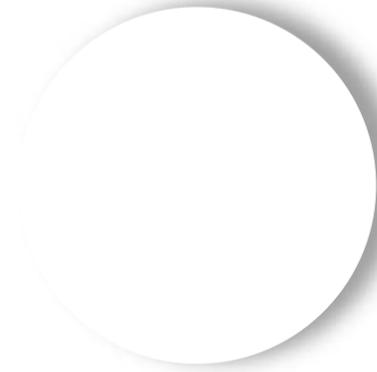
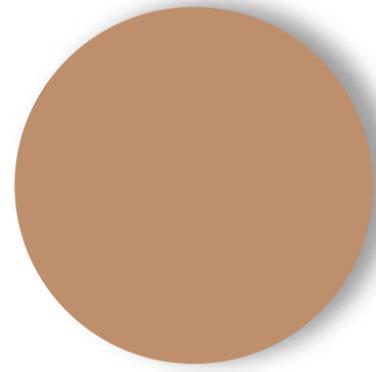
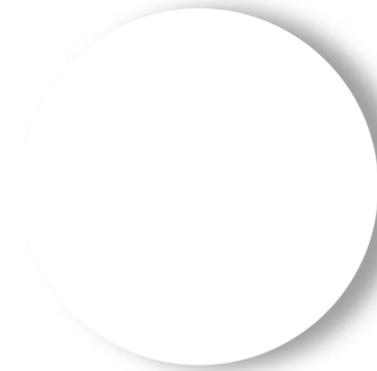
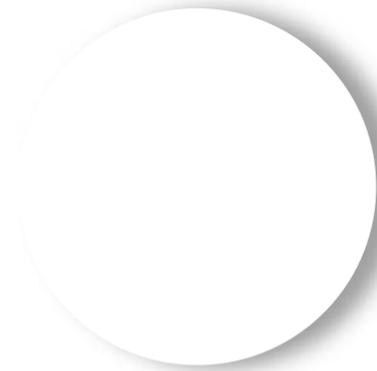
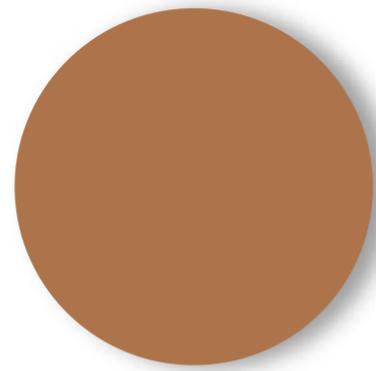
y última instancia en este vasto espacio territorial, se ha unido con UNICEF Argentina, en consonancia con su claro compromiso de acompañar procesos de cambio para la aplicación responsable de institucionalidades acorde con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, para desarrollar una labor clara de capacitación a los operadores del sistema judicial involucrados en la aplicación del nuevo Sistema de Protección y Promoción Integral de Derechos. El impacto o incidencia de este trabajo no sólo pretende ser canalizado en las decisiones concretas que se les brinde a los niños, adolescentes y sus familias, sino también a través de productos bien tangibles como lo es la presente publicación.

En suma, estamos en plena etapa de construcción de un nuevo modelo de atención e intervención desde la justicia cuando de infancia y adolescencia se trata. Se necesita del compromiso activo por parte de todos los que estamos involucrados en la protección integral de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, tomando como punto de partida la divulgación y conocimiento de las normas, los avances doctrinarios y jurisprudenciales matizados con las opiniones de personas que, desde diferentes ámbitos, trabajan y están consustanciadas con la temática.

Esta obra colectiva intenta ser uno de los primeros aportes teórico-prácticos en un largo y complejo camino, donde la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a través de su Instituto de Estudios Judiciales y UNICEF, con el auspicio de la Universidad Nacional del Sur, están presentes.

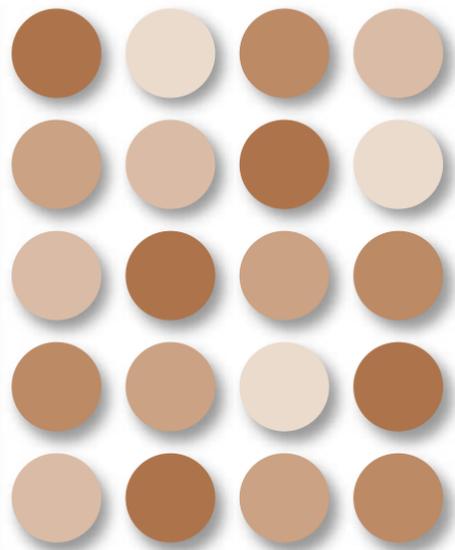
Andrés Franco, Representante de UNICEF Argentina

Hilda Kogan, Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Primera sección

La doctrina internacional de los derechos humanos como marco y contexto del Sistema de Protección y Promoción de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Provincia de Buenos Aires



Los principios desde el principio

Carolina Fernández Blanco

Carolina Fernández Blanco

Abogada, docente de Derechos Humanos en carrera de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Salta. Se desempeña profesionalmente en la actividad privada donde desarrolla actividades vinculadas con Derecho Penal y Derechos Humanos. Ha participado como abogada y asesora en diversas organizaciones no gubernamentales en temas de derechos humanos.

1 • Palabras introductorias

Luego de un prolongado tiempo de espera, ha comenzado la implementación del Sistema Integral de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños en la Provincia de Buenos Aires. Las leyes y decretos reglamentarios que lo componen tienen grandes aciertos, pero también algunos lamentables déficit e incomprensibles errores. Con sus virtudes y sus defectos, el sistema debe ser bienvenido y, sobre todo, bien cuidado.

El derecho vinculado a la niñez carga con un sello indeleble: el de ser la tiranía de las buenas intenciones¹. Por eso, quienes trabajen directa o indirectamente con este nuevo esquema tienen la difícil tarea de cuidar que, al ser puesto en práctica, preserve sus virtudes y no magnifique sus defectos. Para protegerlo, nada mejor que repasar algunos aspectos muy primarios o esenciales: los principios de derechos humanos contenidos en el sistema que se implementa en la Provincia de Buenos Aires.

“Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”². Es por ello que considerar seriamente a los principios desde el inicio de la implementación de la ley sería uno de los caminos para cuidar que las buenas intenciones de la misma no queden reducidas a pura retórica.

2 • Los principios de derechos humanos contenidos en el nuevo sistema de promoción y protección integral

El Sistema de Protección y Promoción Integral de los Derechos de los Niños tiene un objetivo claro. Y aunque éste es recién enunciado en el artículo 14 de la Ley 13.298 de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños de la Provincia de Buenos Aires, resulta imprescindible comenzar cualquier análisis de dicha ley desde esa perspectiva. Dice el artículo 14: *“El Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños es un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino”*.

Por lo tanto, en resumidas cuentas, el objetivo de la ley es lograr la efectiva realización de los derechos de los niños: aquellos contenidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención Internacional sobre

los Derechos del Niño (de aquí en adelante CDN) y en los restantes tratados de derechos humanos ratificados por el Estado Argentino.

Si bien nadie se atrevería a negar que ese magnífico “*invento de nuestra civilización*”³ que se ha llamado derechos humanos comprende y se ocupa de los derechos de los niños, resulta necesario reafirmarlo una y otra vez, pues suele perderse de vista con facilidad. Así lo recuerda especialmente la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): “*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 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*”⁴.

Pues debemos entonces partir del siguiente presupuesto: los derechos humanos de los niños y adolescentes deben ser siempre interpretados con las herramientas de hermenéutica o principios interpretativos que los pactos internacionales –y la costumbre internacional– han establecido para la interpretación de los derechos humanos en general. Por cierto, como los derechos humanos de los niños gozan además de un plus de protección, a los principios generales de interpretación se suman algunos específicos para ser aplicados a los derechos de la niñez.

Afortunadamente, la Ley 13.298 recoge con bastante precisión y acierto los principios interpretativos generales del derecho internacional de los derechos humanos⁵. En cuanto a los principios específicos vinculados a los derechos del niño, como veremos, sería conveniente cuidar especialmente algunos aspectos al implementar la ley, ya que en el siempre conflictivo principio del interés superior del niño, la ley resulta por un lado más desconcertante que el principio mismo, aunque por otro lado también intenta precisar un poco su alcance y sentido.

3 • El principio de no discriminación

La ley, en su artículo 6⁶, establece dos pautas de relevancia significativa: impone al Estado provincial la obligación de *asegurar prioridad* en la realización de los derechos de los niños⁷ y la *prohibición de discriminación* en la realización de esos derechos.

La *prohibición de discriminación* en la aplicación de los derechos es tan fundamental en la concepción moderna de los derechos humanos que su relación con ellos aparece desde la primera oportunidad en que la expresión “derechos humanos” fue utilizada, esto es, en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas⁸. Luego, los diversos tratados de derechos humanos acogieron también el principio de manera explícita en sus textos⁹.

Es que no podría ser de otra manera: la prohibición de discriminación es inherente a la definición de “derechos humanos”. Si se concibe a éstos como los derechos que tienen todos los seres humanos por el solo hecho de ser tales, la discriminación en su aplicación resultaría contradictoria con el concepto mismo de derechos humanos.

Pero este principio ha traído y traerá innumerables problemas, tanto teóricos como prácticos. Si bien profundizar en la discusión que se suscita en torno a la *prohibición de discriminación* excede en mucho las posibilidades de este trabajo, vale la pena, aunque más no sea, detenernos en algunos aspectos centrales de la cuestión.

Cuando la ley sostiene que el Estado debe asegurar la realización de los derechos

de los niños sin discriminación alguna, ¿qué está indicando al juez o intérprete?

Sería de imposible realización –y contrario a la Constitución Nacional, como veremos más adelante– que la *prohibición de discriminación* entrañara la imposibilidad de diferenciación. Permanentemente las leyes y quienes las aplican realizan diferencias: una ley que no diferenciara entre distintas situaciones en las que se encuentran las personas sería además de una ley injusta probablemente inconstitucional por resultar irrazonable.

Por lo tanto, la *prohibición de discriminación* en la aplicación de derechos de la que nos habla el artículo 6 de la Ley 13.298 no debe entenderse como imposibilidad de diferenciar. Los seres humanos tienen necesidades diferentes, culturas diversas, o etapas de la vida en las que requieren distintos cuidados, y la igualdad o la *prohibición de discriminación* no debe confundirse con la uniformidad o con la asimilación. En muchos casos la diferenciación es necesaria para que el derecho pueda ser realizado plenamente por la persona. Sentado entonces que el Estado puede diferenciar, habrá que intentar describir cómo y cuándo puede hacerlo de manera que no resulte contrario al principio de no discriminación.

La antigua idea de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias” aporta solo un contenido mínimo al concepto de igualdad y por lo tanto a una de sus facetas: la *prohibición de discriminación*. Por otra parte, ese contenido mínimo es además una auténtica fórmula délfica¹⁰, en el sentido de que todas las respuestas que se obtengan siguiendo el estándar serán válidas pero incompletas. Es necesario encontrar un camino que complete la casi vacía fórmula de que la igualdad se realiza otorgando “un trato igual a los iguales, y un trato distinto a los diferentes”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación solía completar el estándar mínimo anterior con el correctivo siguiente: será válida constitucionalmente la diferenciación cuando la decisión de tratar diferente a quienes están en una posición distinta “*no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable*”¹¹.

Aunque el correctivo resulta también bastante elástico, la obligación de poner a prueba la razonabilidad en el criterio de diferenciación (evitando así la “arbitrariedad”) –en caso de realizarse el análisis correcto– constituye un filtro relativamente seguro. Como explica Roberto Saba, este segundo estándar prescribe que “... *esas circunstancias deben ser razonables, entendiendo por ‘razonables’ por ejemplo, que ellas guarden una relación de ‘funcionalidad’ o ‘instrumentalidad’ entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente*”¹².

El análisis de razonabilidad –es decir, la exploración racional de la adecuación de los medios a los fines constitucionalmente válidos– por lo general no será superado cuando el factor escogido para el tratamiento diferente sean cualidades tales como el sexo, el color, la nacionalidad, el origen étnico, etc.

“*La afirmación de la igualdad humana está estrechamente asociada con la enérgica oposición de que las diferencias de credo, raza, nacimiento sean significativas o relevantes a la hora de decidir cómo deben ser tratados los hombres. Estos rasgos no pueden ser nunca las bases de una clasificación constitucional válida, incluso aunque dicha clasificación fuera razonable, esto es, estuviera razonablemente referida a un legítimo propósito público*”¹³. Por ello, a las diferencias que utilicen criterios tales como los referidos anteriormente se las deno-

mina clasificaciones o *categorías sospechosas*. Sobre este aspecto explica Rey Martínez que “... como suponer que toda clasificación sobre estas características debiera ser nula es demasiado radical (...) existe una presunción de inconstitucionalidad contra las leyes que empleen esos rasgos aludidos”¹⁴.

Las *categorías sospechosas* tienen un doble fundamento: por un lado, su dificultad para aportar elementos relevantes para la distinción permite presumir que son inconstitucionales o irrazonables; como segundo fundamento, la utilización de este tipo de criterios resulta, en principio, inaceptable¹⁵, pues se trata de cualidades o características de las personas que, o bien no son elegidas y difícilmente pueden ser alteradas o modificadas (sexo, color, origen étnico, etc.), o bien que resultan de alguna manera electivas, pero por su importancia para quien las escoge (la religión o la nacionalidad en los casos de opción) son equiparables a las no electivas o no modificables.

Cuando alguna de estas *categorías sospechosas* aparezca como fundamento de un trato diferencial, el test de validez de la diferenciación debe ser aún más estricto que el de la mera razonabilidad, exigiéndose al Estado que demuestre no sólo la adecuación de medios a fines sino también la existencia de un “*interés estatal urgente o insoslayable*”¹⁶.

Hasta aquí hemos expuesto sucintamente algunas cuestiones que pueden ayudar a la implementación de la ley y a entender qué significa la *prohibición de discriminación* en la realización de los derechos de los niños y adolescentes. La aparición de normas o decisiones que utilicen abiertamente criterios o *categorías sospechosas* para la obstaculización del goce de derechos no se presentará de manera frecuente pero, de todos modos, resulta oportuno repasar estos conceptos —ya clásicos— sobre *prohibición de discriminación*, pues nos permiten entender más cabalmente el modo en que la discriminación se presenta de manera más habitual en nuestro ámbito, esto es, a través de las denominadas *discriminaciones indirectas o de impacto*.

“... Se produce una discriminación indirecta cuando la aplicación de un criterio de diferenciación jurídico en principio neutro (...) o no ‘sospechoso’ (...) produce un resultado significativamente negativo o perjudicial respecto de la minoría racial¹⁷ en desventaja (...) en comparación con el grupo social mayoritario. Por eso se las llama también ‘discriminaciones de impacto’ (frente a las discriminaciones de trato o directas)”¹⁸.

El concepto de discriminación indirecta fue expuesto por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Griggs vs. Duke Power Co”¹⁹, y se ha mantenido como importante criterio hasta la actualidad. En el caso Griggs, la compañía de electricidad Duke Power había instaurado un sistema para el ingreso y promoción de sus trabajadores, consistente en exigir título secundario y/o someterse a dos tests de inteligencia, que tenía un claro impacto negativo en el ingreso y/o promoción de los trabajadores de raza negra. La Corte de Estados Unidos sostuvo:

“El objetivo del Congreso (...) fue conseguir igualdad en las oportunidades de empleo y remover las barreras que operaron en el pasado a favor de los empleados blancos por sobre otros empleados. Por Ley, las prácticas, procedimientos y tests neutrales en apariencia, y aún neutrales en términos de intención, no pueden ser mantenidos si ellos operan para ‘congelar’ el status quo de anteriores discriminaciones en las prácticas de empleo”.

“Lo que el Congreso exige es la remoción de barreras artificiales, arbitrarias e innecesarias en el empleo, cuando estas barreras operan injustamente para discriminar sobre la base de la raza o de otras clasificaciones no permitidas... los tests o criterios para el empleo o para los ascensos

no deben proveer igualdad de oportunidades simplemente en el sentido de la fábula de la leche, la zorra y la cigüeña”²⁰.

“Por el contrario, el Congreso requiere ahora que la posición y condición de quien busca trabajo sea tenida en cuenta. Se debe —como recurso para evitar la fábula— proveer que el recipiente en el que la leche se ofrezca sea de aquellos que todos los que buscan empleo puedan utilizar... El estándar debe estar dado por la necesidad laboral. Si una práctica laboral que opera excluyendo a los Negros no puede ser sostenida como relacionada con un mejor resultado en el trabajo, la práctica será entonces prohibida”²¹.

Uno de los aspectos más interesantes del análisis propuesto por la Corte de los Estados Unidos es que una vez constatado el impacto en el grupo desaventajado, la carga de la prueba se transfiere a quien intenta sustentar la norma cuestionada, y es esa parte la que debe probar que la medida está justificada, es proporcional y ajena a la clasificación sospechosa o prohibida y que resulta ser además necesaria para conseguir el objetivo propuesto. De existir medios alternativos menos lesivos para conseguir el objetivo, debería elegirse la segunda opción.

El concepto de discriminación indirecta parece tener un amplio potencial para abarcar las discriminaciones sistémicas²², además posibilita “... revelar hechos que a menudo están ocultos... (y) por otro lado, permite examinar el sistema que produce la discriminación centrándose únicamente en los efectos producidos”²³.

Es notable que los casos más frecuentes de discriminaciones de hecho se pueden vincular en su origen —aunque sea de manera parcial— con arraigadas prácticas de discriminación indirecta. La *prohibición de discriminación* que ordena la ley debe incluir indudablemente el correcto control sobre las discriminaciones de impacto y sería deseable que éste se realizara de manera efectiva, oportuna y sincera.

4 • El principio del interés superior del niño

Resulta destacable cómo un principio interpretativo de derechos humanos, como es el del interés superior del niño, ha podido generar debates de un tenor tan profundo. Desde la calificación de “Caballo de Troya de la Convención de los Derechos del Niño”²⁴ hasta la defensa encumbrada de este principio como una de las columnas vertebrales de la CDN, pasando por posturas que intentan redefinir el principio a la luz de toda la estructura de la Convención. Lo cierto es que, sea como sea entendido, debemos convivir con este principio cual si se tratara de una virtud o de una enfermedad crónica. Y las leyes continúan recogiendo como pauta interpretativa, con lo cual su presencia en el ámbito del derecho de los niños, nos guste o no, continúa ocupando un lugar trascendente.

No es intención de este trabajo reproducir los interesantes debates suscitados en torno a este principio, simplemente se analizará el modo en que está enunciado en la Ley 13.298 y cuáles son las cuestiones que deberían considerarse especialmente para evitar que se consoliden prácticas anteriores que, en nombre de el interés superior del niño, justificaban medidas claramente contrarias a derechos previstos en la Convención.

La ley enuncia del siguiente modo el principio en su artículo 4: “Se entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad. Para determinar el interés superior del niño,

en una situación concreta, se debe apreciar:

- a. La condición específica de los niños como sujetos de derecho.
- b. La opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico.
- c. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y sus deberes.
- d. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y las exigencias de una sociedad justa y democrática.

En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

El artículo que comentamos comienza con la equiparación entre “interés superior” y “satisfacción integral y simultánea de derechos”²⁵. La ley hace propia una idea bastante frecuente en la doctrina: “Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del ‘interés superior del niño’ y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo ‘interés superior’ pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo ‘declarado derecho’; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser ‘interés superior’”²⁶.

El enunciado de la ley —aunque criterioso y bienintencionado— no hace más que presentar de una manera algo forzada lo que es obvio: el cumplimiento de los derechos enunciados es obligatorio por parte de las autoridades²⁷ y, tal como otras normas también lo indican²⁸, su ejercicio se debe garantizar de manera integral y simultánea. Aunque los autores intentan justificar esta lectura del principio del interés superior²⁹, la postura evidencia que simplemente se ha elegido un buen remedio para la enfermedad crónica con la que habrá que convivir.

¿Hubiese sido conveniente que la ley evitara incluir toda mención al interés superior del niño? Luego de evaluar detenidamente el tema creo que resulta un acierto el modo en que fue incluido y limitado el principio, pues —más allá de lo que enuncie la ley— el principio jurídico del interés superior del niño tiene jerarquía constitucional³⁰, es frecuentemente utilizado por parte de las autoridades judiciales y es invocado con exageración por los abogados. Su uso ha sido tan indiscriminado hasta el momento que todo indica que resulta prudente el modo en que la ley lo ha reformulado, limitándolo al cumplimiento de los derechos de manera integral y simultánea, aun cuando su formulación se presente como redundante y obvia.

La segunda parte del artículo pierde un poco la exactitud que elogiamos de la primera frase. Continúa de manera algo vaga, con un exceso de retórica que nada agrega a la definición y limitación con la que comienza. En efecto, sostener que la satisfacción integral y simultánea de los derechos debe ser “en un marco de libertad, respeto y dignidad” es de una obviedad significativa, ya que si alguna de estas tres características faltaran se estaría incumpliendo con el mandato anterior de satisfacción integral y simultánea de derechos y al mismo tiempo vulnerando los más elementales puntos de partida para el respeto de los derechos humanos.

Luego, el artículo 4 enuncia los objetivos para los que aparentemente ha sido incluido en la ley el principio del interés superior del niño, esto es: “...para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad”.

Esta formulación resulta acorde con el concepto de interés superior del niño que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus últimos pronunciamientos: “Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior 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”³¹. En el mismo sentido se expresó la Corte IDH en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño³², al igual que en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri³³.

Pues la ley, con buen criterio, ha recogido e incorporado al principio del interés superior del niño esta noción de sustentabilidad futura de la decisión que se adopte. Como explica Zermatten, “la noción de largo plazo debería ser una noción que permitiera afirmar mejor que lo visado en la aplicación del interés superior del niño no es la situación hic et nunc, sino más bien la situación del niño, en la perspectiva de su futuro”³⁴.

Con tan clara directiva de la ley, la evaluación que debe hacerse de qué es el interés superior del niño en cada caso, debería incluir la valoración de que la decisión que se esté adoptando sea de aquellas que permitan el desarrollo de la autonomía personal de manera tal que la decisión adoptada con fundamento en el interés superior del niño “... no interfiera en la libre elección y materialización de ideales de excelencia humana y planes de vida por parte de los individuos”³⁵.

El mandato, claramente dirigido al Estado, es también un límite para los padres en el ejercicio de su patria potestad, en este sentido “... los padres no deben precluir a sus hijos e hijas la posibilidad de conocer planes de vida alternativos. Quiero decir metafóricamente, que los padres no deben privar a su descendencia del derecho a ‘escuchar otras música’”³⁶.

Resultan interesantes de revisar, aunque sea superficialmente, las restantes pautas limitativas que impone la ley a quien pretenda aplicar una decisión basada en el interés superior del niño:

a) La consideración del niño como sujeto de derecho

Esta pauta, aunque suene ya muy obvia e indudable, no es un recordatorio superfluo. De este modo, la ley, inspirada en la CDN, intenta reafirmar la concepción del niño como sujeto de derecho y abandonar la antigua concepción que consideraba a los niños “... como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces”³⁷. Como resulta lógico en un sistema de protección integral, la ley define al niño como sujeto de derecho —y por lo tanto, inevitablemente, consagra ciertas responsabilidades para el ejercicio de esos derechos— y supera la noción del niño definido por su incapacidad jurídica.

b) La opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico

Esta pauta —que ya había sido propuesta en numerosas ocasiones por la doctrina³⁸— es casi imprescindible en el esquema que intenta implementar la ley, pues de ninguna manera la condición de sujetos de derecho de los niños estaría completa si no se considerara su opinión en la adopción de una medida en la que se está, en definitiva, plasmando su supuesto interés superior.

c) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y sus deberes

Aquí la pauta es algo más desconcertante: cuáles son aquellos “deberes de los niños”³⁹ que el intérprete deberá considerar como límite para definir qué es el interés superior del niño en cada caso. Demás está decir que ni la Ley 13.298 ni la CDN mencionan un catálogo o siquiera un ejemplo de “deberes de los niños”. Tampoco parece referirse la ley a las responsabilidades que necesariamente acarrea el ejercicio de cualquier derecho. La pauta nos habla aquí de deberes y no de responsabilidades.

Podría pensarse que la norma hace referencia a los deberes genéricos de todas las personas de respeto a los derechos de terceros o al deber de omitir la realización de actividades prohibidas (por ejemplo, evitar la comisión de delitos penales o civiles), pero si así fuera, la pauta es de una evidencia que resulta innecesaria y confusa.

El problema que se advierte, sin embargo, no es el de la total evidencia de que no podría tolerarse una actividad prohibida en función del interés superior del niño. La dificultad resultaría si los “deberes” comenzasen a ser creados arbitrariamente por el intérprete y de ese modo, la cuidada formulación del principio sería borrada de un plumazo por quienes decidan en nombre de ese supuesto interés superior.

d) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y las exigencias de una sociedad justa y democrática⁴⁰

Mediante este lineamiento se transmite al intérprete una limitación adicional a aplicar cuando se esté decidiendo en base al interés superior del niño. En palabras más llanas que las que utiliza la ley, el sentido de la norma es que el interés superior del niño debe ceder cuando así lo requieran las exigencias de una sociedad justa y democrática.

Sin embargo, su redacción no es del todo clara. La limitación parece estar tomada del modelo utilizado por los pactos internacionales de derechos humanos que por lo general rezan que los derechos pueden ser restringidos –entre otras razones– cuando sea necesario por las “justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”⁴¹. Si bien tanto la fórmula de la ley como las de los pactos resultan vagas y amplias, la ley agrega la exigencia –sin definir el concepto, por cierto– de que el requerimiento de limitación del interés superior del niño sea no sólo en razón de las necesidades de una “sociedad democrática” sino también de una “sociedad justa”.

Aunque sea mínimamente, sabemos que según se ha interpretado por diversos órganos internacionales de protección de los derechos humanos, la “sociedad democrática” es aquella que tiene como puntos de referencia “la tolerancia y la liberalidad”⁴² y que además “... pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan a una sociedad democrática. Aunque a veces haya que subordinar los intereses de los individuos a determinados grupos, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un justo trato y que evite todo abuso por parte de una posición dominante”⁴³.

La definición de “sociedad justa”, en este contexto, es una gran incógnita y aparece de muy difícil definición: es evidente que dicho concepto será notablemente diferente para cada intérprete, y no tendremos aquí el aporte de los órganos internacionales de protección.

Lo importante es que sea cual sea su definición, para que la limitación sea aplicable

deben coincidir las dos necesidades, la de una “sociedad justa” y la de una “sociedad democrática”.

Aun con la adición que realiza la ley, la fórmula no es la que mejor se ajusta a los parámetros de la propia CDN. Veamos: hay pactos internacionales de derechos humanos que tienen una suerte de doble sistema de restricciones. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que al enunciar ciertos derechos describe cómo y de qué manera se podrán restringir ante ciertas circunstancias⁴⁴. Por otra parte, para los restantes derechos –aquellos que no contienen criterios por los cuales pueden ser restringidos– el artículo 32.2⁴⁵ dispone pautas genéricas para poder restringirlos válidamente⁴⁶.

Otros tratados, en cambio, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contienen pautas genéricas similares a las del artículo 32.2 de la CADH. Ese pacto sólo dispone restricciones específicas para cada derecho y no es posible aplicar restricciones o limitaciones que no sean estrictamente las previstas para cada derecho. Los Principios de Siracusa⁴⁷ disponen: “1. No se permitirán otras limitaciones o motivos para aplicar estas limitaciones a los derechos garantizados por el Pacto, distintas de las que figuran en las disposiciones del propio Pacto”.

Es decir, los derechos contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos sólo pueden ser restringidos cuando la propia enunciación del derecho lo admita y por las circunstancias que se disponen en cada artículo, no siendo posible agregar fórmulas genéricas (similares a las del artículo 32.2 de la CADH).

Pues bien, la CDN tiene una estructura similar a la del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y dispone para cada derecho las pautas que serán admisibles para una restricción lícita⁴⁸. De esta manera, no veo motivos para admitir restricciones genéricas a la CDN como las que sí admite la CADH a través de su artículo 32.2.

El problema que se advierte es evidente: si el interés superior del niño es en definitiva la realización integral y simultánea de los derechos (entre los que están los derechos enunciados en la CDN) el agregar una pauta de restricción genérica como la que implicaría “la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y las exigencias de una sociedad justa y democrática”, significa incluir por la vía legislativa una pauta de restricción que la CDN no contiene.

El artículo 4 finaliza con un mandato destinado a los encargados de la elaboración de políticas públicas. Prescribe la ley que “en aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. Entiendo que no se trata de una directriz para resolver situaciones particulares en las que deba aplicarse el principio del interés superior del niño, pues el párrafo se refiere a “todos los niños” y no alude a situaciones de conflicto de intereses respecto de casos determinados. Por otra parte, no sería razonable que la ley dispusiera el modo de resolución de conflictos entre intereses y/o derechos de terceros (adultos) y derechos de los niños de una manera tan esquemática sin permitir al juzgador o a quien aplique el principio la valoración de las circunstancias particulares del caso.

5 • El principio pro homine

El artículo 11 de la Ley 13.298⁴⁹ recoge de manera algo incompleta el llamado

principio *pro homine*, un principio interpretativo que aparece como uno de los pilares de la concepción actual de los derechos humanos.

Debido a que los derechos se encuentran consagrados en una multiplicidad de normas (constituciones nacionales y provinciales, tratados internacionales, leyes, etc.), los principales pactos de derechos humanos⁵⁰ contienen reglas que obligan a los Estados a acudir a “... la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”⁵¹.

En este sentido, el artículo 11 de la ley resulta, como dijimos, algo incompleto, ya que solamente expone que los derechos contenidos en la ley son de carácter enunciativo, reconociendo a los restantes derechos y garantías inherentes a la persona humana, pero sin ordenar que se debe aplicar aquel que mejor proteja el derecho en el caso concreto o que menos lo restrinja.

A pesar de esta falencia en la redacción de la ley, quienes la apliquen deben tener presente que el principio *pro homine* tiene jerarquía constitucional⁵² y que lo que se debe considerar especialmente es que “... no se trata de un criterio para la opción entre dos normas, sino que es una guía para la protección de un derecho en cada caso particular. La diferencia entre uno y otro criterio significa que no habrá una norma que sea, en todos los casos, la más garantizadora, sino que ello dependerá de su aplicación a cada hecho particular”⁵³. Con esta regla no puede plantearse un problema de ‘ilegalidad’ al aplicar una norma inferior, dado que es la misma norma de rango superior (tratados internacionales de derechos humanos ratificados) la que expresamente permite la aplicación de aquella otra norma, en tanto más protectora.

“Es importante subrayar que aquí no está en juego un problema de derogación ni abrogación, sino de aplicabilidad e interpretación de distintas fuentes de igual o diferente rango”⁵⁴.

En definitiva, si la Ley 13.298 es la que mejor consagra un derecho o la que menos lo restringe (evaluado ello en una situación concreta), esa es la norma que se debe aplicar, mas si es otra norma (de igual, inferior o superior jerarquía que la ley provincial) la que resulta más protectora del derecho concreto, deberá aplicarse otra y dejarse de lado la Ley de Protección y Promoción Integral.

La ley recoge con bastante acierto los principios de hermenéutica más importantes del derecho internacional de los derechos humanos. Si los lineamientos que ellos proveen son considerados y respetados, el Sistema de Protección y Promoción Integral de los Derechos de los Niños tendrá mejores perspectivas para permitir que la República Argentina por fin comience a alinearse en el cumplimiento de los estándares mínimos de respeto por los derechos de los niños y adolescentes.

Notas

1 - *The Tyranny of Good Intentions* es el título de un libro escrito por Paul Craig Roberts y Lawrence M. Stratton que relata justamente el modo en que los abogados y funcionarios vinculados a la justicia federal de los EE UU entrapan los derechos en nombre de la justicia (Paul Craig Roberts y Lawrence M. Stratton, *The Tyranny of Good Intentions*, Forum Prima Publishing, California, 2000). De ese libro me permití tomar prestado el título para utilizar en este trabajo.

2 - Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia Autonomía y Derechos: una cuestión de principios”, Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, n.º 234, también disponible *on line* en www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf.

3 - Así comienza describiendo a los derechos humanos Carlos Nino en la introducción de *Ética y derechos humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 1.

4 - Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17, párrafo 54.

5 - En este sentido, son singularmente importantes, además de los artículos que se comentarán en este trabajo, los arts. 10, 12 y 14 de la Ley 13.298.

6 - Art. 6: “Es deber del Estado para con los niños, asegurar con absoluta prioridad la realización de sus derechos sin discriminación alguna”.

7 - Este mandato a los intérpretes, jueces y operadores del sistema judicial o administrativo vinculado a la niñez no será comentado en este trabajo pues excedería la extensión prevista para él. Por otra parte, el art. 7 de la misma ley es notablemente claro en cuanto a qué alcance debe tener el mandato de asegurar la prioridad en la realización de los derechos de los niños.

8 - Carta de la ONU, art. 1.3 “Los Propósitos de las Naciones Unidas son: ...3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;...”.

9 - Entre otros, art. 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2.2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 2.1, Convención sobre los Derechos del Niño.

10 - Así lo califica Fernando Rey Martínez en *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pág. 41.

11 - C.S.J.N.; “E.FE”, Rta. 09/06/1987; La Ley 1987-D, pág. 333.

12 - Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en AA.VV. *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

13 - Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pág. 52.

14 - Rey Martínez, Fernando, *ob. cit.* pág. 53.

15 - Decimos que resulta solo en principio inaceptable ya que cuando la diferenciación utilizando estos criterios se realiza con el propósito de remediar exclusiones sistemáticas o desigualdades de hecho, la utilización de estas categorías no solo es aceptable sino que tiene además recepción constitucional en el art. 75 inc. 23.

16 - Véase CSJN “Repetto María Inés c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad”, Fallos 311:2272 y, con mucha menos convicción por parte del tribunal supremo argentino, véase “Calvo y Pessini Rocío c/Provincia de Córdoba” en Fallos 321:124.

17 - El autor que se cita en la nota siguiente se encuentra comentando en su texto el llamado caso “Ostrava” (“D.H. y otros contra la República Checa” resuelto de manera lamentable por el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos el 7 de febrero de 2006) en el que se producía una discriminación indirecta sobre los gitanos. Por eso alude expresamente a “minoría racial”. Obviamente el concepto no se aplica solamente a cuestiones raciales y es extendible a cualquier circunstancia que afecte a personas o grupos de personas que se encuentran discriminados por la decisión aparentemente neutra.

18 - Rey Martínez, Fernando, “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista española de derecho constitucional, Año n.º 27, n.º 79, 2007, págs. 279-307.

19 - United States Supreme Court “GRIGGS v. DUKE POWER CO”, 401 U.S. 424 (1971).

20 - A pesar de ser una fábula española, no es muy conocida entre nosotros. Su parte pertinente dice: “una zorra se empeña en dar una comida a la cigüeña. La convidó con tales expresiones, que anunciaba sin duda provisiones de lo más excelente y exquisito. Acepta alegre, va con apetito; pero encontró en la mesa solamente jigote claro sobre chata fuente. En vano a la comida picoteaba, pues era, para el guiso que miraba, inútil tenedor su largo pico...” (Félix María Samaniego, 1745-1801, fábula “La Zorra y la Cigüeña”).

21 - La traducción es propia.

22 - Estas discriminaciones sistémicas se advierten fácilmente en el ámbito del derecho laboral (discriminación por sexo, por discapacidad, por nacionalidad, etc.). Pero también, a poco de pensar sobre ellas, se las encuentra en cantidad y variedad en el acceso al derecho a la justicia y a la educación. La investigación recientemente publicada por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) sobre desigualdad en el acceso a la educación en la Provincia de Buenos Aires es realmente impactante (“Desigualdad en el acceso a la educación en la Provincia de Buenos Aires”, ADC, 2009).

23 - Miné, Michel, texto revisado de la presentación realizada en el marco de la Conferencia “Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato”, 31 de marzo-1 de abril de 2003 en Trèves, Francia.

24 - El calificativo ha sido propuesto por Diego Freedman en varios trabajos, entre otros, en “Funciones normativas del Interés Superior del Niño”, en Jura Gentium, disponible *on line* en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>.

25 - En similar sentido define al interés superior del niño el art. 2 de la Ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Artículo 2º - Interés Superior. A todos los efectos emergentes de la presente ley, se entiende por interés superior de niños, niñas y adolescentes, el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudieran reconocérselos”.

26 - Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998.

27 - Art. 4 de la CDN “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”; en similar sentido encontramos el art. 2.1 de la CDN: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción...”.

28 - Por ejemplo, el art. 41 de la CDN, que enuncia el principio *pro homine*, o el art. 12 de la Ley 13.298, que recoge los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos de los niños.

29 - Cillero Bruñol, en “El interés superior del niño...” ya citado, reconoce que la interpretación que postula la equiparación entre interés superior y cumplimiento de derechos es “...del todo evidente –aunque no por ello respetado–” pero entiende que la equiparación no resulta superflua “...sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño

como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y de los adultos en general”.

30 - La Convención de Derechos del Niño es uno de los pactos internacionales con jerarquía constitucional mencionados por el art. 75 inc. 22 de la CN.

31 - Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100, párr. 133.

32 - Corte IDH. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17.

33 - Corte IDH, “Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110.

34 - Zermatten, Jean: “El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”, informe de trabajo, 3-2003, *on line* en http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf.

35 - Nino, Carlos, ob. cit., pág. 414

36 - Gargarella, Roberto “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, Doxa n.º 19, 1996, pág. 364.

37 - Beloff, Mary, “Los sistemas de responsabilidad penal Juvenil en América Latina”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/Depalma, Bogotá, 1998.

38 - Véase entre otros el trabajo ya citado de Jean Zermatten.

39 - Asumiremos que se trata de “deberes jurídicos”, ya que cualquier otro tipo de deberes (domésticos, familiares, etc.) no podrían ser definidos y/o impuestos por el juzgador a la hora de determinar el interés superior del niño.

40 - La pauta que comentamos es similar en apariencia al art. 13 de la misma ley, que dispone que “Los derechos y garantías de todos los niños, reconocidos y consagrados en esta Ley, sólo podrán ser limitados o restringidos mediante Ley, de forma compatible con su naturaleza, los principios de una sociedad democrática, y para la protección de los derechos de las demás personas”. Este último artículo, sin embargo, se refiere al modo en que otras normas pueden restringir derechos y no a decisiones que tome el intérprete o juez al aplicar derechos o al decidir sobre situaciones concretas aplicando el principio del interés superior del niño.

41 - Por ejemplo, el artículo 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

42 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Dudgeon vs. Irlanda del Norte”, del 22 de octubre de 1981, Serie A n.º 45, párrafo 53.

43 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso “Young, James and Webster v. The United Kingdom, (Fondo)”, del 13 de agosto de 1981, Series A n.º 44, párrafo 63.

44 - Tal es el caso de los siguientes derechos: libertad de conciencia y religión, libertad de pensamiento y expresión, derecho de reunión, libertad de asociación, derecho de circulación y residencia, derecho de sindicalización, derecho de acceso a las audiencias públicas en los procesos penales y derecho a la vida privada. La fórmula que utiliza la CADH con variaciones para cada derecho dispone que el ejercicio de los derechos “...sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

45 - Art. 32.2: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

46 - Así lo ha establecido la Corte IDH en la OC 5: “El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas”, Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5, párrafo 65.

47 - Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 41º Período de sesiones.

48 - De hecho, la CDN sólo considera las necesidades de una “sociedad democrática” para limitar el derecho de asociación y reunión en el art. 15 cuando dispone que:

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

49 - Art. 11: “Los derechos y garantías de todos los niños consagrados en esta Ley son de carácter enunciativo. Se les reconocen, por lo tanto, todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana, aun cuando no se establezcan expresamente en esta Ley”.

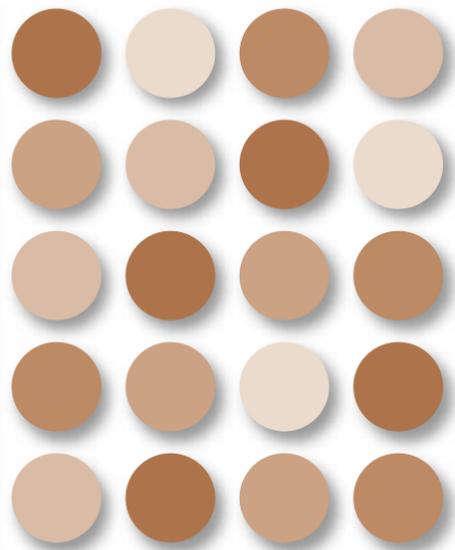
50 - Por ejemplo, la CDN dispone en su art. 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o; b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

51 - Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 163.

52 - Tanto la CDN como otros pactos que lo enuncian son de los mencionados en el art. 75 inc. 22 como aquellos que gozan de la misma jerarquía que la Constitución Nacional.

53 - Abregú, Martín, “La aplicación del derecho internacional por los tribunales locales: una introducción” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, pág. 19.

54 - Bigliani, Paola y Bovino, Alberto, “Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano”, Ed. Defensoría General de la Nación/del Puerto, 2008, Buenos Aires disponible *on line* en <http://nohuboderecho.blogspot.com/2008/10/el-principio-pro-homine.html>.



Estándares internacionales en Justicia Penal Juvenil

Alejandro Morlachetti

Alejandro Morlachetti

Abogado. LL.M. Columbia University. Profesor de la Maestría de Derechos Humanos y coordinador del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata. Consultor de Naciones Unidas.

“Cuando los Estados violan... los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”¹.

1 • Introducción

Este documento intenta contribuir al debate sobre la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la justicia juvenil, teniendo en cuenta los compromisos adoptados por la República Argentina –por lo tanto también exigibles a las provincias– ante la comunidad internacional y receptados en nuestra Constitución Nacional a través de la reforma de 1994².

Los instrumentos internacionales que se toman como base son la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), los tratados de derechos humanos incorporados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional³ y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

En especial, se tendrán en cuenta la Observación General 10 (OG 10) sobre “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores”, adoptada por el Comité de los Derechos del Niño en el 2007,⁴ siendo éste el organismo competente de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño para dilucidar la inteligencia de sus normas⁵, y la Opinión Consultiva 17 (OC 17)⁶ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷.

Por último, y en un sentido más general, es importante resaltar la preocupación del Comité de los Derechos del Niño en su OG 10, cuando señala que *“una política de justicia de menores que no vaya acompañada de un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia juvenil comporta graves limitaciones. Los Estados Partes deben incorporar en su política nacional general de justicia de menores las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990”*.

Es ya sabido que la prevención de la delincuencia no se consigue exclusivamente a través del sistema penal, sino con el esfuerzo permanente del Estado, la familia y la

comunidad, y asegurando la formulación de políticas públicas que protejan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y con la premisa de que nunca más la política criminal debe desplazar a la política social.

2 • El Sistema Penal Juvenil después de la Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reafirma, en primer lugar, la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos a los seres humanos en general en otros instrumentos de derecho internacional a los niños, niñas y adolescentes⁸. Asimismo, establece requisitos específicos en cuanto a algunos derechos ya reconocidos por otros tratados, tomando en cuenta sus necesidades especiales. Por último, la Convención establece normas que atañen exclusivamente a la niñez. Entran dentro de esta última categoría los siguientes instrumentos específicos para la infancia:

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁹.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)¹⁰.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Tokio)¹¹.

La Convención, de la misma forma que los otros instrumentos de derechos humanos, orienta y limita al Estado y a sus instituciones y les impone deberes que suponen la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, culturales y económicas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos en ella reconocidos.

Se parte del niño, niña y del adolescente como sujetos de derechos y obligaciones. Y para un reconocimiento efectivo del derecho a la igualdad ante la ley, se estipula que como tales deben gozar de las mismas garantías que los adultos, aparte de aquellas que les corresponden por su especial condición¹².

La Convención sobre los Derechos del Niño desarrolló una nueva concepción que distingue entre situaciones de abandono y necesidad y menores de edad infractores. En el primer caso, se requieren soluciones que provienen de políticas públicas activas y de orden administrativo, mientras que el segundo supone decisiones de carácter jurisdiccional.

En ese mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño destaca: *“Es muy corriente que los códigos penales contengan disposiciones en los que se tipifiquen como delitos determinados problemas de comportamiento de los niños, por ejemplo el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. Es motivo de especial preocupación que las niñas y los niños de la calle frecuentemente sean víctimas de esta forma de criminalización. Esos actos, también conocidos como delitos en razón de la condición, no se consideran tales si son cometidos por adultos. El Comité recomienda la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley...”*¹³.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 13 (1984) (Administración de justicia), también ha sostenido que los menores deben gozar al menos

de las mismas garantías y protección que se le conceden a los adultos de acuerdo al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁴.

Por lo tanto, para aquellas situaciones en que la persona menor de edad entre en conflicto con la ley, se requiere un sistema de responsabilidad penal que necesariamente dé los principios establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y los tratados internacionales de derechos humanos.

En especial, deben ser tenidos en cuenta los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 12, 37 y 40 de la CDN, de los cuales se desprenden los principios básicos –responsabilidad, legalidad, presunción de inocencia, debido proceso y excepcionalidad de la privación de libertad– que deben regir cualquier sistema de respuesta estatal a las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes.

Un sistema de justicia juvenil debería tener como ejes fundamentales las siguientes pautas:

- Privilegiar la idea de la desjudicialización, relacionada con la despenalización y el derecho penal mínimo, que implica la utilización racional y proporcional de los medios con los que cuenta el Estado para la represión del delito.
- Establecer de modo explícito todos los derechos y garantías que amparan a la niñez y juventud frente al aparato coactivo del Estado cuando existe una imputación penal en su contra.
- Sólo las acciones típicas y antijurídicas pueden entrar en conocimiento del juez penal, quien deberá fundamentar cada medida ordenada y respetar las garantías y derechos aceptados, tales como el derecho a la igualdad, a una justicia especializada, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso, a no declarar, el principio del *non bis in ídem*, aplicación retroactiva de la ley más favorable, y el principio de inviolabilidad de la defensa.
- Introducción de mecanismos de terminación anticipada del proceso dirigidos a la composición del conflicto originario.
- Incorporación de sanciones no privativas de libertad para adolescentes declarados penalmente responsables (amonestación, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación del daño, órdenes de supervisión y orientación). Estas sanciones deben estar claramente definidas por la ley en sus alcances y modo de ejecución y en caso de que su ejecución se extienda en el tiempo, deben tener un plazo máximo de duración.
- En relación con la sanción privativa de la libertad, se deben definir diferentes modalidades de la sanción privativa de la libertad (de fin de semana, domiciliaria, en centro especializado, etc.).

3 • Justicia Penal Juvenil. Principios, derechos y garantías

3.1 Principios básicos de la CDN

El Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que en lo que respecta a un sistema de justicia penal juvenil, los Estados deben aplicar sistemáticamente los principios generales contenidos en los artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención, así como los principios fundamentales proclamados en los artículos 37 y 40¹⁵.

a) No discriminación (artículo 2 de la CDN)

Se debe asegurar la igualdad de niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, origen social o étnico, discapacidad, apariencia física, o cualquier otra condición del niño, niña o adolescente, de sus padres, de su grupo familiar, representantes legales o responsables en su caso¹⁶.

La Corte Interamericana ha puntualizado que respecto al sentido y alcance del principio de igualdad con respecto al tema de los niños, “el artículo 1.1 de la Convención Americana obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es, per se, incompatible con ésta”¹⁷.

El Comité de los Derechos del Niño pone énfasis en “la discriminación y las disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes)”¹⁸.

También, el Comité recomienda la eliminación de normas que tipifiquen como delito determinados problemas de comportamiento de los niños, como el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos¹⁹.

En especial, y con el objetivo de garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley, se deben tener en cuenta las Directrices de Riad (Directriz 56) que afirman que “a fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”.

b) Interés superior del niño (artículo 3 de la CDN)

Es un principio de interpretación y aplicación de obligatorio cumplimiento en la toma de las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes en las que intervengan instituciones públicas o privadas, organismos legislativos, judiciales o administrativos²⁰.

Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe valorar:

- a) La condición específica de los niños niñas y adolescentes como personas en desarrollo.
- b) La opinión de los niños niñas y adolescentes.

La Corte Interamericana, en los considerandos de su Opinión Consultiva, señala que “si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la

promoción y preservación de sus derechos”²¹.

Asimismo, estableció “que la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”²².

En este sentido, sirve a modo de ejemplo lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño: “La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública”²³.

c) Supervivencia y desarrollo (artículo 6 de la CDN)

Implica el derecho a la vida y la obligación de los Estados Parte de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño²⁴.

El artículo 6 de la CDN señala que los Estados Parte deben garantizar la supervivencia y desarrollo de los niños y niñas²⁵; y en el artículo 27 se reconoce el derecho de ellos y ellas a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; mientras que el artículo 19 se compromete a los Estados a tomar todas las medidas necesarias (legislativas, administrativas, sociales y educativas) para protegerlos de todo tipo de abuso, malos tratos, explotación, etc.

El Comité señala que supuestos como la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación –expresamente prohibida en el artículo 37 (a) de la Convención– y el recurso a la privación de libertad tienen consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificultan gravemente su reintegración en la sociedad²⁶.

En el mismo sentido, la Corte, en la parte resolutive de la Opinión Consultiva, estableció que “la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”²⁷.

Se debe establecer, como principio de política pública, la no judicialización de la pobreza, determinándose que ante la amenaza o violación de derechos a consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar sean programas que permitan el pleno goce y ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales a través de la atención directa de carácter obligatoria para el Gobierno Provincial y en su caso para los municipios.

d) Derecho a opinar y a ser oído (artículo 12 de la CDN)

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su madurez y desarrollo²⁸.

Se debe garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin

más límites que los derivados de su interés superior²⁹.

“Este derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso, desde la fase instructora, cuando el niño tiene derecho tanto a permanecer en silencio como a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez de instrucción, hasta las fases resolutoria y de ejecución de las medidas impuestas. En otras palabras, debe darse al niño la oportunidad de expresar su opinión libremente, y ésta deberá tenerse debidamente en cuenta, en función de la edad y la madurez del niño (art. 12 1), durante todo el proceso de la justicia de menores”³⁰. Incluso, se debe dar al niño la oportunidad de expresar su opinión sobre las medidas (sustitutivas) que podrían imponerse, y deberán tenerse debidamente en consideración los deseos o preferencias que el niño pueda tener al respecto³¹.

El artículo 14 de las Reglas de Beijing estipula que el procedimiento se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente. La edad y el grado de madurez del niño también pueden hacer necesario modificar los procedimientos y las prácticas judiciales, garantizando el derecho a una participación efectiva en los procedimientos, como lo estipula el artículo 40 2 b IV.

3.2 Derechos y garantías

Históricamente, el Sistema de Justicia Penal de menores, tanto en el ámbito nacional como el provincial, ha sido de carácter tutelar y por lo tanto ha estado basado en una legislación y práctica procesal penal carente de las mínimas garantías del proceso penal moderno³².

La característica principal ha sido la confusión entre la infracción de leyes penales por parte del “menor” y las llamadas causas asistenciales que provienen de una situación de desventaja social, pobreza o abandono, lo cual se traduce en la criminalización de la pobreza, generando un sistema punitivo encubierto que no está formalizado.

Esto ha permitido la adopción de medidas para la “protección de los menores”, justificando formas irrestrictas de intervención coactiva sobre los mismos, con carácter indeterminado y sin observancia del debido proceso legal.

En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que “las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el derecho de los derechos humanos” y que “...a nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37 y 40”³³.

Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención reconocen a todas las personas por igual y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en todos los procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño³⁴.

Desde ya es importante aclarar que debemos distinguir la desjudicialización de los temas que afectan a las personas menores de edad de la obligación de garantizar el acceso de a la justicia, en cuanto se debe prever que toda medida que signifique la restricción u omisión de la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes sea recurrible en al ámbito judicial.

Todo proceso judicial deberá respetar el debido proceso legal y las garantías procesales y sustanciales contenidas en la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño y la normativa internacional, en especial los siguientes derechos y garantías:

- principio de legalidad
- principio de culpabilidad
- principio de reserva
- principio de lesividad
- principio de igualdad
- derecho a que la privación de libertad sea determinada por orden de un juez competente, y como medida de último recurso.
- derecho de defensa
- presunción de inocencia
- derecho a ser oído
- derecho al contradictorio
- derecho a recurrir la medida

3.3 Garantías sustantivas y procesales

a) Principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*)

La pena debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor. Toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin ella³⁵.

Tradicionalmente, el régimen de menores hace eje en la “culpabilidad del autor” cuando prescribe que si el menor se haya abandonado, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo, lo que vulnera la presunción de inocencia.

También debe establecerse una edad de imputabilidad. Desde la perspectiva penal, ésta establece la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión.

El “derecho penal de culpabilidad” debe completarse, para mayor garantía, con el concepto de “culpabilidad por el hecho” como principio que se opone a la “culpabilidad de autor”, lo que significa que no deberá considerarse otra cosa que el hecho delictivo. Para ello es necesario que la investigación y eventual sanción surja en función del hecho cometido y no de circunstancias personales.

Como lo señalara la Corte Interamericana en la parte resolutoria de su Opinión Consultiva, “... que la conducta que motive la intervención del Estado ...debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas...”³⁶.

b) Principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

Sin una ley que lo haya declarado previamente punible, ningún hecho puede me-

recer una pena, violando este principio cualquier intento de ampliar la competencia de los jueces a otros comportamientos no tipificados que puedan considerarse problemáticos, con lo cual el principio de legalidad pierde vigencia. De esta manera, se trata de evitar la aplicación de criterios discrecionales y la adopción de decisiones basadas en las condiciones personales del niño o la niña³⁷.

Como lo afirmara la Corte Interamericana: *“La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal ‘implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales’. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños”*³⁸.

La privación de libertad de jóvenes, justificada por un riesgo social, significa la aplicación de una sanción no tipificada, lo cual vulnera el principio de legalidad de la pena³⁹.

Asimismo, se debe tener presente el principio de legalidad en las medidas cautelares personales, por lo cual durante el juicio no se podrá citar, detener ni someter a prisión preventiva, sino en los casos y en la forma permitidos por la ley.

En la Observación General 10, el Comité reafirma que *“en el apartado a del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención se dispone que la regla de que nadie será declarado culpable de haber cometido un delito por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, no fueran delictivos según las leyes nacionales o internacionales, también es aplicable a los niños (véase también artículo 15 del Pacto). Esto significa que ningún niño puede ser acusado o condenado, a tenor de la legislación penal, por actos u omisiones que en el momento de su comisión no estuvieran prohibidos por las leyes nacionales o internacionales... Ningún niño será castigado con una pena más grave que la aplicable en el momento de haberse cometido la infracción de la ley penal. Si con posterioridad a la comisión del acto se produce un cambio legislativo por el que se impone una pena más leve, el niño deberá beneficiarse de ese cambio”*⁴⁰.

c) Principio de humanidad

Este principio tiene el propósito de prohibir a las autoridades la comisión de abusos durante el cumplimiento de una pena o durante la institucionalización de niños, niñas y adolescentes.

Esto implica tanto el reconocimiento del derecho a la integridad personal y la prohibición expresa de aplicar pena de muerte, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, como señalar los fines reeducativos y tendientes a la reinserción social de los que reciben las medidas⁴¹.

La medida privativa de libertad en ningún caso puede implicar la pérdida de los derechos que sean compatibles con ella e incluso deben reconocérseles todos aquellos derechos que sean necesarios para su adecuada socialización.

Esto implica el pleno respeto a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los menores privados de libertad. La institución debe garantizar y posibilitar el ejercicio de esos derechos, en tanto sean compatibles con la privación de libertad⁴².

d) Principio de jurisdiccionalidad

Se refiere a la administración de justicia por parte de un juez natural y a la independencia e imparcialidad del órgano⁴³.

En el artículo 5.5 de la Convención Americana se contempla la necesidad de que los procesos acerca de menores de edad sean llevados ante jueces especializados⁴⁴.

e) Principio del contradictorio

Se refiere a la importancia de que los distintos roles procesales estén claramente definidos, siendo característico de los sistemas tutelares el sistema inquisitivo definido, porque el órgano acusador no existe y el juez actúa en el doble carácter de órgano de acusación y de decisión⁴⁵.

En contraposición con ese sistema, se debe contar con un ministerio público que investiga y acusa y con un tribunal imparcial, letrado y especializado, que resuelve el conflicto, garantizando el derecho a la defensa.

Esto conlleva el derecho a la defensa y para ello el derecho a ser oído durante el procedimiento y en cualquiera de sus momentos. Por este medio el imputado ejercita su defensa material, contradiciendo la imputación o los elementos probatorios en los cuales ella se funda.

La Corte Interamericana resalta la importancia de este principio cuando señala que *“... en todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio en las actuaciones, al que atienden las normas que en diversos instrumentos disponen la intervención del niño por sí o mediante representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros”*⁴⁶.

f) Principio de la inviolabilidad de la defensa

Es esencial la presencia del defensor técnico en todos los actos procesales. Este principio significa que toda persona disfrute efectivamente del derecho de preparar su defensa adecuadamente, lo que implica conocer los cargos y las pruebas en su contra, así como el derecho a una asistencia letrada idónea durante todo el proceso⁴⁷.

g) Principio de publicidad del proceso

De conformidad con este principio, todos los actores intervinientes deben conocer y tener acceso a las actuaciones procesales como un medio de poder controlar el desarrollo del proceso y evitar poner en una posición de indefensión a alguno de ellos. En este caso, la publicidad puede ser limitada en beneficio de la dignidad e intimidad de los niños, niñas y adolescentes intervinientes en la causa para evitar su estigmatización⁴⁸.

En este último punto, el Comité de los Derechos del Niño explicita que *“... las autoridades públicas deben ser muy reacias a emitir comunicados de prensa sobre los delitos presuntamente cometidos por niños y limitar esos comunicados a casos muy excepcionales. Deben adoptar medidas para que los niños no puedan ser identificados por medio de esos comunicados de prensa. Los periodistas que vulneren el derecho a la vida privada de un niño que tenga conflictos con la justicia deberán ser sancionados con medidas disciplinarias y, cuando sea necesario*

(por ejemplo en caso de reincidencia), con sanciones penales” y que “... con miras a evitar la estigmatización y/o los prejuicios, los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente (véanse las Reglas de Beijing 21.1 y 21.2), o como base para dictar sentencia en esos procesos futuros”⁴⁹.

De la misma manera, la Corte Interamericana establece que “... cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios y estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”⁵⁰.

h) Principio de impugnación o revisión

Supone la existencia de un órgano superior ante el cual se pueda recurrir la decisión adoptada. También se debe prever la habilitación del hábeas corpus y otras acciones similares contra las resoluciones judiciales que dispongan privaciones de libertad procesales o la prolongación de ellas⁵¹.

El Comité de los Derechos del Niño señala que “... el niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia. Esta garantía es análoga a la formulada en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El derecho de apelación no se limita a los delitos más graves...”⁵².

i) Principio non bis in idem

Se trata de la garantía de que quien ha sido procesado por determinados hechos no podrá ser enjuiciado nuevamente por los mismos hechos⁵³.

j) Principio de oportunidad

Representa la posibilidad de prescindir de la persecución de un hecho punible ya sea por su poca importancia o gravedad, o por razones de conveniencia para la investigación y cuando es conveniente para la vida futura del imputado.

k) Privación de libertad como ultima ratio

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en la ley. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente.

La privación de libertad personal, entendida como colocación del niño, niña o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, se debe realizar de conformidad con la ley y se aplicará como medida de último recurso, determinada y durante el período más breve posible⁵⁴.

Se debe tener presente la definición de la regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, cuando dispone que “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el inter-

namiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

La privación de libertad debe constituir la *ultima ratio*. En el caso que sea inevitable la privación de libertad, se debe respetar sin excepciones la prohibición de recluir a niños, niñas y adolescentes en establecimientos para adultos, y respetar sus derechos a continuar el desarrollo educativo o profesional, realizar actividades recreativas, conocer el procedimiento para presentar quejas, estar en un ambiente físico adecuado e higiénico, contar con atención médica suficiente, recibir visitas de sus familiares y ser reintegrado gradualmente a la normalidad social⁵⁵.

El Comité, en la OG 10, resalta que “los niños que tienen conflictos con la justicia, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato que promueva su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad (artículos 40.1 de la Convención). La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizarán tan sólo como medida de último recurso (artículo 37 b). Por tanto, es necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de justicia de menores, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida. Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (art. 40 4)” y que “...la aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención”⁵⁶.

En cuanto a la detención preventiva, y relacionada con el principio de presunción de inocencia, resultan aplicables a esta materia el artículo 8.2 g de la Convención Americana, que establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, y el artículo 40.2 b de la Convención de los Derechos del Niño, que afirma que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le debe garantizar que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

En igual sentido, la regla 17 de las Reglas de Tokio señala que se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales a la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los Tribunales de Menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

Por último, el Comité ha establecido que no se condenará a cadena perpetua sin posibilidad de puesta en libertad o libertad condicional a ningún joven que tuviera menos de 18 años en el momento de cometer el delito⁵⁷.

l) Control de la ejecución de las medidas privativas de la libertad

Partiendo de que la privación de libertad en caso de menores de edad tendrá que

ser medida de último recurso y tomando en cuenta la prohibición de la detención de personas menores de edad en establecimientos de adultos, el control en este aspecto debe ser tratado con el máximo cuidado.

El Comité de los Derechos del Niño insta a aplicar plenamente las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, teniendo en cuenta al mismo tiempo, cuando proceda, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁵⁸.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en el artículo 14, establecen que *“la protección de los derechos individuales de los menores, por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención, será garantizada por la autoridad judicial competente, mientras que los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención”*.

m) Libertad condicional

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) sólo se refieren a la concesión de la libertad condicional en el artículo 28 inciso 1, que dice que *“la autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible”*.

En el inciso 2 del mismo artículo se establece que *“los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos y el pleno apoyo de la comunidad”*.

n) Adopción de medidas alternativas al proceso penal

Las alternativas de la prisión deben ser la regla y la prisión la excepción. Las medidas no privativas de la libertad se utilizarán de acuerdo con el principio de mínima intervención⁵⁹.

Es importante aclarar que las medidas, aún cuando no impliquen privación de libertad, deben regularse por principios de estricta legalidad penal, tales como los de culpabilidad, determinación, fundamentación debida y necesidad, como también bajo los criterios de intervención mínima, racionalidad y proporcionalidad.

Conforme lo prevé el artículo 40 de la CDN, el tratamiento de los jóvenes infractores deberá fomentar *“... 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 su reintegración y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”*.

Las medidas deben ser siempre proporcionales y estar fundamentadas en el interés superior del niño y su reintegración familiar y comunitaria.

El Comité, en su Observación 10, establece que *“... la decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal... El Comité desea subrayar que las autoridades competentes –el fiscal, en la mayoría de los Estados– deben considerar continuamente las alternativas posibles a una sentencia condenatoria. La adopción de la medida de que se trate*

*deberá presentarse al menor como una manera de suspender el procedimiento penal de menores, al que se pondrá fin si la medida se ha llevado a cabo de manera satisfactoria”*⁶⁰.

4 • Conclusión

Los niños, niñas y adolescentes son titulares de los derechos fundamentales consagrados no solo por la Convención de los Derechos del Niño, sino también por otros instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)”⁶¹, la Corte Interamericana destacó la existencia de un *“muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”*, del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana.

Como afirmó la Corte Interamericana en su OC 17, *“de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección”*⁶².

Cuando se plantea un modelo de justicia penal especial para la adolescencia y la juventud, se trata de un sistema en el que las medidas se apliquen sólo cuando se incurra en la comisión de un hecho considerado con anterioridad por la ley como delito, y no por la situación de riesgo en que se encuentre o presuponga el sujeto, evitando así que las situaciones sociales pasen a ser de competencia de la ley penal.

Se trata de la transición de una jurisdicción altamente discriminante y excluyente, sin las garantías del debido proceso, hacia un sistema de responsabilidad y de carácter garantista en relación con los niños, niñas y adolescentes, en el cual la jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías, adoptando medidas orientadas al reparo de la víctima y a la reeducación del menor de edad infractor a la ley, y relegando a casos absolutamente necesarios y excepcionales la utilización de la privación de la libertad.

Es dable recordar, como afirmó la Corte Suprema, que es fundamental que los tribunales argentinos cumplan con los estándares a los que está sometida la tarea judicial, de acuerdo con los instrumentos internacionales aprobados por el país, de modo tal que sus fallos puedan resistir el desafío de su impugnación ante instancias competentes para fijar la responsabilidad del Estado Argentino⁶³.

Notas

1 - Caso “Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala” - CtIADH, Serie C, n.º 63, pp. 78-79, párrafo 191.

2 - El Comité recomienda al Estado Parte que: c) Vele por que la legislación provincial en su conjunto se ajuste plenamente a las disposiciones y los principios de la Convención; Comité De Los Derechos Del Niño - 31º Período de Sesiones, Examen de los Informes Presentados por los Estados Parte en Virtud del Artículo 44 de la Convención, Observaciones Finales: Argentina, Crc/C/15/Add.187, 9 de octubre de 2002, español.

3 - El artículo 75 inciso 22, de la Constitución Nacional, reformada en 1994, le ha dado jerarquía constitucional a:

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

Con posterioridad, adquieren jerarquía constitucional en uso de la atribución que el artículo 75 inc. 22 le otorga al Congreso:

- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas-1997;
- Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad-2003.

4 - En lo que respecta al rol del Comité, la CSJN, en el caso “Maldonado”, estableció que el Comité de los Derechos del Niño es el intérprete de la Convención. “El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD)”, párrafo 33, CSJN, “M., D. E. y otro”, 7/12/2005. Tener en cuenta que a la fecha del fallo de la CSJN, la Observación General 10 no había sido adoptada todavía por el Comité.

5 - Observación General 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores. Comité De Los Derechos Del Niño. 44º Período de Sesiones. Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

6 - El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió en ejercicio de su función consultiva prevista por el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Opinión Consultiva 17 sobre la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

7 - En lo relativo al carácter e importancia de una opinión consultiva de la Corte Interamericana en nuestro ordenamiento jurídico, se debe tener en cuenta que a partir del caso de la CSJN “Giroldi, Horacio y otro s/ Recurso De Casación-Causa n.º 32/93” 07/04/1995” se resuelve que “...la ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las ‘condiciones de su vigencia’ (art. 75 inc. 22 párrafo 2), esto es, tal como la Con-

vención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”. La doctrina Giroldi ha sido ratificada por la CSJN en su actual composición en varios casos recientes.

8 - El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño dice que “Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.

9 - Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (en adelante “Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985.

10 - Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

11 - Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990.

12 - “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 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”, OC 17 - Párrafo 56.

13 - OG 10 - Párrafo 8.

14 - *Human Rights Committee, General Comment 13, Equity before the Courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law* (art. 14). 13/04/84, CCPR/C/21, pág. 4.

15 - OG 10 - Párrafos 4 y 5.

16 - Artículo 2 - Obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. Esta obligación de no discriminación exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. Observación General n.º 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) CRC/GC/2003/5 27 de noviembre de 2003.

17 - OC 17 - Párrafo 43.

18 - OG 10 - Párrafo 6.

19 - “Comportamientos como el vagabundeo, la vida en la calle o las escapadas del hogar deben afrontarse mediante la adopción de medidas de protección de la infancia, en particular prestando apoyo efectivo a los padres y otras personas encargadas de su cuidado y adoptando medidas que afronten las causas básicas de ese comportamiento”, OG 10 - Párrafo 9.

20 - Artículo 3, párrafo 1 - El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. El artículo se refiere a las medidas que tomen “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales han de aplicar el principio del

interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten.

21 - OC 17 - Párrafo 59.

22 - Ídem - Opinión Mayoría - Párrafo 1.

23 - OG 10 - Párrafo 10.

24 - El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños. Observación General 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5 27 de noviembre de 2003.

25 - Artículo 6. 1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

26 - OG 10 - Párrafo 11.

27 - OC 17 - Párrafo 8.

28 - Párrafo 33. Teniendo presente el artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda al Estado Parte que: “b) Garantice que todos los niños que tengan suficiente madurez puedan expresar sus opiniones y ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte; c) Organice campañas para sensibilizar a los niños, los padres, los profesionales que trabajan con niños o para ellos y la población en general de que los niños tienen derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones.” Comité de los Derechos del Niño - 31º Período de Sesiones, Examen de los Informes Presentados por los Estados Parte en Virtud del Artículo 44 de la Convención, Observaciones Finales: Argentina, Crc/C/15/Add.187, 9 de octubre de 2002, español.

29 - En carácter de excepción, restringida en su alcance y tiempo y sólo cuando el ejercicio personal de este derecho no resulte conveniente al interés superior del niño, o en los casos de niños, niñas y jóvenes con necesidades especiales, se permitirá el ejercicio de este derecho por medio de sus padres representantes o responsables, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño, niña o adolescente, o a través de otras personas que por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión.

30 - OG 10 - Párrafo 44.

31 - Ídem - Párrafo 18.

32 - Así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo “Maldonado” cuando afirma que “otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son ‘dispuestos’, ‘internados’ o ‘reeducados’ o ‘sujetos de medidas tutelares’. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la ‘libertad ambulatoria’, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias” y que “...siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio”, párrafos 26 y 27, CSJN. “M., D. E. y otro”, 7/12/2005.

33 - OC 17 - Párrafos 115 y 118.

34 - Ídem - Párrafo 95.

35 - La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra en el artículo 8 inciso 2 la presunción de inocencia, la que se deriva del principio de culpabilidad, diciendo que: “toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, en el mismo sentido que la Convención Americana, consagra la presunción de inocencia en el artículo 40 inciso 2 i.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), en la regla 2.2.c dicen que “menor delincuente es todo joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito”.

36 - OC 17 - Opinión - Párrafo 12.

37 - Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella”.

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, artículo 37 inciso b: “Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

En el artículo 40 inciso 2 a se establece: “Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes por actos u omisiones que no están prohibidos por leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.

La Constitución Nacional/1853, en su art.18, dice: “Ningún habitante de la Nación podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacados de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...”.

En la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, en el punto 2 inciso 2 b se define como “delito es todo comportamiento penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate”.

38 - OC 17 - Párrafos 107 y 108.

39 - OC 17 - Párrafo 110. Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurrir en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.

40 - OG 10 - Párrafos 41 y 42.

41 - En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 4 inciso 5 establece que “no se impondrá la pena de muerte a persona que en momento de la comisión del delito tuvieren menos de 18 años de edad o más de 70...”.

En el artículo 5 inciso 2 se dice que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

La Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 37 inciso a, establece que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”. En el inciso c) del mismo artículo, se dice que “todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas salvo en circunstancias excepcionales”.

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en la regla 1 inciso 4 se establece: “La justicia de menores se ha de concebir como una parte importante del proceso de desarrollo de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad”.

Las mismas reglas en la regla 17 inciso 2 dicen: “Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital”. En la misma regla, en el inciso 3, se establece: “Los menores no serán sancionados con penas corporales”.

42 - Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en la regla 12, expresan: “A los menores privados de libertad no se les deberá negar, por razón de su situación, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o internacional y que sean compatibles con la privación de libertad, por ejemplo, los derechos y prestaciones de la seguridad social, la libertad de asociación y, al alcanzar la edad mínima exigida por la ley, el derecho a contraer matrimonio”.

43 - La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8 inciso 1, se refiere a este principio al decir: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...”.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, en el artículo 37 inciso d, establece: “Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un Tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

La misma Convención, en el artículo 40 inciso 2, al establecer las garantías que los Estados Parte deben proclamar, dice en el punto III que todo niño acusado de haber infringido las leyes penales tiene derecho “a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial...”.

44 - Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5.5: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

45 - La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8 inciso 2, establece: “...Durante el proceso, toda persona tiene derechos, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no halla el idioma del juzgado o tribunal; inciso b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada... f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en el artículo 40, establece varios de-

rechos que se refieren al contradictorio, a saber: en el inciso 2, b, II: “a ser informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o su representante legal, de los cargos que pesan contra él...”; en el inciso 2, b, III: “a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley...”; en el inciso 2, b, IV: “a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable, interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad...”; en el inciso 2, b, VI: “a que el niño tenga la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado”.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en la regla 7 inciso 1, dicen que “se respetarán las garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso, como (...) el derecho a que se le notifiquen las acusaciones, (...) el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a estos...”. En la regla 14 se hace referencia al tema cuando dice en el inciso 1 que “todo menor delincuente (...) será puesto a disposición de la autoridad competente que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo”.

46 - OC 17 - Párrafo 132.

47 - La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en el artículo 8, establece el derecho a: c) “concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”, d) “derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”, e) “derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño consagra este principio en el artículo 37 inciso d diciendo que “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada...”. Entre las garantías básicas que se consagran en el artículo 40, se encuentra la asistencia jurídica u otra asistencia apropiada (artículo 40 2 b ii) y en el inciso 3 se establece el derecho: “a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley y en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado...”.

Las Reglas de Beijing, en la regla 7 inciso 1 y en la regla 15, consagran “el derecho al asesoramiento...” y que “el menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso y a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando está prevista la prestación de dicha ayuda en el país”.

48 - La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8 inciso 5, establece que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece, en el artículo 40 inciso 2, b el derecho del niño “a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en la regla 8, establecen: “Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad”. En la regla 21, se 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 otras personas debidamente autorizadas” y que “los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos

a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”.

49 - OG 10 - Párrafos 64 y 66.

50 - OC 17 - Párrafo 134.

51 - La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece este principio en el artículo 8 inciso h, al decir: “Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

En el artículo 7 inciso 6 también se refiere a este principio al decir que “toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Parte cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal o cual amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 37 inciso d, establece: “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

En el artículo 40 inciso b) 2, v) se dice que “en caso de que se considere que ha infringido las leyes penales, a que esta decisión y toda medida impuesta en consecuencia sean sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”.

Las Reglas de Beijing, en la regla 7 inciso 1, enumeran, entre las garantías procesales básicas “...el derecho de apelación ante una autoridad superior”.

52 - OG 10 - Párrafo 60.

53 - Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.4: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

54 - La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 37, inc. b, establece: “Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

La regla 13 de las Reglas de Beijing establece la utilización de la prisión preventiva como último recurso, durante el plazo más breve posible. La 13.2 establece: “Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias a la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o institución educativa”.

55 - OG 10 - Párrafo 85. “Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos. No se privará a un menor de libertad en una prisión u otro centro de adultos. (...) La excepción contemplada en el párrafo c) del artículo 37 de la Convención, en el sentido de que la separación deberá efectuarse ‘a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño’, debe interpretarse de manera restrictiva...”.

56 - OG 10 - Párrafos 23 y 71.

57 - Ídem - Párrafo 77.

58 - OG 10 - Párrafo 89. El Comité quiere destacar que, en todos los casos de privación de libertad, son aplicables, entre otros, los siguientes principios y normas:

-El medio físico y los locales para menores deben responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores, teniéndose debidamente en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento;

-Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Además, siem-

pre que sea posible, tiene derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo;

-Todo menor tiene derecho a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores/correccional y a recibir atención médica adecuada durante su estancia en el centro, cuando sea posible, en servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad;

-El personal del centro debe fomentar y facilitar contactos frecuentes del menor con la comunidad en general, en particular comunicaciones con sus familiares, amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la oportunidad de visitar su hogar y su familia;

-Sólo podrá hacerse uso de coerción o de la fuerza cuando el menor represente una amenaza inminente para sí o para los demás, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control. El uso de coerción o de la fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de esos medios como castigo. Deberá informarse al personal del centro de las normas aplicables, y se sancionará adecuadamente a los que hagan uso de la coerción o la fuerza vulnerando esas normas;

-Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional; deben prohibirse terminantemente las medidas disciplinarias que infrinjan el artículo 37 de la Convención, en particular los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del menor;

-Todo niño tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente, y a ser informado sin demora de la respuesta; los niños deben tener conocimiento de estos mecanismos y poder acceder a ellos fácilmente.

59 - En el art. 40. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que “se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad se hace referencia a sanciones verbales como, la amonestación, la represión, y la advertencia, la liberación condicional, imposición de servicios a la comunidad, obligación de acudir regularmente a un centro determinado, arresto domiciliario, etc.

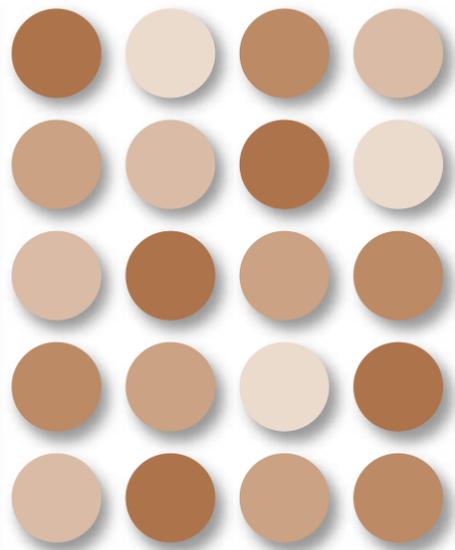
En la regla 18 de las Reglas de Beijing se establece que “para mayor flexibilidad y para evitar, en la medida de lo posible, confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicar simultáneamente, figuran las siguientes: a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) libertad vigilada; c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) sanciones económicas-indemnizaciones y devoluciones; e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) órdenes de participar en sesiones de tratamiento colectivo y en actividades análogas; g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) otras órdenes pertinentes”.

60 - OG 10 - Párrafo 68.

61 - Caso “Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala”.

62 - OC 17 - Opinión - Párrafo 1.

63 - Fallo “Maldonado” - Párrafo 22 - Voto Dra. Argibay.



De niños y penas. Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires

Ernesto Eduardo Domenech
María José Lescano
Inés Jaureguiberry

Ernesto Eduardo Domenech

Abogado y Licenciado especialista en Ciencias Penales de la UNLP. Es profesor titular de Derecho Penal 1 y profesor de Política Criminal, Epistemología Penal y Derecho Penal de los Menores de la Especialización en Derecho Penal de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales bajo su dirección. Dirige el Instituto de Derecho Penal y de Derechos del Niño.

Inés Jaureguiberry

Abogada, Universidad Nacional de La Plata. Desde el Instituto de Derechos del Niño ha integrado y coordinado proyectos de extensión universitaria y realizado diversas actividades de capacitación y docencia. En la actualidad se encuentra realizando un Master en Derecho por la Universidad de Yale (2010).

María José Lescano

Abogada, Universidad Nacional de La Plata. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Secretaria del Instituto de Derechos del Niño. Juez de Garantías del Joven, titular del Juzgado N°1 del departamento judicial de La Plata.

1 • Los niños en Buenos Aires. Una revolución inconclusa

1.1 El poder de juzgar niños en el Patronato

El paradigma del Patronato cumplió en la Provincia de Buenos Aires¹ el mayor de sus deseos: la institución del juez de menores como un “buen padre de familia” a través de la sanción de la Ley Provincial 4.664 de Creación de Tribunales de Menores². Una verdadera curiosidad: un juez único, pero denominado tribunal. Uno y trino como misterio divino. Único era el cargo, trinos eran, en cambio, los saberes pensados al modelar y diseñar los procedimientos: el jurídico, el médico, el social. De este modo, ciertas opiniones eran indispensables para tomar decisiones sobre los niños infractores de la ley penal: la del médico, la del psicólogo, la del asistente social.

La desmesura no sólo atravesaba el nombre de la institución, sino también el poder de juzgar de los jueces de menores, porque sus facultades estaban reguladas concentrando un poder de decisión que en los adultos se fragmenta para fanatizar sus derechos.

¿En qué se manifestaba? De maneras diversas.

- En primer lugar, por las posibilidades penales que la legislación nacional le otorgaba, muchas veces asociadas a expresiones de singular vaguedad como “peligro moral y material”, pero también por otros factores.
- Luego, en la competencia múltiple que caracterizaba al juez de menores, que era juez de familia y juez penal, juez de niños, pero también de adultos (en las materias civil y contravencional).
- Además, en los juicios de infancia no habían partes claras: el asesor de menores se comportaba a la vez como fiscal (defendiendo los intereses sociales) y como defensor del niño, aunque los padres del menor podían, sujetos a la decisión del juez, proponerle un abogado particular.
- Por otra parte, el mismo juez que investigaba el delito era quien debía fallar el caso en definitivo, de modo que el juez del juicio tenía, de alguna manera, comprometida ya su opinión antes de decidir. Era juez de pesquisa y sentencia.
- Los hechos se probaban mediante un sistema de convicciones libres, que en realidad se emplea cuando es más de una persona la que debe decidir. Pero los Tribunales de Menores eran, en realidad, unipersonales.
- Las decisiones que el juez tomaba eran recurribles, pero en forma limitada. Sólo las cuestiones “de derecho” eran sometidas a las Cámaras de Apelación, no las “cuestiones de hecho”.
- Por último, el mismo juez que dictaba la sentencia controlaba su ejecución. Era por tanto este magistrado *buen padre de familia*, juez de ejecución.

Semejante concentración de poder exigía, en este diseño institucional, un saber especializado que se requería para ocupar el cargo.

Desde el inicio mismo de este fuero, estas características sufrieron serias críticas constitucionales, aun sin la existencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), básicamente por agravar el derecho de defensa en juicio y el de la igualdad constitucional. Leyes similares fueron declaradas inconstitucionales por la Corte de los Estados Unidos, un país cuya constitución ha servido de modelo inspirador a la nuestra.

1.2 Los cambios en la actualidad

En la jurisdicción provincial, después de numerosos y frustrados intentos de modificación legislativa³, se ha llegado a la situación legal actual⁴, con la impronta que supuso la aprobación de la Ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y sus complementarias⁵. Cambio profundo que alcanzó a la distribución de competencia entre los poderes del Estado, y concretamente en los fueros de familia y penal, que habrán de entender en los problemas de la infancia. ¿Cómo caracterizarlos?

En este nuevo esquema, la figura del juez de menores ha desaparecido. Sus diversos poderes han sido fragmentados. Las cuestiones “asistenciales” no son ya de su competencia, sino que se abordan por la Administración Pública (provincial y municipal) a través del llamado Sistema de Promoción y Protección de Derechos⁶.

Las situaciones conflictivas que se susciten, cuando medien vulneraciones de derechos, serán atendidas por los jueces de familia, quienes habrán de decidir en torno a ellas con un proceso de partes, bilateralizado, con mecanismos de mediación y generosidad recursiva.

En el fuero penal aparecieron nuevos actores, nuevos órganos de decisión y nuevos procedimientos.

A partir de la Ley 13.634 del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño –que introdujo ciertas reformas a la anterior–, se construyó el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Así se fue diseñando un proceso penal para el niño⁷, similar al proceso penal de los adultos, que se aplica en forma subsidiaria⁸. Un proceso acusatorio, de partes y de terceros imparciales, en el cual el desempeño de los fiscales y defensores especializados y la presencia del juez de garantías, generan el grato auspicio de pensar que la justicia de los jóvenes ya no será entendida como una jurisdicción de “interés menor”.

La pesquisa se inicia con la denominada Investigación Penal Preparatoria, que se encuentra a cargo del fiscal⁹. Los plazos para su realización son breves y precisos¹⁰, y si bien la recolección de pruebas se orienta a acreditar el hecho y la autoría o participación del joven presunto infractor, en ocasiones el fiscal del joven requerirá también jurisdiccionalmente por aquellos adultos que pudieron haber intervenido en el evento dañoso¹¹.

El juzgamiento se realiza por órganos diferentes de los que han participado en la Investigación Penal Preparatoria y que varían desde jueces unipersonales para delitos menos graves, hasta Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil, que se conforman con tres de esos jueces¹².

El derecho con jerarquía constitucional a la doble instancia judicial se efectiviza con la intervención de las Cámaras de Garantías ante las que se recurre en el reconocimiento de una amplia legitimación activa. En esa instancia se revisan tanto decisiones de la investigación preliminar del hecho como la decisión final del juicio propiamente dicho. También las vinculadas a las medidas cautelares y las inherentes a la ejecución de las consecuencias jurídicas. El recurso es siempre el mismo aunque con diferentes denominaciones. La apelación se interpone en forma oral o escrita según la etapa del proceso que se trate.

A diferencia del proceso de adultos en la provincia, se ha eliminado el recurso de Casación, y no se han previsto jueces especiales para la ejecución, sino que la misma es controlada por el propio órgano que impusiere la medida a cumplir.

Vale observar que estas dos instituciones (Tribunal de Casación y Juzgados de Ejecución), en el sistema procesal que rige para los adultos, han “colapsado” por la cantidad de casos a resolver, sea por diseños jurisdiccionales inadecuados o por imprevisión o ineficiencia en la gestión que acompañó a la innovación legal. Bien podría pensarse entonces que, frente a esta realidad, el legislador provincial estimó prudente no incorporar tales instituciones al sistema de infancia que se creaba.

Es importante destacar que la ley exige la especialización de los operadores como condición para ocupar el cargo, y asimismo menciona la necesidad de contemplar procesos de capacitación. La curiosidad radica, sin embargo, en que dicha capacitación se requiera en los operadores jurídicos de primera instancia, pero no así para los magistrados que deban resolver las apelaciones.

Como nota relevante, queda claro en el nuevo diseño procesal que los niños gozan de las mismas garantías que tienen los adultos que son sometidos a la justicia penal. Y en determinadas situaciones, el legislador ha establecido un mayor resguardo, precisamente en consideración a la situación evolutiva del joven, que es una persona en transición, en desarrollo. A modo de ejemplo puede citarse la garantía expresamente introducida por el artículo 67 de la Ley 13.634 que establece que si la sentencia condenatoria dictada al adulto es más leve que la que se aplique al niño en un caso concreto, deberá procederse a una revisión oficiosa.

La ley ha contemplado la posibilidad de aplicar medidas cautelares sobre el joven imputable y aplicarle hasta prisión preventiva. Pero no ha agotado allí sus regulaciones: ha previsto la posibilidad de aplicar consecuencias jurídicas a los niños no punibles y hasta ha regulado su incidencia al momento de computar las penas.

Vale la pena detenerse en estas reglas, pues como puede verse, reiteran una singular tensión normativa que posee diversas aristas. Por un lado, muestran una extraña tendencia por parte del legislador provincial en invadir facultades que han sido delegadas a la Nación. Basta una rápida mirada para advertir que la ley ha regulado instituciones típicas de los sistemas de responsabilidad penal, como son la previsión de consecuencias jurídicas para los jóvenes infractores a la ley penal, el cómputo de la prisión preventiva y la ejecución, que están reglados por la Ley 22.278 del Régimen Penal de Minoridad, el Código Penal y la Ley 24.660 de la Pena Privativa de la Libertad, respectivamente.

Particular tensión se exhibe entre el régimen procesal local y el régimen de responsabilidad penal juvenil, en especial en lo atinente a las consecuencias que deben adoptarse cuando un niño no punible ha entrado en colisión con la ley penal¹³.

Estas tensiones, en sí mismas, evidencian la ausencia de consensos para instituir un nuevo régimen penal juvenil¹⁴. De manera constante se ha reconocido que la Ley 22.278 implica desajustes con las prescripciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Sin embargo, los cuestionamientos no son enunciados con detalle, ni claridad, y mucho menos se ha podido vislumbrar un debate profundo sobre el tema¹⁵. Lo cierto es que las aludidas tensiones han motivado pronunciamientos dispares, y la decisión de la Corte Suprema de no declarar en forma genérica la inconstitucionalidad de la Ley 22.278¹⁶ no hace más que abrir interrogantes.

A su vez, estas tensiones de orden nacional se han replicado en la jurisdicción provincial con relación a la posibilidad de aplicar ciertas medidas a los niños no punibles, una regla que ha merecido reparos de constitucionalidad¹⁷.

2 • Las dificultades para cambiar

Diversos tipos de dificultades, que involucran a todos los poderes y que incluyen a la comunidad, caracterizan los cambios legales en la Provincia de Buenos Aires.

2.1 La anomia legislativa

Una suerte de anomia aparece en los diversos poderes involucrados. A su vez, existe una verdadera anomia legislativa que tiene distintos indicadores.

Por un lado, los procesos de construcción de las leyes se realizan de modo apurado y sin suficiente debate. Por otro, la innovación legal es incesante, lo que provoca no pocas dificultades tanto para conocer adecuadamente las reglas como para aplicarlas e ir construyendo modos acordados de usarlas e interpretarlas.

No son sin duda indicadores desvinculados unos de los otros. Cuando no existen acuerdos y consensos es frecuente que las diferencias y las imprevisiones se manifiesten al momento de aplicar las leyes, lo que motiva que deban ser una y otra vez modificadas¹⁸.

Ambos procesos han caracterizado a los cambios legales en la Provincia de Buenos Aires desde la sanción de leyes que intentaron ajustar la normativa provincial a las prescripciones de la CDN.

En ese sentido, los efectos de esta anomia son serios: una fe desmesurada en los cambios legislativos es de inmediato seguida por un descreimiento en ellos. Las reglas, a poco que se sancionan, son objeto de peticiones o declaraciones de inconstitucionalidad que obedecen a diversos propósitos.

Posponer su vigencia, no aplicar ciertos aspectos de la ley o, como ha ocurrido de manera reciente, sancionar un conjunto de leyes –de manera poco armoniosa– para instaurar en la provincia el nuevo paradigma¹⁹, tendría que llevar a reflexionar acerca de cómo debe utilizarse el instrumento legal para ser idóneo en la transformación de las “prácticas”.

2.2 La anomia judicial

La mencionada anomia legislativa se ha visto acompañada por otra que podríamos denominar judicial, y que se caracteriza por el crecimiento geométrico de declaraciones de inconstitucionalidad, muchas veces de modo genérico y con apartamiento curioso de las circunstancias del caso al que deben aplicarse.

La inconstitucionalidad de las leyes ha sido un recurso frecuente. Muy justificada

en algunos casos (ya hemos visto que las leyes han sido poco respetuosas de las normas constitucionales), en otros se exhibe sin una justificación debida, o dotada de enorme vaguedad y mera apelación a principios poco caracterizados. Esta proliferación excesiva altera la división de los poderes y de la representación política constitucionalmente consagrada.

También son comportamientos anómicos aquellos exhibidos por los operadores judiciales, que según su función, bajo el formato de la nueva legislación, mantienen en sus prácticas el espíritu de la norma propia del Patronato.

2.3 La anomia ejecutiva

La anomia ejecutiva es quizás la más perceptible, en razón de que la matriz de la reforma legal apunta a volcar en el Poder Ejecutivo la responsabilidad de programar y desempeñar políticas activas²⁰ que sean capaces no sólo de satisfacer derechos, sino también de prevenir otras conflictividades en la infancia.

La creación de los Servicios Locales y Zonales de Protección de Derechos y la capacitación del personal en este nuevo abordaje son una clara muestra de la dificultad añadida que tiene la reforma desde la perspectiva del poder administrador.

Si bien ha habido avances considerables en este ámbito, todavía se advierten resistencias de toda índole que obstaculizan el cambio. En ese sentido, no puede soslayarse lo arduo que resulta coordinar la intervención a nivel municipal con la provincia, desde múltiples aspectos, como los referidos a la escuela, el hospital, las instituciones de seguridad, etc.

Por otro lado, de las observaciones empíricas hasta ahora realizadas se percibe que el impacto sobre la problemática de infancia de los Servicios Locales y Zonales de Protección, ha sido dispar en toda la provincia. En parte porque son diversas las complejidades de los asuntos que deben atender en los respectivos distritos, pero también porque previamente a la conformación del sistema eran distintos los niveles de organización institucional que poseían. Además, ha sido fundamentalmente diverso el grado de voluntad política advertido al implementar el cambio²¹.

2.4. Los disensos

Las tensiones descritas en la legislación nacional evidencian la existencia de disensos y criterios diversos de lectura e interpretación de las reglas de la CDN. Un fenómeno que no debe extrañar en absoluto, pues es común a cualquier regla, por los problemas del lenguaje con que las formulamos, y previsible cuando normas de igual jerarquía colisionan entre sí. Y que es mucho mayor cuanto más vagas son las expresiones que se ponen en juego, algo que ocurre sin duda con la formulación de principios genéricos, como el denominado “*interés superior del niño*”²² que se emplea en la CDN.

Estos disensos típicos de regímenes democráticos en los que no impere un pensamiento único, deben ser no sólo tolerados sino bienvenidos, una bienvenida que debería caracterizarse por el mejoramiento de la calidad del debate, el respeto por el opositor y la claridad del lenguaje que se utiliza para debatir y razonar. Cualidades que no son, precisamente, las que sustentan muchas de las expresiones penales que nos circundan.

El modo en que ha nacido la nueva legislación de infancia no ha permitido un

debate claro ni cuidadoso. No ha habido espacio de juego para el disenso. Porque en realidad se ha debatido contra una suerte de enemigo común: “el Patronato”, sistema “viejo y autoritario” que irremediamente debía ser destruido.

Esta falsa antinomia que extrañamente se construyó respecto de la legislación de infancia sólo es una reproducción de lo que ya ha ocurrido con otras cuestiones sociales, en donde el afán de lucha reunió pensamientos disímiles, convocando sus fuerzas para derrotarlo, pero que, ya en el poder, destilan sus diferencias. Ahora bien, desarticulado el Patronato ¿cómo se debía instaurar el nuevo sistema?

Lo expuesto lleva a concluir que la falta de sutileza de los análisis de base, la ausencia de un claro diagnóstico de la realidad sobre la que debe actuar la ley y la simplificación de sus registros, son elementos que de no ser erradicados en el momento oportuno, pueden empañar, oscurecer y poner en grave riesgo el valioso intento de transformación del sistema de infancia que desde antaño se proclama.

3 • Ejes problemáticos del cambio

Más allá de las dificultades señaladas, la nueva legislación enfrenta otros problemas y desafíos:

- El modelo inspirador del régimen procesal de los adultos se encuentra en una crisis severa, que se evidencia en sus numerosos y poco consistentes intentos de cambio. Un ejemplo a citar es la propuesta de un sector político de eliminación del Tribunal de Casación²³. Con dicho antecedente, el desafío que debe afrontar el nuevo sistema de infancia será evitar que “colapse” el funcionamiento de las nuevas instituciones a crear, dadas las propias dificultades que exhibe el sistema penal de adultos que rige en la actualidad.

- Complejo es que el nuevo régimen de la Provincia de Buenos Aires no encuentre su correlato u homologación en una ley nacional que exhiba los principios que emanan de la CDN. Esta disfuncionalidad hace que el marco procesal provincial, en ocasiones y a modo de cubrir lagunas, se exceda involucrando disposiciones que le corresponden regular exclusivamente a la jurisdicción nacional. Es lo que ocurre por ejemplo cuando la legislación provincial “avanza” sobre cuestiones típicamente punitivas, como es la previsión de las consecuencias jurídicas para el supuesto de que un niño infrinja la ley penal.

- La implementación del nuevo sistema depende de una gestión cuidada y de la disponibilidad de recursos suficientes. Este aspecto no ha sido lo suficientemente previsto para la implementación de la nueva ley. La transformación exigida es extraordinaria, alcanza a los tres poderes del Estado y a cada uno de los sujetos que operan en el sistema de infancia.

- En lo que hace al Poder Judicial, ilustrativo resulta observar cómo la nueva normativa introduce cambios profundos en el modo en que se deberá ejercer la magistratura. La función del fiscal, defensor y del asesor, naturalmente también se encuentran alcanzadas por la reforma. Y ello debe ser acompañado por políticas integrales a largo plazo, que permitan ir tallando nuevas mentalidades y nuevas respuestas con una mirada realista respecto del desafío asumido.

- Por otra parte, algunas dificultades normativas no provienen exclusivamente de

la nueva legislación de infancia, sino de las modificaciones e impugnaciones que están sufriendo disposiciones del Código Penal, que reiteradamente se han considerado no constitucionales. Entre ellas figuran cuestionamientos que han sufrido las distintas clases de penas, la reincidencia, la peligrosidad, etc.

De este modo, la legislación punitiva, transformada en un proceso veloz y muy poco consistente, se ha visto controvertida en muchas de sus instituciones. Controversias que tienen lugar en medio de una significativa conflictividad social, cuyo impacto político no es menor, y que pone en tela de juicio la inseguridad y sus sensaciones ciudadanas.

4 • Los problemas de técnica legislativa

Como ha ocurrido con el Código Penal, la técnica legislativa no ha sido adecuada ni cuidadosa. La sola observación de diversas leyes, reglamentaciones y acordadas que componen el actual conjunto normativo de infancia en la provincia de Buenos Aires, es elocuente.

En este aspecto, la Provincia ha dictado leyes proféticas: normas que anuncian la llegada de otras que resolverán las cuestiones, aunque, a su vez, las nuevas han reiterado una y otra vez regulaciones ya previstas en la CDN, la Constitución Nacional y el Código Procesal Penal.

Si se analiza la estructura legal se podrá constatar que un mismo tópico (el recurso de apelación es casi paradigmático) se reglamenta en diversos sitios de la ley, lo que dificulta un acceso claro y sistemático.

A ello se le suma la existencia de lagunas²⁴ y remisiones inadecuadas. No menos inconvenientes ha provocado –y sin dudas lo seguirá haciendo– la aplicación subsidiaria de las reglas procesales de adultos. La aclaración de que ellas serán aplicables ante cualquier cuestión no regulada, “con la especificidad de serlo respecto de niños”, no resulta exenta de vaguedad, y por lo tanto se requerirá de una seria elaboración jurisprudencial que permita superar las incertidumbres actuales. Muchos pueden ser los ejemplos a citar en igual sentido.

5 • Los problemas de gestionar los cambios

La implementación del nuevo sistema depende, como se ha dicho, de una gestión cuidada, consensuada y con disponibilidad de recursos suficientes. Y vale la insistencia, pues abordar las conflictividades que exhibe la infancia en la provincia de Buenos Aires²⁵ no es sólo una variación, cual jugada de ajedrez, del esquema institucional y de sus actores.

El cambio al que se apunta es profundo. No basta con reconocer derechos. Es necesario pensar vías para brindar su satisfacción efectiva, a través del Estado, pero en gran medida, con un fuerte compromiso comunitario.

Con esta nueva ley, la Provincia de Buenos Aires se ha comprometido a afrontar, entre otras muchas cuestiones, los graves problemas que aquejan los barrios más pobres y desfavorecidos, en donde las necesidades más elementales de los niños y jóvenes aún hoy no han sido satisfechas.

Muchos otros son los derechos reconocidos a los niños en la provincia y en la

CDN, pero actuar con franqueza y racionalidad conduce ineludiblemente a establecer prioridades o, al menos, predeterminar acciones de intervención en atención al corto y al mediano plazo.

Por tanto, la nueva ley sólo es el cauce a través del cual debe fluir una política de Estado que sea capaz de absorber –con la intervención coordinada de los tres poderes– esta demanda social, tanto en lo inmediato como en los años venideros.

6 • Las prácticas

Finalmente, la proliferación de reglas destinadas a sustituir el paradigma del Patronato no se ha visto acompañada de la renovación amplia de las prácticas administrativas y judiciales. Y los cursos de capacitación habidos han sido escasos.

Por ello, configurar y evaluar las prácticas que resulten acordes a los parámetros valorativos brindados por la Convención sobre los Derechos del niño es, asimismo, una asignatura pendiente.

6.1 La cultura del Patronato

Desde otra mirada, fuera de lo discursivo, las prácticas del Patronato, pese a lo que creen algunos vencedores, aún no han sido erradicadas. En las escuelas, en los hospitales y en los barrios aún queda vigente la figura del “juez de menores”, lo que hace pensar que aún no ha habido una campaña integral y sistemática para informar a los ciudadanos acerca de sus derechos y de cómo funciona el nuevo sistema de infancia²⁶.

6.2 Las virtudes

La primera y principal virtud es que la nueva legislación reconoce que los niños deben ser tratados en igualdad, en dignidad. Ningún ámbito de la vida social puede quedar ajeno al respeto de estos valores. El niño es sujeto de derecho y tiene los medios para exigir su reconocimiento.

Qué duda cabe que el Estado debe asumir un rol activo, expresar estrategias de intervención respecto de los derechos de la infancia, en un contexto democrático y social. Y qué duda cabe que la sociedad civil no puede mirar más para otro lado, esperando que las cosas se solucionen, o por un juez omnipresente, como en las mejores épocas del Patronato, o por el regalo de alguna divinidad, como en tiempos de la Grecia más antigua.

Tampoco la academia ha quedado al margen de esta transformación. El derecho de la infancia parece haberse despertado de un extenso letargo, intentando acompañar un proceso que requiere de conocimiento, de debate y, por sobre todo, de profunda reflexión y respeto.

7 • Los reparos

La reforma legal impuso necesariamente replantear posiciones y responsabilidades. Pero en esta instancia hay que meditar sobre los cambios propuestos y los resultados alcanzados. Esto supone confrontar la teoría y su práctica, la enunciación por ley de un derecho y su real ejercicio.

Mucho se ha avanzado en la provincia con la Ley 13.298 y la 13.634 en la estructuración del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de los Niños, Niñas

y Adolescentes, tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como en el Judicial. Y existen indicadores ciertos relativos al acompañamiento legal que el Poder Legislativo brindó para proveer a su profundización.

Esta labor iniciada entre los tres poderes del Estado es auspiciosa si se compara con la experiencia provincial que supuso la anterior Ley 12.607 del Régimen de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Joven, pero no por ello cabe adoptar una posición conformista.

El proceso de transformación legal y cultural en la provincia de Buenos Aires no debe detenerse. Si bien la justicia penal juvenil ha sido puesta en marcha –lo que supone un avance en el reconocimiento de las garantías individuales de los jóvenes en el proceso–, aún resta trabajar arduamente para que funcione a pleno. Igual ocurre con el nuevo fuero de familia, en donde se deberá articular más sutilmente su vinculación con los distintos Servicios de Promoción y Protección de derechos.

Notas

1 - Domenech, Ernesto y Guido, María Liliana, *El Paradigma del Patronato. De la salvación a la victimización del niño*, Ed. Edulp, La Plata, septiembre de 2003.

2 - Detrás de esta concepción anidaba el ideal benefactor que consideraba que, en el siglo de los niños, no existían intereses contrapuestos entre el Estado y la infancia. Una conclusión que justificó que no se imaginasen partes enfrentadas que un juez imparcial debía dirimir. Por el contrario, se pensaba que el asesor de menores (sin fiscales ni defensores) podía representar simultáneamente los intereses del niño y de la sociedad.

3 - Doménech, Ernesto, “Infancias y Buenos Aires” en *La protección de la infancia como Derecho Público Provincial* (Coord. Mary Beloff), Ed. Ad Hoc. Buenos Aires, 2008, pág. 211.

4- Una vez sancionada la Ley 13.298, el Ministerio Público accionó judicialmente solicitando su paralización, a lo que accedió la SCJBA mediante el dictado de una medida cautelar. En diciembre de 2006 se aprobó, por el Poder Legislativo Provincial, la Ley 13.634 del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño, aspirando a complementar la ley anterior y de esta manera superar los reclamos que fundaron la acción promovida por la Procuración. Poco tiempo después (28/02/07), la SCJBA declaró abstracta la cuestión a resolver. Nuevamente, la Procuradora General interpuso un recurso de revocatoria *in extremis* contra ese resolutorio, que fue rechazado por la Corte Provincial luego de la sanción de la Ley 13.645 (14/03/07).

5 - Leyes 13.634, 13.645, 13.797, 13.772 y 13.821.

6 - Entre los pilares de este nuevo sistema se halla la descentralización institucional que responde a la concepción de que las diferentes problemáticas de los niños deberían encontrar respuesta en el ámbito comunitario. En este sentido, fueron modificadas las jurisdicciones administrativas provinciales, que ahora se corresponden con la división territorial del Ministerio de Educación.

7 - Folino, Jorge; Gutiérrez, María; Doménech, Ernesto; Lescano, María José, “Delincuencia juvenil y el sistema judicial en la provincia de Buenos Aires, Argentina” en Revista Vertex, mayo de 2008.

8 - Recuérdese que el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires fue reformado por la Ley 11.922 y comenzó a regir a fines de 1998.

9 - Lescano, María José, “Justicia Penal Juvenil. Función del Agente Fiscal ante los principios de legalidad y oportunidad”, en Libro de Resúmenes de Pluralidades.V Jornadas Nacionales de Investigación de Infancia y Adolescencia. La Convención sobre los Derechos del Niño y las prácticas sociales, organizadas en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, octubre de 2006, pág. 41.

10 - Si en el proceso hay detenidos, la Investigación Penal Preparatoria iniciada por el fiscal no podrá exceder de 120 días, plazo prorrogable por 60 días por causa fundada.

11 - Cfr. art. 66 de la Ley 13.634.

12 - El sistema de integración de los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil ha sido cuestionado por la complejidad que supone su operativización. Las dificultades se advierten, por ejemplo, en aquellos departamentos judiciales en donde la cantidad de jueces de responsabilidad juvenil y de jueces de garantías del joven resulta insuficiente y ello se torna más complejo si se atiende al traslado de los magistrados que deba realizarse atento a las amplias extensiones territoriales de nuestra provincia (art. 27 de la Ley 13.634).

13 - Art. 64 de la Ley 13.634.

14 - Aunque debemos señalar que por estos días han comenzado a tratarse por el Poder Legislativo Nacional los numerosos proyectos presentados para consagrar una ley que modifique la 22.278, de conformidad con los postulados emanados de la CDN.

15 - Domenech, Ernesto, “Republicanos e inconstitucionalizados. Reflexiones sobre la inconstitucionalidad de la ley 22.278”, conferencia presentada en las Jornadas de Protección y Garantías en el Régimen Penal Juvenil, organizadas por la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia. Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 26 de abril de 2008.

16 - Conforme resolución del 2 de diciembre de 2008 de la CSJN en causa n.º 7537, “GARCIA MENDEZ, E., / MUSA, L. s/Rec. de Hecho”.

17 - Cabe citar: el habeas corpus interpuesto por el defensor oficial Dr. Berenguer del departamento judicial de La Plata, en el que es declarada por el Dr. Cacivio, juez de garantías del joven, la inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 13.634 como así inaplicables el art. 1, tercer y cuarto párrafos, de la Ley 22.278/80. Así, el juez entendió que se transgredía la norma constitucional en cuanto se permite por la norma provincial la privación de la libertad de un niño no punible, cuando en realidad el Estado ha renunciado a ejercer el *ius puniendo* (causa 06-“-041750-08 caratulada “R.S.A. s/ HABEAS CORPUS”). Frente a esta solución, la fiscal del joven, Dra. Catani, dedujo apelación y posteriormente la Sala I de la Cámara de Garantías en lo Penal de ese departamento judicial revocó la decisión impugnada (resolución del 11 de marzo de 2009. Reg. n.º 80).

18 - Aun hoy se siguen dictando reglamentaciones y normas aclaratorias para definir aspectos operativos que no fueron debidamente atendidos al momento de diseñar las leyes originales. Resultó particularmente engorroso llevar a cabo la implementación de ciertos institutos durante la transición, distribución de competencia entre los nuevos órganos, o el modo en que las medidas y planes debían ser gestionados.

19 - Así, conviven en el nuevo bloque de leyes provinciales relativas a la infancia y adolescencia, una sobreabundancia de normas relativas a derechos y garantías ya declarados en otras leyes –por ejemplo, el derecho del niño a ser oído– con una llamativa ausencia de normas operativas.

20 - Como hemos señalado en el informe final de la investigación realizada en el Instituto de Derecho del Niño y UNICEF Oficina Argentina durante los años 2007-2009 (Doménech, Ernesto; Jaureguiberry, Inés; Lescano, María José; Gavagnin, Maximiliano; Hernández, Celeste, “Análisis sobre la puesta en vigencia de una ley de infancia en la provincia de Buenos Aires. Especial referencia a la Ley 13.298, sus modificatorias y antecedentes normativos”) las carencias y/o ineficiencia de las políticas

públicas destinadas a la infancia y adolescencia, en buena medida se relacionan con la inexistencia de un diagnóstico adecuado sobre su composición y necesidades. En el año 2002, algunas organizaciones no gubernamentales presentaron un informe alternativo ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas destacando la deficiente información que proporcionaba el Estado argentino. Asimismo se denunció que resultaba preocupante que en los últimos años el Estado no había cumplido con su obligación de recolectar, producir, sistematizar y analizar información sobre el estado de la infancia y adolescencia para evaluar la efectiva vigencia de los derechos consagrados en la CDN. El Comité de Derechos del Niño, en sus Observaciones Finales, recomendó al Estado Argentino que mejorara su “sistema de recolección de datos con vista a incorporar todas las áreas protegidas por la Convención de manera discriminada. Tal sistema debería abarcar a todos los niños por debajo de los 18 años, con énfasis especial en aquellos niños que son particularmente vulnerables, incluyendo chicos con discapacidades; y utilice efectivamente estos datos e indicadores para la formulación y evaluación de políticas y programas para la implementación y monitoreo de la Convención”. Recomendación que aún hoy todavía no ha sido debidamente receptada por el Estado Argentino.

21 - En 2004 con la sanción de la Ley 13.163 y el dictado del Decreto 609/04 se inició en la provincia la desconcentración de fondos para el armado del Sistema de Promoción y Protección de Derechos a nivel local (Servicios y Consejos Locales y Programas Sociales), decisión política que buscaba dotar a los gobiernos municipales de herramientas para convertirse en verdaderos actores del cambio normativo propuesto. Sin embargo, esta excelente iniciativa no fue acompañada con una actividad de contralor suficiente.

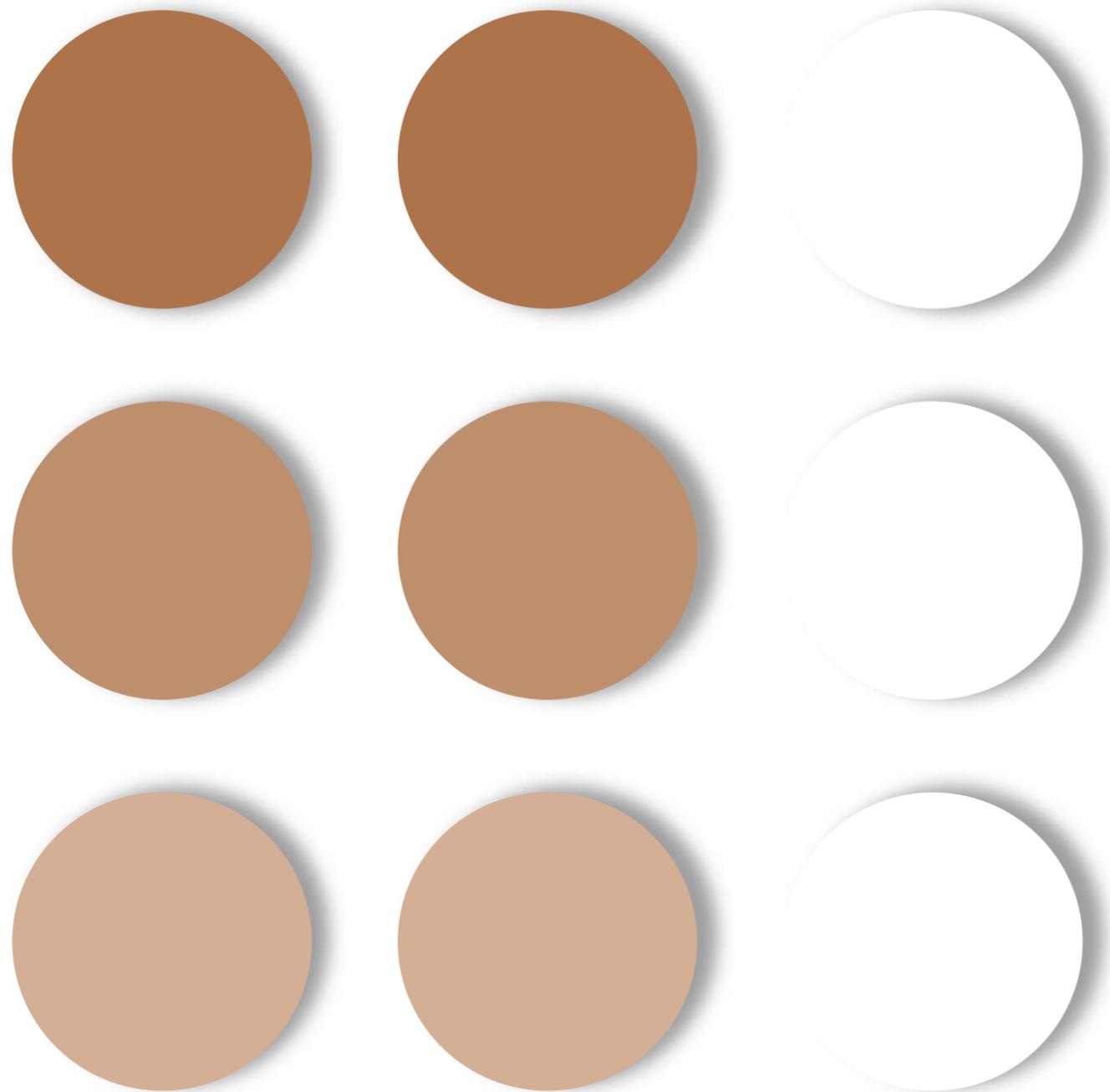
22 - Art. 3.1, CDN y art. 4, Ley 13.298.

23 - Sin embargo, es dable señalar que la nueva legislación de infancia no prevé la existencia de un recurso de casación, y por tanto, tampoco la intervención del Tribunal de Casación Penal.

24 - En este sentido, la ausencia originaria de un procedimiento penal aplicable a la transición resulta paradigmática, como también la distribución de competencia entre los Juzgados de Paz Letrados, los Tribunales de Familia y la competencia residual de los jueces de menores para intervenir sobre guardas, así como la inexistencia de un método que resuelva los conflictos de competencia entre órganos penales de distinta jurisdicción.

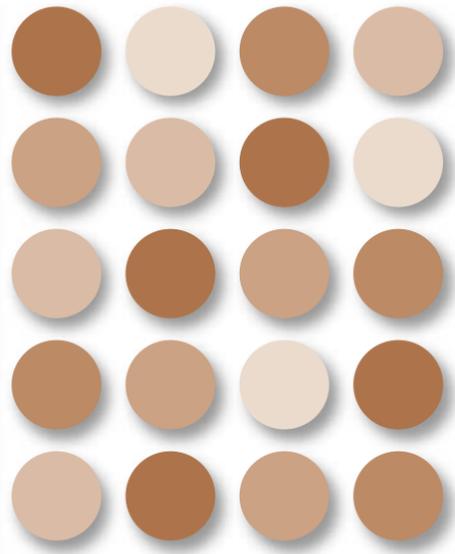
25 - Es importante destacar que las conflictividades surgidas con relación a los derechos de los niños pueden presentarse en los aspectos más diversos, lo que exige mayor agudeza en la planificación de una política pública. En tal sentido, desde el IDN, por ejemplo, hemos estado trabajando en el reconocimiento de los derechos de los niños que se hallan en las unidades penitenciarias junto a sus madres. Para más información puede consultarse: Jaureguiberry, Inés; Tomeo, Julia; Malacalza, Laurana, “Nacidos en el encierro” en Libro de Resúmenes de Pluralidades. V Jornadas Nacionales de Investigación de Infancia y Adolescencia. La Convención sobre los Derechos del Niño y las prácticas sociales, organizadas en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, octubre de 2006, pág. 37.

26 - Esta ausencia de campañas de información genera el interrogante acerca de cómo se podrá internalizar el nuevo sistema de infancia por la ciudadanía en general. Es dable recordar que el derecho a la información se vincula íntimamente con el principio de publicidad de los actos de gobierno, elemento constitutivo de la república como forma de organización política, y la imposibilidad de ejercer dicho derecho pone en juego la calidad institucional de la república. Puede consultarse: Abramovich, Víctor; Courtis, Christian “El acceso a la información como derecho” en *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Ed. Siglo XXI, Catálogos, Buenos Aires, 2000. También: Fernández Valle, Mariano, “Acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social” en *Acceso la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Ed. Biblos, Buenos Aires, agosto de 2006, entre otros.



Segunda sección

El Sistema de Protección y Promoción de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en la Provincia de Buenos Aires y la articulación entre los órganos administrativos y el Sistema Judicial de Familia



Incidencia del Sistema Legal de Protección de los Derechos del Niño en el derecho de familia. Panorama constitucional, civil y procesal de las cuestiones más relevantes

Dolores Loyarte

Dolores Loyarte

Jueza del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2 del departamento judicial de Mar del Plata. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata). Presidenta del Instituto de Familia y Sucesiones del Colegio de Abogados de Mar del Plata.

1 • Introducción

La sanción de las leyes de promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, tanto a nivel nacional como provincial, ha procurado la adecuación del derecho interno a las normas contenidas en el denominado “bloque de constitucionalidad federal”. Éste está compuesto por el conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos, de raigambre constitucional, enunciados por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (CN); entre ellos y en especial, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN).

Tanto en la Ley Nacional 26.061/05¹ –y su decreto reglamentario 415/06–, como en las leyes de la Provincia de Buenos Aires 13.298/05², su complementaria 13.634/07³ y la subsiguiente 13.645⁴ –más el Decreto 300/05, reglamentario de la primera ley bonaerense–, se reafirma en el orden interno la condición del niño como “sujeto de derecho” –ya reconocida en la Convención–, erigiéndola como sustrato básico sobre el cual se afirman todos los derechos que como tal le son propios.

En consonancia con esto, para efectuar un análisis de la legislación actual en el ámbito provincial, resulta necesario considerar que las normas locales sobre promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes se ubican dentro del amplio plexo normativo compuesto por el ya señalado “bloque de constitucionalidad federal”, el moderno derecho de familia –reinterpretado desde la perspectiva de los derechos humanos–, y las normas específicas que en materia de niñez y adolescencia enriquecen este derecho de fondo a partir de la inclusión de la Ley Nacional 26.061.

En síntesis, dentro de esta organización jurídica piramidal mencionada, las leyes bonaerenses sobre la materia en estudio resultan el correlato necesario –en el ámbito local– del sistema general e integral de promoción y protección de los derechos del niño imperante en nuestro país. Además, constituyen la lógica consecuencia legislativa de las normas fundamentales referidas al ser humano, a la familia en general, y a la niñez y juventud en particular, contenidas en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (CBA, v.gr.: arts. 11, 12, 15, 36, 56, etc.).

2 • Principios generales del Sistema de Protección Integral

Sobre la base de considerar al niño como sujeto de derecho, la ley nacional y las leyes de la Provincia de Buenos Aires coinciden al reconocer los principios, derechos y garantías enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Desde luego, el presente trabajo no pretende efectuar un tratamiento profundizado de todos ellos, realizado ya por conspicuos doctrinarios nacionales y extranjeros, a cuyas obras remitimos; sino aportar de manera sencilla y práctica para el operador,

algunas apreciaciones sobre aquellos principios y derechos que constituyen la columna vertebral del sistema actual de protección integral de la niñez y adolescencia, y que puedan resultar de particular interés frente a situaciones especiales que requieran exigir judicial o extrajudicialmente el respeto del ejercicio efectivo de los derechos del niño.

En ese sentido, a continuación señalamos los principios generales del sistema.

2.1 Interés superior del niño. Definiciones y límites etarios

En consonancia con la norma contenida en el artículo 3 de la CDN, la Ley Nacional 26.061 dice: *“La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”* (artículo 2).

Y a continuación, aclara: *“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”* (artículo 3).

Evidentemente, y sin que ello importe agotar la definición de lo que debe entenderse por “interés superior del niño”, la ley nacional ha procurado dar un significado concreto a la expresión genérica contenida en la Convención Internacional, evitando con ello que la formulación abierta de este principio en dicha Convención, genere interpretaciones disímiles y resultados desafortunados.

En similar sintonía, la Ley bonaerense 13.298 dice al respecto: *“Quedan comprendidas en esta Ley las personas desde su concepción hasta alcanzar los 18 años de edad, conforme lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando se menciona a los niños quedan comprendidos, en todos los casos, las niñas, las adolescentes y los adolescentes”* (artículo 2).

Y seguidamente, señala: *“Se entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad. Para determinar el interés superior del niño, en una situación concreta, se debe apreciar: a) La condición específica de los niños como sujetos de derecho. b) La opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico. c) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y sus deberes. d) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los*

niños, y las exigencias de una sociedad justa y democrática. En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (artículo 4).

Como se observa, estas normas contienen enunciados coherentes con la pretensión de ajustar la noción genérica de “interés superior”; aunque cabe resaltar nuevamente que este enunciado sólo resulta una pauta interpretativa minuciosa, mas nunca excluyente de otras consideraciones que –consultando los mismos principios– resulten aplicables al caso concreto.

Sin embargo, entre los conceptos interpretativos de la expresión “interés superior”, hay uno contenido en la ley nacional que no se encuentra expresado en la ley bonaerense: la noción de “centro de vida”, contemplada en el inc. f del artículo 3 de aquella ley civil y su aplicabilidad a las materias allí enunciadas. Esa noción de “centro de vida” –coincidente con la que aportan otros tratados de derechos humanos– se encuentra desarrollada más exhaustivamente en el Decreto 415/06 reglamentario de la Ley 26.061, que explica: *“El concepto de ‘centro de vida’ a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la definición de ‘residencia habitual’ de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”* (artículo 3 del Anexo I, Decreto Reglamentario).

La falta de referencia a este concepto interpretativo por parte de la ley provincial, en modo alguno supone desatender ese punto ni obliga a una aplicación restrictiva de la ley bonaerense; pues como se ha señalado más arriba, en el esquema piramidal en que se sitúan estas leyes provinciales, aquella noción contenida en la ley nacional civil no sólo tiene preeminencia jerárquica sino que, además, complementa la regulación que sobre el punto efectúa la ley bonaerense, enriqueciéndose entre ambas normas el concepto abierto de “interés superior” del niño.

En síntesis, el interés superior del niño se erige como principio señero⁵ de la materia en estudio, tanto en el ámbito nacional como provincial. Ello importa sostener la consecuente prevalencia del mismo ante la existencia de conflictos entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos; pues “prevalecerán los primeros”, como bien señalan las normas analizadas, en coherencia con lo dispuesto por el artículo 3 de la CDN, que obliga a la consideración “primordial” del interés superior del niño (principio del *favor minoris*).

Ahora bien, la prevalencia de este principio se extiende a todo niño, niña y adolescente. Esto significaría que, según el artículo 2 de la Ley 23.849 –que ratifica internamente a la Convención y expresa las reservas que efectúa allí nuestro país–, tal prevalencia se extiende a todo ser humano desde su concepción y hasta los 18 años de edad; límite este último que se traslada a las leyes 26.061 y 13.298, conforme artículos transcritos más arriba. No obstante, el artículo 126 del Código Civil argentino mantiene aún vigente la calificación de “menores de edad” hasta los 21 años.

En ese sentido, sin desconocer las corrientes doctrinarias que sostienen la derogación tácita de este último artículo por la sanción posterior de leyes especiales sobre la materia, entiendo que las leyes posteriores en ningún caso efectúan una derogación expresa de aquella norma civil, pues tuvieron la oportunidad de hacerlo y no lo hi-

cieron. Por el contrario, sostengo –con fundamento en el principio *pro homine*– que la coexistencia de todas estas normas no resulta contradictoria ni permite interpretar la derogación del artículo 126 del Código Civil (CC); ya que el mantenimiento de ellas admite un amplio juego de herramientas legales que favorecen una mayor satisfacción de los derechos e intereses de los jóvenes incluidos en la franja etárea que va desde los 18 a los 21 años, y facilitan mejores resultados en muchos casos; sobre todo, mientras los Estados nacional y provinciales mantengan asignaturas pendientes en materia de políticas sociales referidas a los jóvenes⁶. Así, a tenor de lo dispuesto por el artículo 41 de la CDN –cuyo análisis se profundiza más abajo–, en combinación armónica con el principio de capacidad progresiva –que también se analiza más adelante–, nada de lo dispuesto en la Convención puede afectar la aplicación de “*las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño*” y que puedan estar recogidas en el derecho interno de un Estado parte –como ocurre con el mentado artículo 126 del CC–. Por tanto, ante la necesidad de algún joven de entre 18 y 21 años de edad de exigir el restablecimiento del ejercicio pleno de derechos vulnerados –v. gr., tratamiento de salud–, interpreto que las disposiciones de las leyes de promoción y protección integral del niño resultan extensibles y aplicables al caso, si así se consulta el “mejor interés” de aquél; ello, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 41 de la CDN, 126 del CC, 11 de la Ley 13.298 y 36 inciso 3 y 56 de la Constitución bonaerense.

Esta última fue la interpretación que sostuvo la procuradora general de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJPBA), Dra. María del Carmen Falbo, entre los sólidos argumentos que fundaron su “Acción por inconstitucionalidad de los artículos 2, 35 incisos f y h, y 37 de la Ley 13.298” (*15808* I-68128); acción interpuesta ante el Máximo Tribunal provincial, que justificó su anterior pedido de la medida cautelar de suspensión de la ley. Al dictarse la Ley 13.634/07, complementaria y en parte modificatoria de la por entonces “ley suspendida” –suspensión resuelta por la SCJPBA, que hizo lugar al pedido de la Procuración en tal sentido–, se modificaron algunas normas y se solucionaron los desajustes que la Ley 13.298 ocasionaba. Esa sensible mejora obtenida con la Ley 13.634 favoreció la consecuente decisión final de la Suprema Corte, que resolvió “*declarar extinguida la controversia por haberse tornado abstracta la cuestión litigiosa, lo que importa el cese de la medida cautelar*”⁷; decisión ésta que quedó firme. Lamentablemente, al declararse “abstracta” la cuestión litigiosa y no tratarse las cuestiones de fondo planteadas en la acción principal de inconstitucionalidad, se perdió la posibilidad de análisis por parte de la SCJPBA de uno de los tópicos que fundaron la demanda y que no fueron incluidos en el articulado de la Ley 13.634: el planteo de inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 13.298, similar al de la ley nacional. En definitiva, este debate se encuentra aún abierto, y ello permite, por ahora, la adopción de posturas interpretativas en uno u otro sentido.

2.2 Principio de la ley mejor. Definiciones y variantes interpretativas

Este principio –basado en el mencionado principio *pro homine*– está consagrado en varios tratados internacionales citados en el artículo 75 inciso 22 de la CN: por ejemplo, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el

artículo 47 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 5 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc. También se encuentra reconocido expresamente por el artículo 56 de la Constitución bonaerense.

Pero sin dudas es el artículo 41 de la CDN el que resulta el más específico y adecuado, por estar referido directamente a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La existencia de este principio general permite brindar respuestas correctas ante ciertos “casos difíciles” que contienen incertezas debido a la presencia de normas contradictorias entre sí o por la falta de una norma “exactamente” aplicable al caso particular; respuestas que se obtienen ponderando los derechos en juego, de conformidad con las directrices y principios preeminentes, cuya dimensión se mide conforme el peso o importancia de éstos respecto de las normas⁸.

La aplicabilidad de este principio en estudio tiene alcances diferentes, a saber:

- 1) El principio de la ley mejor, cuando la comparación se efectúa entre las normas del derecho internacional y las derivadas del derecho interno de un Estado parte.
- 2) El principio de la ley más favorable, cuando la comparación se establece entre normas del propio derecho interno de un país.
- 3) El principio de la ley más benigna o principio de “extractividad de la ley mejor”, cuando la comparación se realiza entre normas derogadas y normas vigentes de un país.

Con relación al primer supuesto, el artículo 41 de la CDN es claro al respecto: “*Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado*”. El ejemplo más típico sobre esta cuestión es el abordado en el punto anterior; o sea, la colisión normativa sobre el tope legal dispuesto en la Convención Internacional y en el sistema legal de protección jurídica de niñas, niños y adolescentes (hasta los 18 años de edad), y el tope establecido en el artículo 126 del CC (hasta los 21 años). Como ya he dicho, la potencialidad del principio de la ley mejor permitirá que en algunos casos y según las circunstancias particulares, resulte más favorable la aplicación de la norma más restrictiva o de la otra más extensa.

Con respecto al segundo supuesto, esta elección puede darse entre normas de distinto origen; por ejemplo, entre las derivadas de una ley nacional y otra provincial sobre la misma materia. Un ejemplo que puede resultar claro a estos fines se presenta en el tema de la representación del niño por nacer. Así, el artículo 57 inciso 1 del CC dice que los representantes del engendrado no nacido son “*sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre*”. En cambio, la Ley Provincial 13.634, al referirse al derecho del niño a ser oído y a expresarse, dice en su artículo 3: “*... En el caso de los niños por nacer, ejercerá este derecho la madre*”. Sin perjuicio de las disposiciones civiles contenidas en el artículo 59 del CC, cabe advertir que la primera es una norma proveniente del derecho de fondo nacional y la segunda, de origen provincial; sin embargo, en algún caso excepcional podría ser tenida como ley más favorable la

ley bonaerense, de carácter más restrictivo, que la regulación nacional sobre el particular, si ello consulta el “interés prevalente” del niño.

Finalmente, el tercer supuesto merece un desarrollo más exhaustivo, toda vez que el planteo es novedoso en el derecho de familia. Es el clásico principio que se aplica a favor de la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, cuando existe colisión entre una norma vigente y otra derogada, que reconocía mayores beneficios para dicha persona. Es aquél principio que –basado en el principio *pro homine*– se identifica como el principio de extractividad (retroactividad-ultractividad) de la ley penal más benigna, siempre que ésta haya estado vigente al momento de realización de la conducta antijurídica. Se encuentra expresamente reconocido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Esta “extractividad” normativa resulta aplicable por estar comprometido el orden público, cuando el caso particular plantea diferencias entre leyes vigentes y derogadas; admitiéndose la aplicación de las normas de una ley posterior a la que fue derogada o la de una ley anterior a la que se encuentra vigente, si ello resulta más beneficioso para el defendido⁹.

Este principio de extractividad aceptado en materia penal es, a mi juicio, trasladable “por analogía” a la materia de niñez y adolescencia, en tanto resultan de “orden público” los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales e internos de nuestro país, como bien expresan el artículo 2 de la Ley 26.061 y el artículo 12 de la Ley 13.298. Por ende, esta interpretación particular que sostengo –tanto en encuentros académicos como en mi labor judicial– sobre la aplicabilidad en el derecho de familia del principio de la ley más favorable al niño aunque ésta se encuentre derogada, plantea en la materia la disyuntiva entre normas actuales y desplazadas, si ello resulta más adecuado conforme la aplicación del principio común a toda persona –principio *pro homine*– y del principio específico del niño: la preeminencia del interés superior de este último. Esto implica para el derecho de familia, la posibilidad de aplicar “por analogía” al caso particular –y sólo si las circunstancias excepcionales de éste lo justifican–, el principio que rige en el derecho penal sobre “extractividad de la ley más benigna” en sus dos variantes: ultractividad y retroactividad; ello, siempre que la aplicación analógica de este principio favorezca la especial protección de los derechos vulnerados de niñas, niños y adolescentes conforme dispone el artículo 16 del CC.

Para comprender mejor la aplicación de este principio en el derecho de familia, valgan algunos ejemplos jurisprudenciales. Un primer caso justificó como juez de familia que adelantara mi opinión favorable a la aplicación de aquel principio penal a esta rama del derecho civil en supuestos excepcionales. Un señor planteó la adopción plena de integración respecto del hijo de su esposa con el avenimiento de ésta, conociendo mis pronunciamientos anteriores en tal sentido. La concepción ese niño había sido fruto de una relación extramatrimonial durante los años en que duró la separación de hecho del matrimonio. Pocos meses antes del parto, el progenitor biológico del concebido falleció. Y el niño fue inscripto sólo con su filiación materna. Una posterior reconciliación entre los esposos motivó la interposición de aquel pedido de adopción integrativa. El caso hubiera permitido, por falta de filiación paterna, que dictara una sentencia que concediera la adopción plena por inconstitucionalidad

de los artículos 313 *in fine* y 323 del CC, y por inaplicabilidad de éstos al caso particular. Sin embargo, en las audiencias mantenidas con el niño y sus familiares, surge el dato de la existencia de los abuelos biológicos paternos del niño –abuelos no legales, por falta de reconocimiento– quienes tenían trato, muy esporádico y débil con aquél. Ante esta situación y consultando el mejor interés del niño, mantuve el criterio legal vigente de otorgamiento de dicha adopción en el carácter de simple. Sin embargo, dejé a salvo en dicha sentencia a modo de prevención –y en coherencia con la posición ideológica que mantengo sobre la aplicabilidad del principio de extractividad de la ley más benigna en el derecho de familia– la posibilidad del niño de solicitar en un futuro si así lo consideraba mejor, la “conversión” de la sentencia de adopción simple en adopción plena, tal como lo admitió la anterior Ley 19.134 de Adopción para los supuestos especiales allí contemplados; lo que implicaría petitionar la ultractividad de esa ley hoy derogada, si ello consulta el mejor interés de ese hijo adoptado¹⁰.

En otro caso que también motivó mi intervención jurisdiccional, una señora casada y de bajos recursos económicos –separada de hecho al momento de interponer esta última acción– planteó la adopción plena de una joven, cuya guarda judicial con fines de adopción había sido declarada en vigencia de la ley de adopción anterior por un juez de otra jurisdicción, y a favor de aquella y su marido, o sea, del matrimonio. Tiempo después del otorgamiento de la guarda judicial, el marido de la señora abandona el hogar y se desentiende para siempre de esa niña. La señora muda con posterioridad su domicilio a Mar del Plata, y rehace su vida con otro hombre, quien se integra a esta familia compuesta por la señora y la por entonces niña, conviviendo y comportándose por largos años como “padre de hecho” de esta última. El juez que otorgó la guarda conoció por propia denuncia de la guardadora todos estos cambios en la guarda de la niña, y finalmente reconoció en un sencillo testimonio que la guarda pre-adoptiva se desarrollaba de la manera arriba descripta, extendiendo un testimonio de la guarda en cabeza de la “señora” y no del marido de ésta. Luego de muchos años, promovida la acción de adopción en vigencia de la nueva normativa del Código Civil modificada por la Ley 24.779, la señora tropieza con la dificultad de haber iniciado una primitiva causa para obtener una adopción dual –matrimonial– y no contar ahora con el consentimiento del marido al haber perdido todo contacto con él, requisito éste exigido por el actual artículo 320 del CC. Oída la joven, ya con veinte años de edad, ésta solicita una pronta definición de su emplazamiento filiatorio, y manifestando el deseo de consolidar su vínculo adoptivo exclusivamente con relación a su guardadora ante el abandono sufrido durante su infancia por parte del marido de esta última, pero dejando constancia que en el futuro, si la madre regulariza su situación matrimonial y contrae nupcias con su actual conviviente, podrían intentar la admisión judicial de su adopción ulterior también con relación a este último. La sentencia finalmente decreta la adopción de la joven estableciendo la filiación adoptiva de ésta solamente con relación a su madre, aplicando al caso concreto lo dispuesto por la derogada Ley 19.134, que en su artículo 8 inciso c admitía la adopción unipersonal de una mujer casada sin contar con el asentimiento del marido, cuando ésta estuviera separada de hecho y esa circunstancia se encontrara acreditada, tal como se planteaba en este caso particular. Aquí, el pronunciamiento

se funda en el principio de ultractividad de la anterior ley de adopción, toda vez que su normativa resulta más benigna a los derechos e intereses de la joven adoptada, y consulta el mejor interés familiar¹¹.

Como se puede apreciar, en ambos procesos las excepcionales circunstancias particulares de cada caso ameritaron la aplicación analógica prevista por el artículo 16 del CC, trasladando principios que rigen en materia penal al derecho de familia; en especial, por encontrarse en juego intereses y derechos de orden público, como ocurre con los derechos de familia y con los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La aplicación excepcional del principio de extractividad de la ley más benigna en el derecho de familia se constituye así, sin dudas, en una valiosa herramienta de defensa de los intereses en juego de las franjas más vulnerables de nuestra sociedad¹².

2.3 Identidad, realidad biológica e identificación

Los derechos a la identidad, a conocer la realidad biológica, y a la identificación—como derechos autónomos y correlacionados, reconocidos por los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño— han sido también receptados por la legislación sobre la materia.

La Ley 26.061 señala en forma genérica que la CDN es de aplicación obligatoria (artículo 2). Como si no bastara esa afirmación abierta y omnicomprendiva, efectúa un tratamiento particularizado sobre este tópico; y agrega al respecto: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes 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, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”* (artículo 11).

Esta norma es notoriamente descriptiva; por ello en el Decreto Nacional 415/06 ha quedado sin reglamentar. La Ley 13.298 tampoco efectúa un tratamiento particular; porque incorpora una norma de textura abierta (artículo 11) que destaca el carácter enunciativo de todos los derechos contenidos en su articulado y el reconocimiento de todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana, aún cuando no estén expresamente tratados. Con ello, queda claro que resultan aplicables, en la Provincia de Buenos Aires, el articulado de la CDN y las normas de la legislación nacional antes citada.

A su vez, la Ley 26.061 dedica una norma para tratar expresamente el derecho a

la identificación, cuando añade: *“Los Organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial con la madre, conforme al procedimiento previsto en la Ley 24.540. Ante la falta de documento que acredite la identidad de la madre o del padre, los Organismos del Estado deberán arbitrar los medios necesarios para la obtención de la identificación obligatoria consignada en el párrafo anterior, circunstancia que deberá ser tomada especialmente en cuenta por la reglamentación de esta ley. Debe facilitar la adopción de medidas específicas para la inscripción gratuita en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, de todos aquellos adolescentes y madres, que no hayan sido inscriptos oportunamente”* (artículo 12).

Sobre esta temática, el Decreto 415/06, añade: *“En todos los casos en que se proceda a inscribir a un niño o niña con padre desconocido, el jefe u oficial del Registro Civil deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que se le hará saber que es un derecho humano de la persona menor de edad conocer su identidad; que declarar quién es el padre, le permitirá a la niña o niño ejercer el derecho a los alimentos y que esa manifestación no privará a la madre del derecho a mantener la guarda y brindar protección. A esos efectos, se deberá entregar a la madre la documentación en la cual consten estos derechos humanos del niño, pudiendo el funcionario interviniente, en su caso, solicitar la colaboración de la autoridad administrativa local de aplicación correspondiente, para que personal especializado amplíe la información y la asesore. Asimismo se comunicará a la presentante que, en caso de que mantenga la inscripción con padre desconocido, se procederá conforme lo dispone el artículo 255 del Código Civil”* (artículo 12).

A este derecho de identificación, la Ley bonaerense 13.298 dedica una norma específica que complementa la de origen nacional: *“El Estado garantiza los medios para facilitar la búsqueda e identificación de niños a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad, asegurando el funcionamiento de los organismos estatales que realicen pruebas para determinar la filiación, y de los organismos encargados de resguardar dicha información. Los organismos, entidades y servicios que conforman el Sistema de Promoción y Protección de Derechos del Niño, han de prestar atención prioritaria cuando corresponda su intervención a los efectos de promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de un niño, aún cuando su incumbencia o competencia no sea exclusiva para esta franja de la población”* (artículo 8).

Y su Decreto Reglamentario 300/05, amplía: *“8.1.- Inscripción de nacimiento. A los efectos de asegurar el derecho a la identidad, en todos los casos que se proceda a inscribir a un niño con padre desconocido, la Dirección Provincial del Registro de las Personas, a través de la dependencia técnica pertinente, deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que le hará saber que es un derecho humano del niño conocer su identidad, comunicándole que declarar quién es el padre le permitirá, además, ejercer el derecho alimentario y que ello no le priva a la madre de mantenerlo bajo su guarda y protección. A esos efectos, se le deberá entregar documentación en la cual consten estos derechos humanos del niño y podrá en su caso solicitar la colaboración del Servicio Local de Protección de Derechos para que personal especializado amplíe la información y la asesore. Teniendo en cuenta el interés superior del niño, se le comunicará que en caso de mantener la negativa, se procederá conforme lo dispone el artículo 255 del Código Civil. 8.2.- En todos aquellos casos en los cuales se haya certificado la inscripción de un nacimiento en el que no constare el padre, ante la presentación espontánea de quien alega la paternidad para formular su reconocimiento, la Dirección Provincial del Registro de las*

Personas deberá notificar fehacientemente a la madre previamente a su anotación, y le hará saber el derecho que asiste al niño, en los términos del artículo anterior. Si la madre negase la paternidad invocada es obligación del mencionado organismo registral dar inmediata intervención al Asesor de Incapaces, mediante una minuta que deberá contener los datos completos del niño, de su madre y de quien alega la paternidad. 8.3.- Almacenamiento de datos genéticos. El Estado provincial facilitará los medios para el acceso al Banco Nacional de Datos Genéticos creado por la Ley Nacional N° 23.511 a fin de allanar la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación. 8.4.- Hábeas data. Todo dato personal asentado en archivos, registros, banco de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos sean estos públicos o privados destinados a dar informes, que surgieren con motivo del sistema de promoción y protección integral de derechos, será resguardado para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43 párrafo 3 de la Constitución Nacional y la ley n° 25.326”.

Sobre este tema cabe hacer una observación especial. El decreto reglamentario, en su inciso 8.2, traspasa los límites propios de este tipo de regulaciones y va más allá de la sana intención general del legislador de favorecer la “desjudicialización” en cuestiones que atañen al administrador. En efecto, en este tramo el reglamento se transforma en un “reformador” de las normas de fondo contenidas en los artículos 247; 248 inciso 1; 249 primer párrafo; 250 y 255 del Código Civil. Conforme lo apuntado al inicio de este trabajo, la estructura piramidal de las leyes tratadas y el orden jerárquico que mantienen las normas descriptas, obligan a operadores e intérpretes a considerar inaplicables las previsiones dispuestas en los incisos 8.1 y 8.2 del aludido decreto reglamentario de la ley provincial, por contrariar aquellas normas del derecho de familia.

A su vez, la Ley Nacional 26.061 señala con relación al derecho a la documentación, denominado en lenguaje corriente como derecho a “los papeles”¹³: “Las niñas, niños, adolescentes y madres indocumentadas, tienen derecho a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad, de conformidad con la normativa vigente y en los términos que establece el procedimiento previsto en la Ley N° 24.540” (artículo 13). Norma ésta que su decreto reglamentario amplía satisfactoriamente: “Declárese la gratuidad del otorgamiento del primer Documento Nacional de Identidad a todos los niños y niñas y adolescentes nacidos en el territorio nacional” (artículo 13, Decreto 415/06).

2.4 Derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta

El artículo 12 de la CDN sin dudas ha marcado un camino inexorable a favor de la participación y escucha del niño en toda cuestión que involucre sus derechos e intereses.

En ese sentido, la Ley 26.061 no es ajena a ese mandato con jerarquía constitucional: replica el principio en su artículo 2 —ya transcripto en párrafos anteriores de este trabajo—; y en otra norma: “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” (artículo 24). Norma esta última que no dio motivos para su reglamentación especial.

Pero, además, la ley nacional vuelve a desarrollar este derecho al abordar las garantías mínimas de procedimiento en actuaciones administrativas o judiciales: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (artículo 27).

La Ley Provincial 13.298 aborda este derecho en distintos artículos: en el 4 inciso c, al procurar una definición del “interés superior del niño”; en el artículo 11, cuando reconoce en forma genérica la aplicabilidad de todos los derechos humanos inherentes a las personas; y en los artículos 37, 38 y 39, referidos al procedimiento administrativo en general (los otros artículos correlativos no se mencionan, pues han sido derogados por el artículo 101, Ley 13.634 y reemplazados en ésta).

El Decreto 300/05 aporta datos interesantes cuando reglamenta aquel artículo 37: “(...) 37.4.- El Servicio de Protección deberá difundir entre los niños y adolescentes, de forma clara y de acuerdo con su edad, los derechos de los cuales son titulares así como los procedimientos que aplica este organismo cuando un derecho es amenazado o violado por la familia, el Estado o terceros de acuerdo con los procedimientos formulados en este decreto reglamentario y con la Ley 12.569 de violencia familiar. (...) 37.5.- Dentro de las 48 hs de haber tomado conocimiento de una petición, o en el marco de su actuación de oficio, el Servicio Local de Protección de Derechos debe citar al niño, sus familiares, responsables y allegados involucrados, a una reunión con el equipo técnico del Servicio, que deberá fijarse dentro de las 72 horas siguientes, que se llevará a cabo de acuerdo al mecanismo establecido en la Resolución 1125/04 MDH. (...) Luego de escuchar a todos los intervinientes, y en su caso, evaluados los elementos de análisis aportados por las partes u obtenidos por el Servicio Local, se deliberará a fin de alcanzar un acuerdo sobre el plan para la protección de los derechos del niño. (...) 37.9.- Si el niño o sus representantes legales no prestan acuerdo al procedimiento o al plan diseñado con el Servicio interviniente, habrá de derivarse el caso ante el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos. (...) La propuesta del Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos será comunicada al Servicio Local, que debe citar al niño, sus familiares, responsables y allegados involucrados, a una audiencia con el equipo técnico del Servicio...”.

Como se ve, la ley provincial y su decreto regulan la escucha y participación de las niñas, niños y adolescentes en todo procedimiento administrativo.

Estos derechos también se refuerzan con el articulado de la Ley complementaria 13.634, que dice al respecto: “Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a petionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El Juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho”.

Sobre la participación del niño por nacer y su representación, ya he expresado las

particularidades que esta regulación puede presentar, al abordar el tema de la aplicación del principio de la ley mejor.

Del conjunto normativo descripto y la profusa producción doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema, queda claro que en el ámbito nacional y provincial, la aplicación de este principio es insoslayable en todo procedimiento administrativo y judicial.

2.5 Capacidad progresiva

La aplicación de este principio, que ha merecido también un abundante tratamiento doctrinario, está íntimamente relacionada con el principio tratado en el apartado anterior. Procura que el concepto clásico de “incapacidad” aún vigente en el Código Civil no impacte negativamente en las decisiones administrativas y judiciales referidas a derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes. La concreción de dicho principio importa la consideración primordial de la “expresión del niño” al momento de adoptar decisiones relativas a los menores de edad, en relación con el grado de madurez, reflexión, capacidad de comunicación, edad de éste, etc.; conjunto de elementos que permite valorar su grado de “competencia” y comprensión para decidir en asuntos que lo involucren, aunque éste carezca de “capacidad” en términos estrictamente legales.

Esta legitimación de las niñas, niños y adolescentes para actuar conforme su posibilidad de evolucionar positivamente, y que consulta el principio de autonomía de la voluntad de éstos conforme su grado de capacitación progresiva, va teniendo cada vez más acogida en nuestros tribunales bonaerenses no sólo para las cuestiones de fondo, sino en particular en las que suponen el ejercicio del rol procesal de parte. A modo meramente ilustrativo, resulta oportuno comentar que en numerosas causas sobre conflictos familiares he considerado suficientemente legitimadas para demandar autónomamente –sin necesidad de representación por parte de sus progenitores– a jóvenes menores de edad víctimas de la violencia de sus convivientes¹⁴; o de la arbitrariedad de sus familiares¹⁵. Ello, sin perjuicio de la debida defensa letrada, tema que se aborda más adelante.

2.6 Igualdad y no discriminación

Este derecho, expresado para todos los americanos sin distinción en el artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica, y que se encuentra reconocido en los artículos 16 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución bonaerense, también ha sido considerado en el sistema legal de protección integral de la niñez y adolescencia.

La Ley 26.061 dice al respecto: “Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todas las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales” (artículo 28). Norma ésta tan clara, que no ha merecido reglamentación.

La Ley Provincial 13.298 también trata estas cuestiones en varias normas: “La Provincia promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de los niños y su efectiva par-

ticipación en la comunidad” (artículo 5). “Es deber del Estado para con los niños, asegurar con absoluta prioridad la realización de sus derechos sin discriminación alguna” (artículo 6).

Tampoco podrá ser motivo de discriminación alguna la carencia de recursos económicos, tópico que se trata por separado más adelante.

2.7 Derecho a vivir en familia. Definición de “familia”

La Constitución Nacional, en su artículo 14 bis, reconoce la obligación estatal de garantizar una protección integral a la familia. También la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce en el artículo 36 su obligación de promover la satisfacción de los derechos sociales, de la familia, la niñez, la juventud, la mujer, las personas con discapacidad, las personas de la tercera edad, etc. Ello en similar sintonía con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional –“acciones positivas”–.

La Convención Americana de Derechos Humanos –sin llegar a contener una norma que se dedique expresamente al derecho a vivir en familia, como lo hace la Convención Europea de Derechos Humanos en sus artículos 6 y 8– trata este derecho en forma genérica en su artículo 11 incisos 2 y 3, al garantizar a todo ser humano la protección contra “injerencias arbitrarias o abusivas” en su vida privada o en “la de su familia”. Asimismo, protege especialmente a la familia en el artículo 17. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dedica, también, la norma del artículo 10 a proteger los derechos de la familia y de los niños y adolescentes. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no admite injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada de las personas, su familia, su domicilio, o su correspondencia. También la CDN reafirma, en su artículo 16, la obligación de proteger a todo niño impidiendo que sea objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, su honra y reputación. Y en los artículos 5, 7, 8 y 9 considera de vital importancia el mantenimiento, en la medida de lo posible, de las relaciones familiares.

Todo ello implica que el Estado debe preservar la vida privada y la intimidad familiar del niño, sus relaciones parentales, así como las que tenga con los demás miembros de su familia; y no podrá ser privado de esos derechos sin justa causa.

En coherencia con aquellas normas, la Ley Nacional 26.061 dice: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales” (artículo 10). “Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes...” (artículo 35).

Al sustento de este derecho destina la ley nacional el conjunto de normas relativas a las medidas de protección que procuran el mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares (artículos 37, 39 y 41).

Sobre el particular, cabe sólo destacar una norma aclaratoria del Decreto 415/06: “Se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión

del hogar de aquella persona que causare el daño” (artículo 39, primer párrafo).

Con relación a este compromiso legal de fortalecimiento de los vínculos familiares para garantizar que el niño mantenga una vida familiar y preserve los vínculos con ella, la Ley 13.298 coincide con la normativa nacional en los artículos 3 y 34. El primero de ellos es analizado más adelante en este punto; y el segundo señala: “*Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a todos los niños. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares*” (artículo 34). Norma que no reglamenta el Decreto 300/05.

Ahora bien, a este conjunto normativo de protección integral en pos de la integridad de los lazos familiares del niño, se agrega un aporte sustancial efectuado por la ley nacional y su decreto reglamentario, que consiste en la moderna definición de familia y las “responsabilidades” que le atribuye a ésta, que reafirman y complementan las contenidas en el derecho de familia.

Al respecto, la Ley 26.061 señala: “*La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones*” (artículo 7).

Es el Decreto 415/06, reglamentario de aquella ley, el instrumento que efectúa un logrado aporte al derecho de familia, brindando una definición amplia y realista sobre el concepto de familia: “*Se entenderá por ‘familia o núcleo familiar’, ‘grupo familiar’, ‘grupo familiar de origen’, ‘medio familiar comunitario’, y ‘familia ampliada’, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares*” (artículo 7).

Corolario: ninguna de las relaciones de este grupo social primario, sean éstas provenientes del parentesco o de la proximidad de trato –allegados, vecinos, etc.– quedan excluidas de esta moderna definición de familia, que procura sincerar las vinculaciones de ésta conforme la significación y relevancia afectiva que aquellas tengan para el niño.

Como se adelantó en este punto, la otra norma referida a la familia contenida en la Ley 13.298, dice: “*La política respecto de todos los niños tendrá como objetivo principal su contención en el núcleo familiar, a través de la implementación de planes y programas de prevención, asistencia e inserción social*” (artículo 3).

El Decreto 300/05 reafirma aquella definición del decreto nacional y dice: “*Ade-*

*bro*s de la comunidad que representen para el niño vínculos significativos en su desarrollo y protección” (artículo 3.1).

Esta moderna definición de familia se relaciona directamente con el concepto de “centro de vida” del niño, receptado por el artículo 3 inciso f de la Ley Nacional 26.061 y reglamentado por el Decreto 415, tema ya tratado más arriba.

A esos grupos primarios deberán dirigirse las políticas públicas de sostenimiento y apoyo a la familia, a las que se refieren las leyes que integran el sistema integral de la infancia y adolescencia.

2.8 Participación comunitaria

Todas estas leyes del Sistema de Protección que se analizan contienen normas destinadas a describir en términos generales y específicos, el conjunto de políticas públicas tendientes a favorecer el fortalecimiento de niñas, niños y adolescentes, así como a la familia de éstos; regulando la indeclinable responsabilidad gubernamental de carácter nacional, provincial y municipal, a través de acciones a desarrollar por sectores públicos y privados que favorezcan la descentralización de tales tareas para llevar a cabo esa misión (artículos 4 y 5 de la Ley 26.061, 14 y conchs. de la Ley 13.298 y 2, 14, 17 y conchs. del Decreto 300, entre otras).

2.9 Inclusión social

Todas las políticas públicas están destinadas a garantizar la inclusión social de niñas, niños, adolescentes y sus familias. Y la Ley 26.061 lo reconoce expresamente: “*... Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares*” (artículo 35). Por ello, entre las muchas medidas de protección enumeradas, esta ley incluye la “asistencia económica” (artículo 37 inciso g).

También la Ley Provincial 13.298 remarca: “*La ausencia o carencia de recursos materiales del padre, madre, tutor o guardador, sea circunstancial, transitoria o permanente, no constituye causa para la exclusión del niño de su grupo familiar, o su institucionalización*” (artículo 9). Y su Decreto Reglamentario 300, agrega: “*Por ausencia o carencia de recursos materiales han de entenderse aquellas circunstancias en las cuales el niño por sí o en su contexto familiar sufre la vulneración de derechos sociales, económicos y culturales, que impiden en la práctica asegurar su crianza, educación, atención sanitaria, y un ambiente sano. En cualquiera de estas situaciones la respuesta estatal deberá dirigirse al sostenimiento del grupo familiar y con el objeto de propender a satisfacerlos en forma interdependiente e indivisible, serán abordados en forma conjunta entre las áreas de competencia de los distintos Ministerios en el marco de la dinámica que resuelva la Comisión Interministerial, creada por el artículo 23 de la ley que se reglamenta*” (artículo 9).

2.10 Corresponsabilidad e interdependencia entre instituciones

Para reforzar la asunción de responsabilidades que asumen los Estados nacional y provincial, se remarcan los deberes individuales y conjuntos que pesan sobre todas y cada una de las instituciones y las personas que integran este sistema legal, impo-

niendo a todos los operadores la obligación de colaborar, sobre todo, para impedir la dolorosa práctica de la desatención y la derivación. Así lo hace la ley nacional en sus artículos 31, 62, 66, 67 y concordantes. Y en igual sentido lo hace la Ley 13.298 en sus artículos 6 y 21, y el Decreto 300 en sus artículos 6 y 21. Respecto de esta última norma del decreto provincial, resulta particularmente interesante el párrafo que al reglamentar el funcionamiento de los Servicios Locales, dice: “4. Sustituir la práctica de la ‘derivación’ de casos entre instituciones por la construcción de relaciones de corresponsabilidad e interdependencia entre las mismas con el objeto de promover, proteger y restituir derechos en forma integral” (artículo 21.3, inciso 4).

2.11 Principio de efectividad. Efectores

Este principio está reconocido expresamente en el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero específicamente está tratado en el artículo 4 de la CDN, que obliga a dar efectividad a los derechos reconocidos en dicha Convención.

Por ello, lo hasta aquí apuntado tendría un valor relativo si las leyes que componen este Sistema de Protección fueran consideradas meramente programáticas en lugar de operativas. Sin embargo, ellas han impuesto, afortunadamente, el deber de hacer efectivas todas las medidas y políticas públicas que aseguren la concreción real de todo lo regulado. De lo contrario, todo este sistema se transformaría en una mera declamación librada al más puro voluntarismo.

La Ley 26.061 dice: “Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces” (artículo 1). “Las políticas públicas de la niñez y adolescencia se elaborarán de acuerdo a las siguientes pautas: a) Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” (artículo 4). “PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. 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” (artículo 29). Y a esta última norma, el Decreto 415 agrega: “El principio de efectividad debe observar el respeto por el reparto de competencias entre la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (artículo 29).

De ahí que a todos los operadores del sistema se los denomina “efectores”, pues pesa sobre ellos la misión de procurar que los derechos de niñas, niños y adolescentes sean de ejercicio “efectivo”.

3 • Derechos y principios procesales. Aspectos generales.

La Ley 26.061, aunque de aplicación en el ámbito nacional, contiene normas generales que ilustran los principios y garantías mínimas en materia procedimental que deben ser respetados en todo el territorio argentino, sin perjuicio de las normas que las provincias dictan conforme sus atribuciones no delegadas a la Nación. Aquéllos están tratados así: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos

aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (artículo 27).

Conforme lo dicho con anterioridad, en la Ley Provincial 13.298 sólo subsisten sobre el procedimiento unas pocas normas que ya he analizado, dedicadas al desempeño de los Servicios, pues los artículos 40 a 63 fueron derogados por su posterior Ley complementaria 13.634 (artículo 101).

Por tanto, esta última ley provincial aporta las normas generales de procedimiento. Advierte desde su inicio que serán aplicables las reglas contenidas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal de la Provincia, con las modificaciones efectuadas por esta ley de protección de la infancia y adolescencia (artículo 1). Dispone, asimismo, que “las audiencias y vistas de causa serán orales bajo pena de nulidad y se practicarán con la presencia obligatoria de todas las partes, de acuerdo a los principios de continuidad, inmediación, contradicción y concentración” (artículo 2). Exige el respeto del derecho de los niños a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico; debiendo el juez del proceso garantizar debidamente el ejercicio de este derecho (artículo 3). Determina que el proceso sea de carácter reservado, salvo para el niño, representantes legales o guardadores de hecho y las partes (artículo 4). Y sobre todo, deja bien en claro que “la internación y cualquier otra medida que signifique el alojamiento del niño en una institución pública, semipública o privada, cualquiera sea el nombre que se le asigne a tal medida y aún cuando sea provisional tendrá carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada” (artículo 7).

3.1 Derecho del niño a asistencia letrada

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de familia desde el inicio del proceso judicial o administrativo que los incluya –abogado privado, o a cargo del Estado en caso de carecer de recursos económicos– está contemplado en la ley especial de fondo (artículo 27 de la Ley 26.061).

Al respecto, el Decreto Reglamentario 415 dice: “El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Púpilar. Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley N° 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho

previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades” (artículo 27).

Las leyes bonaerenses no tratan especialmente este punto; por ende, las reglas nacionales sobre el particular resultan de aplicación en todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

Este derecho implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica de los intereses del niño, de manera diferenciada de las pretensiones de los representantes legales de este último. Este derecho resulta aplicable en sintonía con el principio de capacidad progresiva del niño y su consecuente derecho a participar activamente en el proceso.

En principio, como la ley no establece una edad a partir de la cual aquél puede elegir a su abogado, cabría sostener que a partir de los 14 años de edad sería admisible y válido el ejercicio del derecho a la libre elección del profesional que técnicamente lleve a su cargo la defensa del niño; ello así, de conformidad con las previsiones del artículo 921 del CC. Sin embargo, el parámetro no ha de ser sólo la edad sino el grado de madurez y comprensión que la niña, niño o adolescente tengan para tomar a su cargo la decisión de designar autónomamente a su abogado. Este derecho resulta de ejercicio preferente, y por ello no será necesaria la designación de un tutor *ad litem* cuando se den las condiciones de admisibilidad antes descriptas¹⁶. En cambio, cuando esto no sea posible en función de la edad, madurez y comprensión del niño, corresponderá que la asistencia letrada esté a cargo de un tutor *ad litem* surgido de la lista oficial y designado por el juez, si existen intereses contrapuestos con los de sus representantes legales (artículo 61 del CC).

En cualquier caso, como bien señala el Decreto 415 reglamentario de la ley nacional, todo ello no invalida la coexistencia e intervención de la figura del asesor de incapaces como miembro del Ministerio Público, quien mantiene su rol de representante de los menores de edad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 59 del CC y por el artículo 23 de la Ley Provincial 12.061, norma esta última modificada por el artículo 108 de la Ley 13.634.

3.2 Derecho de acceso a la tutela judicial efectiva. Principio de efectividad

Conforme lo tratado en párrafos anteriores, el principio de efectividad resulta aplicable con relación a todos los procedimientos que se organizan en las nuevas leyes que componen el Sistema de Protección Integral de la niñez y adolescencia. Este principio de efectividad –contenido en las normas constitucionales (artículos 18 y 75 inciso 22 de la CN) y destinado originariamente para el sistema judicial– se encuentra regulado en forma explícita tanto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos como en el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que garantiza expresamente el acceso a la tutela judicial efectiva. Además, cobra ahora una nueva dimensión, más abarcativa, toda vez que la creación de dos tipos de procesos diferentes pero con el mismo fin –el proceso extrajudicial o administrativo, y el jurisdiccional– exige una reinterpretación adecuada de aquellas normas de jerarquía superior, en toda actuación relativa a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

3.3. El nuevo paradigma de “desjudicialización”. Proceso administrativo y proceso jurisdiccional

En coherencia con lo dicho en el punto anterior, en materia de niñez y adolescencia se redimensiona el concepto “justicia efectiva”. En efecto, la gran reforma operada sobre el Sistema de Protección de la infancia y la adolescencia consiste en la abolición del régimen de la situación irregular del niño y del patronato del Estado en su faz judicial, para devolver al Estado administrador las facultades proteccionales y asistenciales que le son propias. Para ello, además de las políticas públicas de sostén, estas leyes bonaerenses refieren a los Servicios Locales y Zonales y, en especial, organizan los procedimientos administrativos que deberán aplicarse en tales Servicios para la atención y satisfacción de las demandas propias de su competencia, antes atribuida al Poder Judicial. Evidentemente, esta decisión legislativa se funda en el paradigma de “desjudicialización” de los conflictos familiares –ello, por supuesto, en la medida de lo posible–; paradigma sustentado, a su vez, en las normas arriba analizadas que prohíben efectuar injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar.

En verdad, con este esquema de actuaciones administrativas y judiciales sobre temas tan sensibles, se refuerza el modelo de justicia de acompañamiento tan reconocido en el derecho de familia moderno¹⁷, que procura la co-construcción de la sentencia por los propios interesados. Así, los Servicios municipales y zonales y sus equipos interdisciplinarios deberán actuar dentro de su ámbito administrativo como mediadores sociales para la satisfacción de los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes que reclamen su atención, reservándose la actuación de los tribunales judiciales como último recurso ante casos en los cuales resulte imperiosa una decisión jurisdiccional.

Esto permite pensar en la existencia de un sistema de justicia a cargo del “administrador” y uno de justicia a cargo de la “jurisdicción”, con lazos comunicantes entre sí, como parte de un sistema integrado destinado a la protección integral de la niñez y la adolescencia.

Por ello, hoy las mandas legales que refieren al acceso a la “tutela judicial efectiva” (artículos 25 CADH y 15 CBA) deben reinterpretarse como obligación del Estado de garantizar el acceso al Sistema de Protección en su conjunto –de justicia administrativa y jurisdiccional– para que, mediante el procedimiento más rápido y sencillo posible, se procure la plena satisfacción de los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes que se encuentren vulnerados.

Para comprender mejor el proceso administrativo y no exceder el propósito de este trabajo, recomiendo la lectura de las normas de las leyes bonaerenses que a continuación se señalan. De la Ley 13.298: artículos 18 a 22; 29 a 32; 33, con la modificación efectuada por el artículo 99 de la Ley 13.634; 34; 35, en particular con la modificación del inciso h, realizada por el artículo 100 de la Ley 13.634; y 36 a 39 inclusive. Y del Decreto Reglamentario 300, iguales artículos, que resultan muy ilustrativos. En términos generales, son de estructura y finalidad similar a las que sobre actuaciones administrativas también dispone la Ley Nacional 26.061 y su reglamentación. Por eso, al igual que en el ámbito nacional, la ley provincial pone especial énfasis en destacar que “el incumplimiento de las medidas de protección por parte del niño no podrá irrogarle consecuencia perjudicial alguna” (artículo 36), tema que se encuentra bien

reglamentado y aclarado en el correlativo artículo del Decreto 300.

Cabe remarcar que las medidas de protección más extremas –como el “abrigo” previsto en el inciso h del mencionado artículo 35, que supone para el niño una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar habitual–, dispuestas ante la vulneración de derechos de los niños, están legalmente diseñadas para que sean utilizadas por los Servicios administrativos y resulten limitadas en el tiempo con el fin de preservar los lazos familiares de niñas, niños o adolescentes. Precisamente, con la figura del “abrigo” –medida más extrema que puede disponer el órgano administrativo, con tan sólo el control de legalidad por parte del órgano judicial–, es donde se advierte con más claridad la pretensión legal de imponer el cambio de paradigmas arriba mencionado, en pos de la “desjudicialización” de buena parte de las cuestiones que atañen a la niñez y adolescencia¹⁸. Piénsese que todo ello resulta coherente con la normativa de la Ley 26.061, que deroga la Ley de Patronato 10.903 y modifica la redacción del artículo 310 del CC.

Por último, para reforzar aún más este corrimiento de actuaciones que por entonces correspondían al ámbito judicial-jurisdiccional y que ahora han sido traspasadas a la órbita administrativa, la ley nacional reforma el procedimiento relativo a la guarda de personas (artículos 234 y 236 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, CPCCN), y deja vigente estas medidas exclusivamente para personas mayores de 18 años. En idéntica sintonía, los artículos 87 y 88 de la Ley Provincial 13.634 también modifican los respectivos artículos 234 y 236 del Código de rito bonaerense, reservando las medidas de guarda de personas para los mayores de 18 años.

3.4 Reforma procesal y orgánica en el fuero de familia provincial

La Ley 13.298 pretendió una reforma del fuero de familia en sus artículos 40 a 52. Sin embargo, ese intento no prosperó, porque el Decreto 66 de promulgación de ésta “observó” las principales normas referidas a dicho fuero.

Finalmente, la Ley 13.634 contiene el conjunto de disposiciones reformadoras de este fuero y, además, modifica varias normas del Libro VIII Código de Procedimientos Civil y Comercial (Ley 7.425). Entre ellas, las de mayor impacto son las siguientes:

a) La reforma de los órganos judiciales del fuero de familia

Para tal fin, la Ley 13.634 propugna la conversión de los actuales Tribunales Colegiados de Familia, creados por la Ley 11.453, en Juzgados de Familia (cada tribunal, subdividido en tres juzgados unipersonales), así como la creación de nuevos juzgados en las localidades donde no exista el fuero especializado (artículos 8 a 11); dependencias a cargo de un juez de primera instancia, que contará con la colaboración de un consejero de familia, un equipo técnico interdisciplinario, y funcionarios y agentes judiciales que completen la dotación necesaria de recursos humanos para cumplir con el servicio de justicia especializado (artículos 8 a 12 inclusive). A su vez, la ley omite crear Cámaras de Apelaciones de Familia, o Salas Especializadas en Familia dentro de las Cámaras de Apelaciones Civiles y Comerciales existentes. Sólo hace una indirecta referencia a las cuestiones de la Alzada, cuando en una norma de procedimiento referida a los recursos, menciona que “... el recurso tramitará y será resuelto por una Sala especializada en materia de Familia, integrada a las Cámaras de apelaciones en lo

civil y comercial, en la forma que la Ley Orgánica del poder Judicial establecerá” (artículo 16, Ley 13.644, que reforma, entre otros, el artículo 852 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires –en adelante CPCC)¹⁹. Para la concreción de tal reforma en todo el mapa judicial de la Provincia, la ley prevé plazos de ejecución y adecuación progresiva (artículos 89 a 97), plazos que han sido “reprogramados” por sucesivas leyes²⁰, hasta que se logre finalmente la implementación de la reforma en su totalidad.

b) La ampliación de competencia de la justicia de paz

Inicialmente, la Ley 13.634, en su artículo 104, modificó el artículo 61 de la Ley 5.827 Orgánica del Poder Judicial, ampliando la competencia de los Juzgados de Paz. Sin embargo, muy pronto se vio la necesidad de adaptar esas disposiciones y se dictó la Ley 13.645, que en su artículo 3 nuevamente adapta aquel artículo 61 de la Ley 5.827 y efectúa una descripción detallada –aunque confusa– de las materias de familia que se incorporan a la Justicia de Paz, haciendo una distinción particular entre las actuaciones de dichos juzgados en algunas jurisdicciones respecto de otras.

En una muy ajustada síntesis, la ampliación de la competencia ha traído aparejada una notoria confusión en cuanto a las materias de competencia de familia a cargo de los Juzgados de Paz; pues, por una parte indica que les corresponde “*en materia de familia, la establecida en el art. 827 CPCC que no se haya especificado en los demás incisos de este artículo*”, y por la otra, indica en incisos separados algunas materias no contradictorias que también integran las tratadas en el mencionado artículo 827 del CPCC. Por ende, no resulta claro de aquella redacción si les corresponde absorber todo lo mencionado en el artículo 827 del CPCC, o solamente las materias expresamente tratadas en incisos separados, que, por cierto, también incluyen procesos contradictorios.

Ante la disyuntiva interpretativa, cabe sostener que resulta de aplicación el criterio que sustenta la posición más amplia que favorece la extensión de competencia respecto de las materias enumeradas en el artículo 827 del CPCC sin distinción. Ello, de conformidad con la garantía de acceso a una tutela judicial efectiva (tema ya tratado más arriba) en el órgano apropiado más cercano al domicilio de los requirentes. Y sin perjuicio de la opción prevista por el artículo 828 del CPCC –cuya redacción ha sido mejorada por la Ley 13.634–, que faculta al interesado a elegir conforme su mejor interés la competencia del Juzgado de Paz o del Juzgado de Familia de la jurisdicción que corresponda.

c) La ampliación de materias de competencia de la justicia de familia

El artículo 827 del CPCC se ve ampliado por el agregado de más materias a las propias del fuero y por la adaptación de algunas de ellas, conforme las leyes que componen el moderno Sistema de Protección integral del niño y su nueva dimensión.

Las materias nuevas son las que resultan agregadas en los incisos v, w, x, referidas –respectivamente– a la permanencia temporal de niños en ámbitos distintos a su hogar, a la protección de intereses difusos, y a cualquier otra cuestión relacionada al derecho de familia y del niño, excluida la materia sucesoria.

Cabe señalar la nueva redacción del inciso h, y el moderno alcance del inciso ñ. En este último, se refiere a “*guarda con fines de adopción, adopción, nulidad y revocación*

de ella”, incluyendo un trámite judicial que antes estaba reservado al fuero de menores; en el primero, mantiene la redacción original, pero su alcance es otro, pues debe referirse ahora a la guarda de personas mayores de 18 años (de conformidad con la reforma operada en los artículos 87 y 88 de la Ley 13.634, a los artículos 234 y 236 del CPCCN, tema ya tratado en este trabajo).

d) La reforma del procedimiento

El artículo 16 de la Ley 13.634 modifica el Libro VIII del Código Procesal Civil y Comercial y todas las actuaciones judiciales se adaptan para ser tramitadas ante Juzgados Unipersonales. Para ello, se retocan todas las normas referidas a la actuación colegiada del Tribunal en Pleno, que conlleva la necesidad de “acuerdos” entre los magistrados de éste. Esta reforma procesal resulta aplicable para los nuevos Juzgados Unipersonales que progresivamente han sido creados e implementados en diversas localidades bonaerenses.

Ahora bien, a la par de estos Juzgados de Familia, aún se encuentran funcionando los Tribunales de Familia creados por la Ley 11.453; por ende, las actuaciones que tramitan ante estos últimos mantienen vigente el procedimiento previsto por esta ley para el órgano colegiado. Sin embargo, estos Tribunales pueden simplificar los procedimientos de manera muy sencilla y práctica adaptando el sistema mediante decisión fundada del Tribunal, anunciando en cada causa la “monocratización” de los expedientes, es decir, comunicando en el primer despacho de cada causa que esta última estará a cargo de cada uno de los magistrados integrante del Tribunal, por el sistema de sorteo interno y por atracción de causas conexas dentro del Tribunal (argumento del artículo 838 del CPCC según Ley 11.453, que faculta a ello por razones fundadas); reservando la actuación del “Pleno” como Alzada para la etapa recursiva, o para casos de extremo conflicto en que la colegiatura resulte necesaria y más útil al caso excepcional; tema que se amplía en el punto siguiente.

Este último método es aplicado en varias jurisdicciones de la Provincia de Buenos Aires²¹, mediante la “unipersonalización” de las causas para que tramiten ante cada uno de los jueces integrantes del Tribunal. Sin embargo, al ser una decisión facultativa del órgano, la simplificación del procedimiento no es obligatoria; por tanto, algunos de los Tribunales Colegiados actuales prefieren mantener su apego al procedimiento clásico y rígido de actuación colegiada en todas las tramitaciones, sistema que obliga en la mayoría de las causas a la necesidad de participación conjunta y a la búsqueda de “acuerdo” de los magistrados del Tribunal, provocando atrasos y, a veces, colapsos en el órgano.

3.5 Derecho a la doble instancia, aun en la organización judicial actual

Entre las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos, la Ley Nacional 26.061 reconoce en su artículo 27 el derecho: “... e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

Esto importa reconocer el derecho a la revisión de los acuerdos y decisiones adoptadas mediante el procedimiento administrativo –por ejemplo, el abrigo– y también la reconsideración de las sentencias de grado que recaigan en los juzgados y tribunales con competencia en materia de niñez y adolescencia.

La garantía a la “doble instancia” prevista por el artículo 27 inciso e de la ley nacional sobre la materia –una instancia que decide en primer grado, y otra que revisa ante planteos recursivos– es reconocida expresamente en sintonía con lo dispuesto por el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica. Esta última norma reconoce entre otros derechos y respecto de toda persona, la garantía del: “Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...” (artículo 8 inciso 2 h).

La garantía de la doble instancia, claramente expresada en esa norma internacional respecto de la materia penal, también se extiende a cuestiones civiles según la Corte nacional, cuando existen leyes que así lo prevén²², como sucede en el caso de esta Ley Nacional 26.061.

Sin embargo –teniendo en cuenta la jerarquía constitucional reconocida al conjunto de tratados internacionales que conforman el “bloque de constitucionalidad federal” del artículo 75 inciso 22 de la CN–, muchos órganos de segunda instancia²³ entienden que esa garantía existe en otras materias no penales, aún “sin” la presencia de ley especial que así lo reconozca, por aplicación de los principios *pro homine* y de progresividad de los sistemas universal y regionales sobre los derechos humanos, que no admiten discriminaciones entre cuestiones de índole penal y otras materias de orden público. En efecto, cabe aceptar que aquellos tratados internacionales fijan un estándar básico o piso de protección, que los Estados –conforme su normativa interna– pueden aumentar o elevar, pero nunca desconocer, perturbar o disminuir, pues comprometerían su responsabilidad internacional²⁴.

El principio *pro homine* –también llamado “cláusula del individuo más favorecido”– instala un regla sencilla: siempre se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos y garantías protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. En definitiva, de lo que se trata es de estar siempre a favor de la persona humana²⁵.

Por aplicación de tales principios, la norma del artículo 8 de la CADH resulta aplicable a todo proceso, de cualquier índole que sea, cuando están en juego los derechos fundamentales del ser humano. Así lo tiene entendido, además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a partir de la Opinión Consultiva 11/90, al interpretar que aunque el artículo 8 no especifica “garantías mínimas” con relación a “la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” –como sí ocurre en el inciso 2 al referirse a materias penales–, no obstante, el concepto de “debidas garantías” se aplica también a esos órdenes y, por ende, en éstos toda persona tiene derecho también al debido proceso con los mismos estándares del proceso penal²⁶. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’ –entre los que se encuentra la de la doble instancia–, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino el conjunto de los requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. Doctrina ésta que dicha Corte ratifica en otros casos, donde reafirma que las garantías mínimas del proceso descriptas en el inciso 2 del artículo 8 son aplicables a todo proceso civil, la-

boral, fiscal, o de cualquier índole²⁷.

Por el artículo 75 inciso 22 de la CN, la Nación reconoce la aplicabilidad jerárquica de la CADH “en las condiciones de su vigencia”; y ello implica la aceptación de las interpretaciones del tratado, efectuadas por la Comisión y por la Corte Interamericana. En consecuencia, los órganos judiciales nacionales y provinciales deben tomar en consideración no sólo la normativa internacional sino la interpretación que de ésta realizan los organismos internacionales de aplicación.

Siguiendo esas pautas de jerarquía superior, muchos Tribunales de Familia bonaerenses han organizado su funcionamiento interno para garantizar en su máxima expresión el derecho a la doble instancia dentro del mismo órgano. Ello así, para evitar que la garantía de revisión tenga que impactar sobre la Suprema Corte de Justicia de la Provincia y generar dilaciones en el tiempo para el dictado de sentencias definitivas en una instancia ulterior.

Como ya señalé en el punto anterior, el Tribunal Colegiado de Familia puede, mediante decisión fundada, “unipersonalizar” las actuaciones de las causas que tramitan ante el órgano judicial –argumento del artículo 838 del CPCC, Ley 11.453–, permitiendo que cada uno de los tres magistrados integrantes del Tribunal conduzca de manera “monocrática” el procedimiento hasta su conclusión con la sentencia de grado. La actuación en “pleno” del Tribunal se mantiene como segunda instancia, y así el órgano colegiado garantiza a las partes el derecho a la revisión de la sentencia de grado mediante la interposición de los recursos de aclaratoria, revocatoria y apelación –denominado “reconsideración”– de conformidad con lo dispuesto por el artículo 852 del CPCC, Ley 11.453. Por tanto, en cada Tribunal coexisten tramitaciones de procesos en primera instancia –a cargo de cada uno de los tres jueces del Tribunal, como si fueran tres juzgados por separado– y actuaciones en segunda instancia, a cargo del Tribunal en Pleno que, como Alzada, elabora el acuerdo de sus tres magistrados y la sentencia de segundo grado.

Esta función revisora en la segunda instancia dentro del mismo órgano permite que tanto la garantía como el derecho a la doble instancia sean de ejercicio efectivo, máxime teniendo en cuenta que el fuero de familia atiende materias de orden público y de profundo contenido social. Pero además, garantiza que la función de Alzada sea efectuada por jueces especializados en materia de familia, preservando con ello la “especialidad del fuero”; estándar básico logrado con la Ley 11.453, que se vulnera cuando la función revisora queda en manos de magistrados de otras materias. Piénsese qué paradójico resulta, por caso, que la ley nacional de niñas, niños y adolescentes sostenga con razón la defensa técnica de éstos a cargo preferentemente de letrados especializados en familia y que, por el contrario, la organización judicial interna provincial admita que las resoluciones judiciales puedan quedar en manos de jueces no especializados, mientras no se crean y pongan en funcionamiento Salas Revisoras especializadas en la materia. En verdad, el sistema de doble instancia dentro de un Tribunal de Familia, en este punto al menos, preserva el principio de efectividad antes tratado, porque permite el ejercicio efectivo del derecho que se analiza en este punto.

Ahora bien, para sostener con más profundidad el doble sistema de instancias dentro del mismo órgano colegiado, la adaptación también tiene que abarcar el procedimiento a seguir para las audiencias preliminares y de vista de la causa, pues se deben celebrar a

cargo del juez de la causa y no de forma colegiada; ello así, para garantizar en la segunda instancia una revisión objetiva a cargo del “Pleno”. Para esto, la prevención mayor que debe adoptar un Tribunal Colegiado que actúa con esa dinámica interna consiste en garantizar que las audiencias de escucha del niño –de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 de la CDN– sean celebradas por el juez de la causa con intervención de los restantes magistrados del Tribunal mediante el uso de la Cámara Gesell, para evitar la necesidad de reproducir esta prueba esencial en la segunda instancia.

Todo este sistema de optimización interna a la que puede apelar un Tribunal Colegiado para el cumplimiento de su misión permite, además, simplificar el procedimiento al eliminar el veredicto y resolver la sentencia de grado en forma individual; dinamizar sensiblemente la agenda judicial de los tres magistrados, al actuar éstos por separado; facilitar las subrogancias internas de los tres jueces entre sí, respecto de las resoluciones que requieran sus firmas. En definitiva, significa hacer cierto aquel mandato internacional con jerarquía constitucional y aplicar en estas cuestiones al órgano colegiado, el procedimiento previsto por la Ley 13.634, artículo 16 –que reforma los artículos 842 a 851 inclusive del CPCC.

Este modelo de actuación, por el que ya se rigen algunos Tribunales de Familia²⁸ bonaerenses, ha dado muestras de ser favorablemente aceptado por letrados y por funcionarios de otras dependencias judiciales con actuaciones en el fuero de familia; aceptación que ofrece como resultado el bajo índice de interposición de recursos extraordinarios ante el Máximo Tribunal provincial.

Es también, hasta el momento en que se escriben estas líneas, el andamiaje judicial que brinda mayores garantías de revisión especializada en el menor tiempo posible y con muy bajo costo estructural, aplicando al esquema tradicional, el conjunto de principios, derechos y garantías de los actuales sistemas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes nacional y provincial aquí tratados.

Notas

- 1 - Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- 2 - Ley Provincial 13.298 de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños.
- 3 - Ley Provincial 13.634 del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño.
- 4 - Ley Provincial 13.645 modificatoria de la Ley Provincial 13.634.
- 5 - También señalado como “*principio rector*”, como dice el art. 4.1 del Decreto 300/06, reglamentario de la Ley Provincial 13.298.
- 6 - Adviértase que el decreto del Poder Ejecutivo 417/06, reglamentario de la Ley 26.061, denota la severa preocupación del Estado ante la exclusión legal de los jóvenes de 18 a 21 años de edad generada ante una interpretación restrictiva del tope de edad impuesto por aquella ley nacional. Por ello, el art. 2 de dicho decreto dice: “Disposiciones Transitorias. Los organismos administrativos nacionales, provinciales y locales deberán revisar las normativas que regulan y/o repercuten en el acceso y/o ejercicio de

derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes adecuándolas a los postulados contenidos en la ley objeto de reglamentación. En el plazo de VEINTICUATRO (24) meses contado desde el dictado del presente decreto, se deberá contemplar la continuidad del acceso a las políticas y programas vigentes de quienes se encuentren en la franja etaria de los 18 a 20 años inclusive, a los efectos de garantizar una adecuada transición del régimen establecido por la derogada Ley N° 10.903 al Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, debiendo respetarles el pleno ejercicio de sus derechos en consonancia con las disposiciones de la Ley N° 26.061”. Asimismo, la Resolución N° 171 y sus Anexos dictada por el Ministerio de Desarrollo Humano de la Pcia. de Bs. As. también refleja la honda preocupación estatal por la continuidad de planes y programas que procuren proteger los derechos y necesidades de los jóvenes pertenecientes a la franja etaria de 18 a 21; en particular, los originados por cuestiones de salud, como por ejemplo, las adicciones.

7 -SCJBA, 28/02/07, registrada bajo el n.º 55 *0359014*.

8 - Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1999, pág. 77.

9 - Enciclopedia Jurídica Omeba, “Retroactividad e irretroactividad de las normas jurídicas”, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, T. XXIV, pág. 1004.

10 - Tribunal Colegiado de Familia n.º 2, Mar del Plata; “R., J. s/ Adopción. Acciones vinculadas”, Exp. n.º 26.062/06; SD 12/11/07; Magistrada: Loyarte.

11 - Tribunal Colegiado de Familia n.º 2, Mar del Plata; “P., F.B.M. s/ Adopción. Acciones vinculadas”, Exp. n.º 23.256/07; SD 26/06/08; Magistrada: Loyarte

12 - En un caso reciente, la CSJN hizo lugar a un planteo de similares consecuencias, y aunque no se funda específicamente en esta doctrina, la solución es similar; pues hace lugar al planteo recursivo de la actora fundado en la aplicabilidad de la ley anterior derogada. La decisión final del Máximo Tribunal federal hace lugar al pedido de la viuda de un afiliado para obtener la pensión por la muerte de éste, considerando para ello la mejor calificación de los aportes y beneficios asegurados por la derogada legislación anterior, vigente al momento del fallecimiento de aquél. CSJN, 27.245, “Barrios, Stella Maris c/ ANSeS y otro”, 3/03/09; DJ. n.º 17 del 29/04/09; pág.1095.

13 - Terminología utilizada en la doctrina nacional. Véase Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes...*, Ediar, 2007, pág. 261; quienes parafrasean al escritor José Saramago y citan, a su vez, a Aída Kemelmajer de Carlucci como introductora de este giro en una obra de su autoría.

14 - Tribunal de Familia n.º 2, Mar del Plata; “R., Y. c/ G., G. s/ Protección de la violencia familiar”; “M., M.M. c/ J., P. y otros s/ Protección de la violencia familiar”; etc.; Magistrada: Loyarte.

15 - Tribunal de Familia n.º 2, Mar del Plata; “B., S. c/ E., W.O. s/ Tenencia de hijo”; “C., M.F c/ M., A. s/ Reintegro de hijo”, Exp. n.º 2539/09; S.I. 21/04/09; Magistrada: Loyarte.

16 - A modo de ejemplo, valgan los siguientes casos. Un adolescente detenido injustamente, representado por su madre, requirió la autorización judicial supletoria para estar en juicio -conforme art. 264 inc.5 CC-, a fin de demandar por daños y perjuicios al Estado. El Ministerio Pupilar dictaminó en forma favorable al pedido, pero solicitó la designación judicial de un tutor *ad litem* para ello. En la sentencia, a la par de resolver la cuestión principal, dispuse dejar a salvo el derecho del adolescente a designar su abogado particular, por aplicación de las normas y principios arriba tratados. “Tribunal de Familia n.º 2, Mar del plata, “V., M. d. J. s/ Autorización”, Exp. n.º 7648/06; SD 9/08/07; Magistrada: Loyarte.

En otra causa, una adolescente bajo la guarda de su abuela demandó por sí sola y con el patrocinio de un abogado particular, el reintegro de su hija de pocos meses de vida, retenida por la hermana de la actora. El Ministerio Pupilar solicitó la designación de un tutor *ad litem*. En tal caso, consideré innee-

saria la medida solicitada por la asesora de incapaces, tuve por admisible y “suficiente” la petición autónoma de la accionante, y por válida la defensa técnica del abogado patrocinante por ésta designado. Tribunal de Familia n.º 2, Mar del Plata, “C., M. F. c/ M., s/ Reintegro de hijo”, Exp. n.º 2539/09, S.I. 21/04/09; Magistrada: Loyarte.

17 - En especial, por doctrinarios expertos en el fuero de familia y en el derecho procesal, Dres. Eduardo Cárdenas y Mario Augusto Morello, respectivamente.

18 - En un caso reciente traído como mero ejemplo, dispuse el rechazo de la medida judicial -antes denominada “asistencial”- peticionada por un fiscal al juez de familia, tendiente a prevenir una eventual afectación de los derechos de un niño, considerando la falta de mérito para ello; rechazo fundado en el nuevo paradigma de “desjudicialización”. Tribunal de Familia n.º 2, Mar del Plata, “R., A. s/ Exhortos y Oficios”, Of. N.º 283/08, SD 20/04/09, Magistrada: Loyarte. En otro caso reciente, rechacé una pretensión similar por parte de un juez penal, con iguales fundamentos. Tribunal de Familia n.º 2, Mar del Plata, “D.F.M. s/comercialización de estupefacientes”. Of. n.º 294/09, SD 22/5/09, Magistrada: Loyarte.

19 - Al momento de escribir estas líneas, no se ha logrado aún la sanción de una ley que regule la creación de Cámaras de Apelaciones de Familia, o Salas especializadas en materia de Familia integradas a las Cámaras Civiles y Comerciales existentes en la Provincia de Buenos Aires.

20 - Leyes 13.645, 13.821 y 13.944.

21 - Tal el caso de tribunales de los departamentos judiciales de Quilmes, La Plata, Mar del Plata, etc.

22 - CSN Fallos 310:1162; 311:274; 312:195; 318:1711; entre otros.

23 - CCC MdP, Sala II, “P. S.G.R. s/ Amparo”, 12/4/07, Exp. n.º 137.677, R. N.º 59, Fº 399/412. En el caso, se trataba de un amparo tramitado para obtener la reasignación de sexo y documentación acorde.

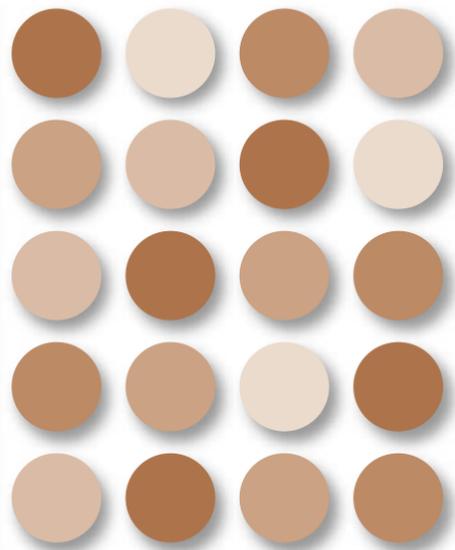
24 - Carrillo Salcedo Juan A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 24.

25 - Bidart Campos, Germán y Albanese, Susana, *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Ed. Ediar, Bs.As. 1998, pág. 108 y notas 1190 y 191; Ayala Corao, Carlos M. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias”, en la obra colectiva *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, pág. 54*; Pinto, Mónica “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs.163-171.

26 - OC 11/90 del 10/8/1990, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos -arts. 46.1, 46.2a y 46.2b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 28.

27 - Ejemplos: “Paniagua Morales y otro”, sentencia del 8/03/98, párrafo 149; “Tribunal Constitucional”, sentencia del 31/01/2001, párr. 70; “Baena”, sentencia del 2/02/2001, párrafo 125, donde dice expresamente que la Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; en idéntico sentido también se expidió en “Broenstein”, sentencia del 6/02/01, párrafo 102-103; ob. cit. en nota anterior.

28 - Por ejemplo, Tribunal de Familia n.º 2 del Departamento Judicial Mar del Plata, que al ser el último órgano colegiado del fuero puesto en funcionamiento en la Provincia de Buenos Aires, ha puesto en su máxima expresión estos principios de actuación en doble instancia, y puede exhibir profusa jurisprudencia al respecto.



El Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y el fuero de familia de la Provincia de Buenos Aires

Silvia Chavanneau

Silvia Susana Chavanneau

Abogada, Universidad de Buenos Aires. Diploma Superior en Ciencias Sociales con orientación en Sociología, FLACSO. Jueza del Tribunal de Familia Nº 1 del departamento judicial de San Isidro. Docente de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho.

1 • Un poco de historia: cómo surgieron las nuevas leyes y adónde hemos llegado

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, ha dado lugar a reformas en las políticas públicas y en las normas jurídicas destinadas a la infancia, fenómeno que ha adquirido particular relevancia en los países de América Latina, cuyos Estados, en tanto signatarios de la Convención, se han visto en la obligación de realizar las adecuaciones necesarias para responder a las exigencias del instrumento internacional de derechos humanos¹.

Analizando el impacto que ha producido la ratificación de la Convención por los Estados latinoamericanos en el período 1990-2000, se ha distinguido entre los países donde la impronta ha sido superficial o retórica, en los que la incorporación de la Convención al derecho interno no ha producido cambios sustanciales; de aquellos que han formulado una adecuación formal o eufemística, reformándose leyes y eventualmente instituciones sin modificarse las concepciones profundas; de, por último, aquellos otros que realizaron una adecuación sustancial de su orden interno al instrumento internacional, diferenciando entre estos los que lo hicieron a través de códigos o leyes únicas –verdaderos y completos repertorios tanto de derechos como de reformas institucionales– y los que dictaron leyes específicas en el marco de la Convención².

La República Argentina ha recorrido un camino que podríamos calificar de errático en el proceso de adecuación. Ha sido uno de los últimos países de Latinoamérica en dictar una ley integral de carácter nacional, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada en 2005. Y aunque previamente reformó normas inspiradas formalmente en el modelo de la Convención, estas no respondían cabalmente a su contenido, tal el caso de la Ley 24.779 de Adopción. Mientras tanto, varias provincias se adelantaron en el dictado de leyes y aun de códigos en la materia en ejercicio de facultades propias, ya que “... en el diseño constitucional argentino, la opción por un sistema federal impone que los poderes provinciales sean la regla y los federales la excepción; de manera que, en principio, los procedimientos de garantía, promoción y protección de derechos de niños y niñas (que aseguran estándares materiales constitucionales) son competencia local. Así lo han entendido gran parte de las provincias desde hace décadas, aún antes de la aprobación de la CIDN”³.

Dada la situación por entonces imperante en nuestro país, el Comité de los Derechos del Niño, al analizar el sistema legal argentino en materia de niñez, expresó en 2002: “16. El Comité recomienda al Estado Parte que: a) Tome todas las medidas para que el Congreso apruebe sin tardanza el proyecto de ley integral de los derechos del niño y el adolescente; b) Véle por que, una vez promulgada, la ley de protección integral de los derechos

del niño y el adolescente se aplique plenamente de conformidad con la Convención, prestando especial atención a la necesidad de asignar los recursos humanos y financieros necesarios para poder contar con estructuras adecuadas; c) Véle por que la legislación provincial en su conjunto se ajuste plenamente a las disposiciones y los principios de la Convención”⁴.

A pesar de las recomendaciones del Comité, la Provincia de Buenos Aires –al igual que la Nación– demoró en completar la reforma legal, y aún no ha logrado poner en funcionamiento en forma íntegra el sistema plasmado en las leyes sancionadas y promulgadas.

El proceso de reforma legal e institucional desarrollado por la Provincia de Buenos Aires para adoptar los preceptos incorporados en la Convención de los Derechos del Niño y poder cumplir, en consecuencia, con los compromisos asumidos por el Estado Argentino al ratificar ese instrumento de derechos humanos, comenzó en las postrimerías del año 2000 cuando la Legislatura provincial sancionó la Ley 12.607 de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Joven. El derrotero de la ley fue aciago, a punto tal que jamás llegó a entrar en vigencia. Dos meses después de su sanción, el procurador de la Suprema Corte de Justicia interpuso una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia provincial, que dictó una medida cautelar suspendiendo su entrada en vigencia. Dicha medida precautoria perduró hasta mayo de 2003, cuando el Superior Tribunal provincial resolvió la cuestión de fondo, declarando la constitucionalidad de la Ley 12.607, y habilitando su aplicación.

Sin embargo, la entrada en vigencia de la ley sufrió otras dos nuevas postergaciones, producto de decisiones legislativas. La Ley 13.064 suspendió nuevamente la Ley de Protección por considerar los legisladores que no estaban dadas las condiciones para su implementación, debido a la amplia variedad y complejidad de factores que ello exigía. Vencida la prórroga, otra ley, la 13.162, prorrogó el plazo de suspensión por otro trimestre. Se llegó así nuevamente a un mes de diciembre, pero del año 2004, en que los legisladores bonaerenses sancionaron la Ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, que fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires el 27/01/2005 y promulgada por el Decreto 66/2005 del 27 de enero de 2005 que, a la vez, la vetó parcialmente.

En su artículo 40, la ley ordena que la organización y procedimientos relativos al fuero del niño fuesen instrumentados mediante una ley especial que dictaría la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires dentro del año calendario de su entrada en vigencia. Transcurrida la feria judicial de enero de 2005, en febrero la procuradora general de la Suprema Corte interpuso una nueva medida cautelar solicitando la suspensión de la nueva Ley 13.298, medida a la que la Suprema Corte hizo lugar. Esto generó la presentación de recurso contra la resolución del Tribunal, interpuesto por el Ejecutivo provincial. Este Poder, a pesar del pronunciamiento judicial, avanzó reglamentando la ley suspendida mediante el Decreto 300 del 7 de marzo de 2005, en el que se designa al Ministerio de Desarrollo Humano provincial como Autoridad de Aplicación del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños.

Por tercera vez en un mes de diciembre, el Día de los Santos Inocentes de 2006 se sancionó la Ley Provincial 13.634 del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño, en cumplimiento de la manda del artículo 40, ya mencionado, de la ley antecedente. La nueva legislación eliminó los Tribunales de Menores, creó el Fuero de

Responsabilidad Juvenil y modificó la estructura del Fuero de Familia creado por la Ley 11.453.

En febrero de 2007 la Suprema Corte de Justicia provincial reconoce la constitucionalidad de la Ley 13.298, dejando sin efecto la medida cautelar vigente, pese a lo cual la Procuración insistió con un recurso *in extremis* por entender que existía un vacío legal respecto de los procedimientos penales y los órganos de aplicación de dichos procedimientos durante el período de transición entre sistemas, por cuanto la Ley 13.634 preveía su entrada en vigencia para el 1 de diciembre de 2007. Finalmente, la Suprema Corte rechazó el pedido de la Procuración, quedando derogado el DL 10.067/83, conocido como Ley de Patronato de la Provincia de Buenos Aires.

Allí no terminarían las peripecias del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de los Niños en sus facetas judiciales. Efectivamente, “*VISTO la gravedad de la situación planteada a raíz de la imposibilidad actual de implementar de forma completa las reformas previstas por la Ley 13.634...*”⁵(sic) el 23 de noviembre de 2007, apenas siete días antes de la fecha prevista para la entrada en vigencia de la Ley 13.634 y su modificatoria 13.645, el Poder Ejecutivo provincial ordenó –mediante el Decreto 3.438– prorrogar hasta el 1 de junio de 2008 la aplicación y entrada en vigor de las disposiciones comprendidas en el primer párrafo del artículo 92 de la Ley 13.634. El mismo establecía que las disposiciones referidas al proceso de familia comenzarían a regir desde el 1 de diciembre de 2007 y que, hasta tanto, los magistrados que integraban el fuero de responsabilidad penal juvenil –jueces de responsabilidad juvenil y jueces de garantías del joven (en los hechos quienes hasta entonces habían sido jueces de menores)– serían competentes en las nuevas materias que se atribuyen al fuero de familia y que se enuncian en los incisos t, v y w del artículo 827 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (CPCC) (DL 7425/68) y también en la intervención contemplada en el artículo 35 inciso h de la Ley 13.298, sobre cuyo contenido nos adentraremos párrafos más adelante.

En consonancia con la necesidad real de suspender la implementación de los nuevos fueros ante la falta de los dispositivos previstos por la Ley 13.298, la Legislatura provincial sancionó la Ley 13.821 el 1 de diciembre de 2008, modificando el artículo 92 de la Ley 13.634 y estableciendo que las disposiciones referidas al proceso de familia comenzarían a regir en la medida en que la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con un plan elaborado conjuntamente con el Ministerio de Justicia, pusiera en funcionamiento los nuevos órganos del fuero de familia, manteniendo mientras tanto la intervención de los jueces de menores como establecía el Decreto 3.438.

Por último, la flamante Ley 13.945 (publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires el 10/02/2009) prorrogó, a partir del vencimiento de la normativa previa y por el término de un año, el plazo para completar el proceso de transformación de los Tribunales de Familia en Juzgados Unipersonales del fuero de familia, establecido por el artículo 94 de la Ley 13.634 (texto según Ley 13.821).

Para facilitar en forma sucinta la comprensión de este complicado camino de reforma y el estado actual de la cuestión, podemos resumirlo en los siguientes términos: mientras que la Ley 13.298 se hallaba suspendida en forma cautelar por decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, la Legislatura avanzó sancionando dos nuevas leyes que modificaron la estructura judicial contenida en aquella sin cambiar

sus principios fundamentales. La primera de las leyes, la 13.634, derogó íntegramente la Parte Segunda Órganos y Competencias Judiciales –artículos 40 a 63– de la Ley 13.298 y además modificó los artículos 33 y 35 inciso h; y derogó el segundo párrafo del artículo 22, el artículo 28 inciso d y los artículos 65 y 66, al mismo tiempo que introdujo las reformas estructurales necesarias en la Ley 5.827 Orgánica del Poder Judicial al transformar los Tribunales de Familia en Juzgados Unipersonales de Familia y crear el fuero de la responsabilidad penal juvenil. Además, modificó la Ley 12.061 de Ministerio Público agregando nuevas funciones a cumplir por sus integrantes, atento el cambio de modalidad de abordaje de las cuestiones referidas a la infancia y juventud. La Ley 13.645, modificatoria a su vez de la Ley 13.634, creó cargos de asesores de incapaces en ámbitos geográficos donde no existían y sustituyó normas de la Ley 13.634 relativas a la competencia de los Juzgados de Paz Letrados. Hasta aquí el sistema legal actualmente vigente, sobre cuyas particularidades y avances en la puesta en marcha tratarán los párrafos siguientes.

2 • Comenzando por los principios: la atribución de nuevas competencias o quién hace qué (artículo 47 y siguientes, Ley 13.298, incisos u, v, w, x)

Para entender cuál es la nueva situación en torno a la competencia material del fuero de familia parece necesario un desarrollo previo, y sólo con fines orientativos, sobre el sistema en su conjunto, es decir, sobre los principios que estructuran el sistema establecido en la Ley 13.298, ya que el análisis de la misma no es el objeto de este trabajo.

Al presentarse la Ley 13.298 se afirmaba: “*La Convención sobre los Derechos del Niño supone una serie de obligaciones que implican un replanteo profundo de las relaciones del Estado con los niños. La Ley de promoción y protección integral de los derechos de los niños y el Decreto reglamentario reflejan esa transformación a partir de la creación de una institucionalidad descentralizada y la promoción de la participación social. Las disposiciones contenidas en estos instrumentos prevén la protección de los niños por parte del Estado a partir del establecimiento de nuevas instituciones, programas, acciones y prácticas que permitan su inclusión en las políticas públicas universales y en su ámbito familiar y comunitario, revirtiendo la tendencia seguida por el modelo tutelar de segregación de los niños en sistemas especiales*”⁶. Se desprende de ello la intención del poder administrador de hacer efectivos los principios de descentralización, implementación territorial, participación social y protección del niño en su grupo familiar que caracterizan las legislaciones más avanzadas en materia de niñez.

En otro orden de ideas, esta declaración de principios emanada de la Autoridad de Aplicación del Sistema de Promoción y Protección Integral parece recoger el esbozo que ha comenzado a perfilarse sobre la responsabilidad que le compete al Estado en materia de protección integral de los derechos de la niñez y que de manera prístina ha sido enunciado al afirmarse que: “... *El Estado es responsable por las acciones u omisiones de los funcionarios u organismos públicos y la condigna reparación por los daños y perjuicios ocasionados y esta responsabilidad no surge únicamente por acciones que vulneran directamente los derechos del niño, sino también cuando se abstiene de construir los mecanismos necesarios que aseguren el real ejercicio de tales derechos*”⁷. Sin embargo, es oportuno recordar aquí la máxima popular que anticipa que del dicho al hecho hay largo trecho.

Recordemos que los Tribunales de Menores formaban parte de un sistema especial al que eran destinados ciertos sectores de la infancia y juventud. La reforma, cuyos principios se hallan plasmados en la Ley 13.298 y que se vuelve operativa en lo judicial a través de la Ley 13.634 –al abolir los Tribunales de Menores y reemplazarlos por el fuero de responsabilidad penal juvenil y modificar la estructura del fuero de familia–, ha tendido a dar existencia efectiva a la separación entre lo social-asistencial y/o jurídico, ya sea en su faz penal como civil. En lo específico familiar, el objetivo que se pretende cumplir según lo prescripto por la letra de las leyes que organizan el Sistema es que los problemas de todos los niños y jóvenes se atiendan –cuando merezcan pronunciamientos judiciales– a través de los futuros Juzgados de Familia creados por la ley y que reemplazarán a los actuales Tribunales, mientras que todas aquellas cuestiones que se conocían como *competencia asistencial* de los anteriores Tribunales de Menores sean susceptibles de ser atendidas por el Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos, a cuya cabeza, como ya viéramos, se halla el Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia.

La pauta rectora sobre la manera de considerar la cuestión y actuar en consecuencia ha sido formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar a la familia “*el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos*” y que “*la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño respecto de su familia y la privación de otros derechos consagrados en la Convención*”⁸.

En lo que a técnica legislativa se refiere, la Ley 13.298 presenta algunas peculiaridades. En primer lugar, consta de dos títulos y una parte segunda –en lugar de un título tercero. El Título I se denomina: *Principios generales. Capítulo único. Objeto y finalidad*. En el Título II, cada uno de los cinco capítulos que lo componen recibe una denominación: *Del sistema de promoción y protección integral de derechos, De los órganos administrativos, De los programas de promoción y protección de derechos, Medidas de protección integral de derechos* y, por último, *Del procedimiento*. Ya la sola denominación de cada una de sus partes integrantes permite entender que la ley contiene normas de carácter constitucional, administrativo, procesal y cuestiones tanto de derecho público como privado. La Parte Segunda, titulada *Órganos y competencias judiciales* fue dejada sin efecto por la Ley 13.634.

Otra de las peculiaridades se halla no precisamente en la ley sino en su Decreto Reglamentario 300, ya que conceptos sustantivos se han definido en él en lugar de en la propia ley. Tal el caso del concepto de “núcleo familiar” expuesto en el artículo 3, que entiende por tal, además de los padres, a la familia extensa y otros miembros de la comunidad que representen para el niño vínculos significativos en su desarrollo y protección. Dadas las consecuencias jurídicas que tal enunciación supone, merecería haber formado parte del texto legal y no del reglamentario. También el texto del artículo 8, que en cuanto su redacción conlleva una modificación tácita al artículo 255 del Código Civil, hubiese merecido otro tratamiento.

El Sistema –que se perfila como de naturaleza profundamente administrativa– se define en la Ley 13.298 como “... *un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, res-*

guardar y restablecer los derechos de los niños...” y para el logro de sus objetivos debe contar con los siguientes medios: “a) *políticas y programas de promoción y protección de derechos; b) organismos administrativos y judiciales...*” (artículo 14).

En ese sentido, prevé la ley que la Autoridad de Aplicación deberá establecer en cada municipio los órganos desconcentrados denominados Servicios Locales de Protección de Derechos, que serán unidades técnico-operativas con una o más sedes, siendo sus funciones facilitar que el niño que tenga amenazados o violados sus derechos pueda acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad (artículo 18). La Autoridad de Aplicación podrá disponer la desconcentración de sus funciones en los municipios mediante celebración de convenio suscripto con el intendente municipal, asumiendo los municipios las obligaciones estatuidas en la ley de manera gradual y en la medida que se le asignen los recursos económicos y financieros provenientes de las distintas áreas de gobierno (artículo 22).

Inmediatamente sancionada la ley, el Ejecutivo provincial observó mediante el Decreto 66/05 artículo 1 inciso a el segundo párrafo del artículo 22 –el referido al compromiso municipal de asumir funciones en la medida de la asignación de recursos– manifestándose en la exposición de motivos de la decisión ejecutiva que se torna observable su contenido porque “... *debe inferirse que sólo corresponde a la Provincia la financiación en el marco de los convenios que suscriban con los mismos*”⁹. En consecuencia, en el artículo 22 del Decreto 300/05 se reglamentó que los municipios deberán asignar el máximo de recursos económicos y financieros –incluso propios– disponibles para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. Es fácil comprender por qué esta norma ha traído importantes consecuencias a la hora de la implementación del sistema previsto por la Ley 13.298.

En la filosofía de la ley, tal como fuera concebida por sus propulsores y como ya mencionáramos, la inmediatez territorial entre los efectores y destinatarios de las políticas de promoción y protección aparece como una línea directriz. Así se explica la importancia de la acción de los municipios como parte de una nueva institucionalidad, que aunque voluntaria en la estructura de la ley, se inscribe en la tendencia a la valorización de la relación del Estado con el ciudadano, siendo éste un enfoque central de la Convención de los Derechos del Niño¹⁰. En el mismo sentido deben entenderse la creación de los Servicios Zonales de Protección de Derechos, la inclusión como integrantes del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño de entidades no gubernamentales locales, y la creación e integración de los Consejos Locales de Promoción y Protección de Derechos (artículos 14.1 y 15 del Decreto 300/2005). Sin embargo, lo que en el papel es un esquema loable, encuentra escollos por el momento insalvables cuando se trata de su concreción.

Las funciones de los Servicios Locales de Protección de Derechos han sido reglamentadas en los artículos 18 a 21 del Decreto 300, y según lo ha sintetizado el Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia, sus estrategias de trabajo consistirán en: servicios de apoyo a las familias; construcción de circuitos o redes de corresponsabilidad (familia-escuela-centro de salud-municipio-organizaciones barriales) para la inclusión de los niños en los servicios públicos; interposición ante la justicia de pedido de protección jurisdiccional de un derecho cuando el mismo ha sido violado por una institución; remover obstáculos que impidan el acceso de niños y familias a

sus derechos e incidir en el cambio de prácticas institucionales a fin de modificar la perspectiva tutelar por parte de adultos e instituciones hacia un enfoque de derechos en el marco de la Convención de los Derechos del Niño¹¹.

En cuanto al procedimiento y en los casos de conflictos familiares, el Servicio Local, habiendo sido anoticiado por parientes, responsables, allegados o terceros que tengan conocimiento de la amenaza o violación de los derechos de un niño, o por denuncia policial, convocará a una reunión como lo prevé el artículo 37 de la Ley 13.298 y formulará propuestas para facilitar a los padres o responsables legales el ejercicio de los derechos y deberes con relación al niño. En la economía del sistema creado por la Ley 13.298, todos aquellos conflictos familiares que constituían parte de la materia “asistencial” de los antiguos Tribunales de Menores quedarán absorbidos por las acciones de los Servicios Locales de Protección de Derechos, no debiendo intervenir la autoridad judicial. Triunfa entonces con la nueva legislación el deseable modelo de no judicialización de los conflictos sociales.

Sin embargo, la actuación judicial está prevista para cuando, como consecuencia de la intervención de los Servicios Locales de Protección de Derechos, se adopte como medida la permanencia de los niños en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, en cuyo caso deberá comunicarse dentro de las veinticuatro horas al asesor de incapaces y al juez de familia competente, quien, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida en el plazo de setenta y dos horas. Así ha quedado plasmada la norma luego de la modificación introducida por el artículo 100 de la Ley 13.634. El Decreto 44/07, que reglamenta la Ley 13.634, observa los párrafos relativos al plazo indicado y a la citación y audiencia de los representantes legales. En la exposición de motivos del decreto se fundamenta que es conveniente vetar esas frases, ya que la Ley 13.298 asegura la intervención del órgano jurisdiccional si la medida no ha sido consensuada por el niño y quienes ejercen su representación legal. Como el texto sancionado por la Ley 13.634 trae aparejada la judicialización de todos los casos en que se decida la medida de permanencia temporal en ámbitos alternativos o institucionales “... *al observarse la exigencia de la audiencia y su plazo de realización, se facilitará un procedimiento más discrecional, que permitirá cumplir con el requisito de la intervención jurisdiccional, sin que ello implique una excesiva dificultad, sobre todo para aplicarse en los casos en que resulte clara la viabilidad de la solución propuesta y existe acuerdo de los involucrados en su aplicación*”. Parecería que algo del espíritu tendiente a favorecer la participación familiar en la solución de sus propios problemas se ha perdido por el camino en las sucesivas reformas y reglamentaciones.

Las medidas de protección de derechos son limitadas en el tiempo, se mantienen mientras persistan las causas que dieron origen a la amenaza o violación de derechos o garantías y deberán ser revisadas periódicamente de acuerdo a su naturaleza, no pudiendo en ningún caso una medida significar la privación de la libertad ambulatoria de un niño ni acarrear consecuencias sancionatorias para el destinatario el cese unilateral de la medida (artículo 99 de la Ley 13.634, modificatorio del artículo 33 de la Ley 13.298).

Un último párrafo sobre la Ley 13.298, previo a analizar las competencias judiciales. En la ley y en su decreto reglamentario se incurre en reiteraciones innecesarias

sobre derechos y garantías ya contenidas en normas constitucionales. Al referirse al Sistema, se produce una confusión entre órganos y políticas, y el decreto reglamentario crea nuevas instancias operativas sin definir con claridad las tareas propias de cada una. La Ley 13.298 fue sancionada en diciembre de 2004 y su decreto reglamentario en marzo de 2005. En setiembre de ese último año el Congreso Nacional aprobó la Ley 26.061; y muchas de las falencias de la ley provincial pueden observarse en la ley nacional¹².

La intervención judicial para ejercer el contralor de legalidad sobre las medidas de protección de derechos indicadas por los Servicios Locales que impliquen el apartamiento del ámbito familiar y la eventual internación en instituciones sociales o sanitarias, fue incorporada a las nuevas cuestiones con que la Ley 13.298 amplió la competencia que en el artículo 827 del Código Procesal Civil y Comercial provincial (t.o. Ley 11.453) se otorgó a los Tribunales de Familia. Lo hizo regulando en los incisos u, v, w y x del artículo 47, los siguientes supuestos:

- u) Violencia familiar (Ley 12.569).
- v) El ya mencionado caso de la permanencia temporal en ámbitos alternativos cuando mediase oposición de los representantes legales del niño.
- w) Aquellas cuestiones que impliquen la violación de intereses difusos reconocidos constitucionalmente y en los que se encuentren involucrados niños.
- x) Cualquier otra cuestión principal, conexa o accesorio, referida al derecho de familia y del niño con excepción de las relativas al Derecho Sucesorio.

Si bien la Parte Segunda –Órganos y Competencias Judiciales– de la Ley 13.298 ha perdido virtualidad al sancionarse la Ley 13.634, ésta, al regular las cuestiones relativas al nuevo fuero de familia, mantuvo la redacción de esos incisos del artículo 827 con la sola modificación del inciso v que quedó redactado en los siguientes términos:
v) La permanencia temporal de niños en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o salud de conformidad a lo determinado por el artículo 35 inciso h de la Ley 13.298.

Es decir que, al igual que la Ley 13.298, la 13.634 ha mantenido para los futuros Juzgados de Familia la primitiva competencia material con que la Ley de creación 11.453 dotó a los Tribunales de Familia, agregando la contenida en la enunciación de los incisos u, v, w y x.

La materia violencia familiar ya había sido atribuida a los Tribunales de Familia por la Ley Provincial 12.569, que también la concedía a los Tribunales de Menores, al fuero civil y Comercial y al de Paz. Con la reforma, todas las cuestiones que quedan englobadas de manera imperfecta e inespecífica bajo el amplio rótulo de violencia familiar, pasarán a la órbita de los Juzgados de Familia, ya se trate de víctimas menores o mayores de edad.

El inciso v incluye todos los supuestos en que mediando acción de un Servicio de Protección de Derechos, la decisión a adoptarse sea la separación de un niño, una niña o joven de su núcleo familiar o su alojamiento institucional –en casos excepcionales– y medie oposición de sus representantes legales. Va de suyo que la previa intervención del asesor de incapaces prevista en la ley supone la posible oposición

del representante del Ministerio Pupilar. Sobre la tarea del juez frente a estos supuestos, con sumo acierto y refiriéndose a la Ley Nacional 26.061 se argumenta que “... si bien la labor del Poder Judicial no es diseñar políticas públicas, tiene el deber de examinar frente al caso concreto si la medida dispuesta por el Poder Administrador se adecuó a las normas constitucionales y legales. Es decir, si se consideró la prioridad del interés superior del niño y la garantía de sus derechos fundamentales, tal como lo prescribe el artículo 5, ley 26.061. Esta evaluación debe hacerse frente a la decisión de internar a un niño –calificada hoy como una medida excepcional (artículo 40 ley 26.061). Si esta disposición no se adapta a los criterios establecidos, no cabe duda de que puede ser declarada ilegítima y, en consecuencia, ordenarse otras acciones que resulten pertinentes”¹³. Similares contenidos de respeto por el interés superior del niño y excepcionalidad de una medida restrictiva de la libertad individual, expresados en la Ley 13.298, hacen de los conceptos transcritos una regla aplicable al caso de la Provincia de Buenos Aires.

El inciso w merece un tratamiento aparte. Mucho se insiste justificadamente sobre la transformación que la incorporación de los derechos humanos ha provocado en el derecho, en particular en nuestro sistema jurídico, donde han ingresado a través de la inclusión de los tratados internacionales en nuestro sistema constitucional. La reforma constitucional de 1994 incorporó en forma expresa, bajo el nombre de “derechos de incidencia colectiva”, la protección de los conflictos suscitados sobre el medio ambiente, los derechos de los consumidores, de los usuarios y aún de asociaciones profesionales u organizaciones no gubernamentales (ONG). La amplitud del campo de estos conflictos colectivos ha dado lugar a distintas clasificaciones, distinguiéndose en principio dos grandes categorías: la tutela de un bien indivisible y la reparación individual de daños sufridos a raíz de un acontecimiento común.

Los derechos comprendidos en la primera son conocidos como derechos o intereses difusos; los de la segunda, como derechos colectivos. Ejemplos de clasificación de ambos proporciona el Código del Consumidor Brasileño, que diferencia en su artículo 81: a) los derechos difusos, o sea, los que siendo indivisibles, pertenecen a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero ahora lo están por circunstancias de hecho; b) el derecho colectivo, que pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte mediante una relación jurídica, también indivisible y c) los derechos individuales homogéneos, como aquellos derechos subjetivos individuales que tienen un origen común¹⁴.

Dentro de la tradicional clasificación de los derechos humanos, vinculada a su evolución histórica, estos derechos encuadran dentro de la categoría de los llamados derechos humanos de tercera generación, a los que vulgarmente se vincula con la calidad de vida de las personas. “Estos denominados ‘nuevos derechos’ surgen como respuesta al problema de la ‘contaminación de las libertades’. Este fenómeno apunta a la degradación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos: la calidad de vida, el medio ambiente, la libertad informática, la privacidad y el consumo se ven seriamente amenazados. También se suelen incluir aquí a los que protegen bienes colectivos tales como el ambiente y sus componentes, el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, la defensa del patrimonio genético de la especie humana. Se trata de los ‘derechos difusos’, que importan a la comunidad como tal, sin que exista una titularidad individual precisa”¹⁵. La Ley 13.298 incorpora estos derechos como objeto de protección jurisdiccional por el fuero de familia cuando se vean

afectados niños o jóvenes, sin haber considerado las diferencias existentes entre todos los derechos colectivos –que se han señalado unas líneas más arriba–, lo que constituirá sin duda una futura fuente de nuevos desafíos a la jurisdicción, especialmente teniendo en cuenta que el procedimiento indicado para la generalidad de las materias a litigarse ante el fuero –plenario abreviado o sumario– está muy lejos de responder a las exigencias de tutela jurisdiccional propia, ya sea de derechos difusos o de derechos colectivos, sumatoria accidental de derechos individuales idénticos.

Una última reflexión sobre la ampliación de competencia que suponen los incisos w y x. Mucho se ha bregado, especialmente en las últimas dos décadas, por la desjudicialización de los problemas de la infancia vinculados con la inexistencia de políticas sociales destinadas a revertir o aliviar las carencias consecuencia de situaciones de pobreza. Las leyes 13.298 y 13.634 organizan un sistema orientado a la intervención administrativa tendiente a la restauración de derechos afectados y sustentado en la existencia de esas políticas para devolver a niños y niñas los derechos que se les hayan vulnerado. Pero, paralelamente, amplían en forma inconmensurable –por lo menos mientras no comience a funcionar el sistema y pueda evaluarse en los hechos el impacto de la letra de la ley– la posibilidad de intervención judicial frente a supuestos que –en muchos casos– resultan en el presente un ejercicio de futurología. Similar tensión entre la intervención administrativa previa a la judicial y a la judicialización de cierta categoría de derechos –los de segunda y tercera generación–, mientras se proclama la desjudicialización de la protección directa, ha sido observada al comentarse la Ley Nacional 26.061¹⁶. Quizá la concepción que portaron los reformadores coincide con la tendencia que se ha dado en denominar “justicia de acompañamiento o protección”¹⁷, que considera que las decisiones judiciales en materia familiar deben promover a sus integrantes, en especial a aquellos más desprotegidos, como los niños y los ancianos, de conformidad con las normas constitucionales y las leyes de fondo, siendo el de los jueces un rol “activista” para que “ninguna exigencia administrativa o formal frustre la tutela efectiva de los derechos en juego”¹⁸.

3 • Cambiar las estructuras: del Tribunal Colegiado al Juzgado Unipersonal o la aporía de Aquiles y la tortuga (título II de la Ley 13.634)

La manera en que han venido desarrollándose los acontecimientos en torno a la entrada en vigencia del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de los Niños en relación con la justicia de familia recuerda la aporía de Zenón de Elea, conocida como “Aquiles y la tortuga”.

Según el razonamiento del filósofo presocrático, Aquiles, llamado “el de los pies ligeros” y el más hábil guerrero de los Aqueos, decidió salir a competir en una carrera contra una tortuga. Ya que corría mucho más rápido que ella, y seguro de sus posibilidades, le dio una gran ventaja inicial. Al comenzar la carrera, Aquiles recorrió en poco tiempo la distancia que los separaba inicialmente, pero al llegar allí descubrió que la tortuga ya no estaba, sino que había avanzado, más lentamente, un pequeño trecho. Sin desanimarse, el aqueo siguió corriendo, pero al llegar de nuevo donde estaba la tortuga, ésta había avanzado un poco más. De este modo, Aquiles no ganará la carrera, ya que la tortuga estaba siempre por delante de él.

Actualmente se sabe que Aquiles realmente alcanzará a la tortuga, ya que una suma

de infinitos términos puede tener un resultado finito. Los tiempos en los que Aquiles recorre la distancia que le separa del punto anterior en el que se encontraba la tortuga son cada vez más y más pequeños, y su suma da un resultado finito, que es el momento en que alcanzará a la tortuga.

A partir del 18 de abril de 2007, fecha en que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso de revocatoria *in extremis* interpuesto por la procuradora general contra la Resolución 55 de la misma Suprema Corte, quedó derogado el Sistema del Patronato, y en consecuencia resueltas la vigencia y aplicabilidad de la Ley 13.298, la Ley modificatoria 13.634 y sus respectivos decretos reglamentarios.

Sin embargo, y aquí corresponde la asociación con la aporía de Aquiles y la tortuga, pese al status legal de la reforma, ésta aún no está implementada en su faz relativa al fuero de familia, ya que desde la fecha de su entrada en vigencia –como resultado del pronunciamiento de la Suprema Corte– se han sucedido dos prórrogas establecidas por las ya citadas leyes 13.821 y 13.945.

3.1. Descripción del nuevo fuero de familia

Para tratar de darnos una explicación sobre estas dilaciones veamos en qué consiste el esquema judicial previsto por la Ley 13.634 en materia de justicia de familia.

Como es sabido, la Ley 11.453 creó los Tribunales Colegiados de Instancia Única del Fuero de Familia, que funcionarían en cada una de las cabeceras de los departamentos judiciales en que se halla dividido el extenso territorio bonaerense. La previsión de los autores del proyecto, luego devenido ley, era que para el funcionamiento óptimo del sistema, cada tribunal creado debería recibir un flujo de unas cuatrocientas o quinientas causas anuales¹⁹.

También es público y notorio para quienes se hallan vinculados a la temática que rápidamente esa previsión quedó obsoleta, multiplicándose aproximadamente por diez el número de expedientes ingresados, especialmente en el conurbano, situación que sufrió particular agravamiento al sancionarse y promulgarse la Ley Provincial de Violencia Familiar 12.569.

Frente al cúmulo de desventajas y quejas expuestas respecto del fuero de familia, surge el esquema previsto por la Ley 13.634 que, recordemos, deja sin efecto el instituido en la Ley 13.298, derogando *in totum* la Segunda Parte de esta ley.

En su Título II *Fuero de Familia*, Capítulo I *De los órganos jurisdiccionales*, la Ley 13.634 ordena la disolución de todos los Tribunales de Familia actualmente existentes a efectos de su transformación en Juzgados de Familia, permaneciendo en funciones los magistrados titulares de los tribunales disueltos y atendiendo las causas que tramitan ante ellos, hasta su asunción como jueces de familia. El trámite de las causas continuará por el mismo procedimiento dispuesto para los Tribunales en el Libro VIII del Código Procesal Civil y Comercial. Los Juzgados de Familia estarán integrados por un juez, un consejero de familia y funcionará un equipo técnico auxiliar integrado por un médico psiquiatra, un psicólogo y un trabajador social, estando facultada la Suprema Corte a proponer la creación de nuevos cargos a fin de conformar los equipos auxiliares (artículos 8, 10 y 12).

En el Capítulo II *Del proceso de Familia* se señala que en todo proceso que se inicie

ante estos juzgados, podrá tenerse en cuenta, cuando resulte pertinente, la actuación previa de los Servicios de Protección de Derechos creados por la Ley 13.298 (artículo 15). La competencia material se mantiene idéntica a la conferida por la Ley 11.453 a los Tribunales de Familia, con los agregados ya señalados en el apartado anterior de este trabajo. El resto del Capítulo II reproduce sustancialmente los contenidos del Libro VIII del Código Procesal en la materia, con las siguientes modificaciones:

a) la presentación podrá hacerse ante el juez de familia u optarse por hacerlo ante los Juzgados de Paz; en la redacción anterior la opción era ante los Tribunales de Familia ubicados en las cabeceras departamentales, ante los Juzgados de Primera Instancia Descentralizados con competencia en familia existentes en ciertas ciudades del interior provincial o ante los Juzgados de Paz (artículo 828);

b) los jueces podrán ser recusados de acuerdo con las normas del CPCC provincial; en el sistema anterior se hallaba vedada la recusación sin causa (artículo 838);

c) al transformarse los tribunales en juzgados unipersonales, lógicamente queda sin efecto el sorteo de juez unipersonal previsto por la Ley 12.318 para el trámite de los procesos contemplados en los incisos a, i, j, k, l, n, o, p y r (artículo 838);

d) consecuencia necesaria de la unipersonalidad es la eliminación del primer párrafo del artículo 848 que disponía quién ejercía la presidencia de la audiencia de vista de causa, otorgaba recurso de reconsideración ante el Tribunal contra las medidas cautelares dispuestas por el presidente y disponía que ante él se ejecutaría la sentencia;

e) se elimina la exigencia de veredicto, ya que al finalizar la audiencia de vista de causa, el juez unipersonal llamará autos para sentencia, la que deberá ser dictada dentro del plazo de treinta días en lugar de los diez previstos en el procedimiento antecedente (artículo 850 inciso 4);

f) también se reforma la materia recursiva, por cuanto en materia de recursos rigen las disposiciones del artículo 494 del Código ritual –recurso de apelación–, el que tramitará y será resuelto por una Sala Especializada en materia de familia, integrada a las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial (artículo 16), desapareciendo el recurso de reconsideración por ante el Tribunal en Pleno contra las resoluciones dictadas por el juez de trámite.

La Ley 13.634 también enuncia principios generales aplicables tanto en el fuero de familia como en el fuero penal del niño, y ellos son:

- oralidad bajo pena de nulidad en audiencias y vistas de causa, con presencia obligatoria de todas las partes, de acuerdo a los principios de continuidad, inmediación, contradicción y concentración (artículo 2);
- derecho de los niños a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a petionar, a expresar sus opiniones y que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos (artículo 3);
- representación del niño por nacer ejercida por la madre (artículo 3);
- carácter reservado de los procesos, salvo para el niño, representantes legales, guardadores de hecho y las partes, y prohibición de difundir la identidad de los niños en informaciones periodísticas o de otra índole (artículos 4 y 5);

- alojamiento del niño en institución como medida de último recurso, excepcional, por el tiempo más breve posible y fundada (artículo 7).

En las Disposiciones Finales, la Ley 13.634 modifica el artículo 234 del Código ritual en la materia, relativo al discernimiento de guardas, eliminando su obsoleta casuística por el siguiente texto, que sin embargo mantiene una terminología de resabios tutelares. Podrá decretarse la guarda: 1) De incapaces mayores de dieciocho años de edad abandonados o sin representantes legales cuando éstos estuvieran impedidos de ejercer sus funciones; 2) De los incapaces mayores de dieciocho años de edad que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta su curatela (artículo 87).

El artículo 92 es, precisamente, aquel cuyo destino más evoca la aporía de Aquiles y la tortuga. En él se estableció que las disposiciones referidas al proceso de familia comenzarían a regir a partir del 1 de diciembre de 2007 y que hasta entonces, los antiguos jueces de menores –devenidos magistrados del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil– serían competentes en las materias establecidas en los incisos t, v y w del artículo 827 del Código Procesal y sus modificatorias. Es decir, que seguirían atendiendo los supuestos de protección de personas (inciso t), la permanencia de los niños fuera de su grupo familiar –las antiguas guardas a terceros o internaciones asistenciales– (inciso v) y como novedad, la atención de intereses difusos reconocidos constitucionalmente donde se encuentren involucrados niños (inciso w). Si bien en el presente ya se han constituido los Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil y los Juzgados de Garantías del Joven, ante la demora en la puesta en funcionamiento de los Juzgados Unipersonales de Familia, algunas de sus competencias continúan siendo atendidas por el fuero de la responsabilidad penal juvenil y ello ha sido así dispuesto por numerosos fallos de la Suprema Corte dictados en cuestiones de competencia planteadas entre magistrados de ambos fueros.

Finalmente, el artículo 108 adecúa las funciones del Ministerio Pupilar a las nuevas estructuras en los siguientes términos: “Sustitúyese el artículo 23 de la Ley 12.061 de Ministerio Público y sus modificatorias, por el siguiente:

‘Artículo 23 - Corresponde al Asesor de Incapaces:

1. Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes -por acción u omisión- la hubieren impedido.

2. Tomar contacto inmediato y directo con los incapaces que representen judicialmente, y con aquellos que requieran su asistencia, aunque no exista causa judicial en trámite.

Asistir al incapaz en toda audiencia ante los jueces de la causa, cuanto de cualquier otro magistrado que requiera su comparendo.

3. Petionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa.

4. Intervenir ante los órganos competentes en materia civil del niño.

5. Tomar contacto con la comunidad a través de las instituciones vinculadas con la protección

y asistencia de los incapaces a fin de coordinar acciones conducentes a tales fines.

6. Vigilar a la situación de los incapaces alojados por cualquier causa en lugares de detención o establecimientos sanitarios, velando por el respeto de los derechos y garantías formulando las denuncias y requerimientos pertinentes; y promover su externación cuando corresponda.

Quienes dificulten, obstruyan o impidan el ejercicio de estas atribuciones, incurrirán en falta, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderles por ello”.

3.2 ¿Por qué Aquiles no alcanza a la tortuga?

El proceso de transformación de los Tribunales en Juzgados Unipersonales se encomendó en forma conjunta a la Suprema Corte de Justicia y al Ministerio de Justicia, contemplándose la redistribución de personal y equipos técnicos de ambos fueros, de menores y de familia.

Al acercarse el 1 de diciembre de 2007, la puesta en funcionamiento del sistema fue prorrogada, y nuevamente en otras dos oportunidades, casi a punto de vencerse los plazos, volvió a diferirse su efectiva aplicación, lo que aún sucede. Aquiles aún no ha alcanzado a la tortuga.

La observación más o menos cercana del proceso de transformación, favorecida por integrar el fuero de familia, permite señalar algunas dificultades que han ido apareciendo o que pueden llegar a suceder en la nueva estructura. Desde el punto de vista operativo, la transformación exige erogaciones presupuestarias significativas al Poder Judicial, a fin de contar con:

- mayor dotación de personal, ya que algunos cargos se triplican; ya hay tres jueces, pero no todas las dependencias cuentan con tres consejeros, tres equipos técnicos completos o dotación de personal administrativo para desdoblarse; por supuesto, la redistribución del personal ya en funciones ocasiona no pocos conflictos a todos los actores;

- más inmuebles donde alojar a los Juzgados Unipersonales;
- más mobiliario.

También operativamente debe contemplarse la redistribución de causas entre cada uno de los magistrados, recordando que muchas ya han sido sorteadas al juez de trámite (divorcios por presentación conjunta, cuestiones relativas al nombre de las personas, insanas, etc.), pero que otros procesos se desarrollan ante el Tribunal en Pleno. Es habitual que una misma familia afronte litigios por distintas materias, lo que hace que por el principio del juez natural –principio ligado a la garantía constitucional del debido proceso adjetivo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional– el de inmediatez y el de economía procesal, no pueda tramitar en el futuro ante varios magistrados. El traslado material de los expedientes en trámite, más la organización de los nuevos archivos y el registro ante las Receptorías de Expedientes ocasionan acomodamientos, entre ellos informáticos, que exigen previsiones cuidadosas.

Sin embargo, no son las cuestiones operativas –que en la práctica aparecen como las de mayor peso para concretar la reforma desde el área judicial– las que deben llamar a seria reflexión. La ley mantiene el procedimiento oral para todas las materias, lo que significa la presencia personal, por exigencia legal, del juez en audiencias de

variada duración. Igualmente, algunas de las nuevas atribuciones en materia de competencia también conllevan la participación del magistrado de manera activa e inmediata, verbigracia, la decisión sobre la permanencia de menores fuera de su grupo familiar, como cuando hay que decidir la separación de un niño recién nacido de su progenitora porque ella ha decidido entregarlo con fines de adopción. El juez deberá decidir si dedica su esfuerzo a atender la situación del infante o una audiencia de vista de causa en materia de liquidación de la sociedad conyugal.

La oralidad del proceso, sin registro por medios técnicos que hagan posible la réplica fidedigna de lo ocurrido en las audiencias de vista de causa donde se desarrolla la prueba ofrecida y aportada, conspirará contra la efectividad de la doble instancia. Y si se guardase copia de lo sucedido, los magistrados de la Alzada se verían abocados durante largas horas a observar las grabaciones –de la naturaleza que sean– para poder fallar.

Pero el punto más preocupante del estado de la reforma es que en la actualidad se han creado numerosos Juzgados Unipersonales de Familia fuera de las ciudades cabecera de cada departamento judicial, cuya entrada en funcionamiento podría ser una realidad al momento en que estas líneas alcancen su publicación. Ello significa que al mismo tiempo coexistirá el procedimiento sin apelación de los Tribunales de Familia y la posibilidad de acceder a la doble instancia si se litiga ante los Juzgados Unipersonales. Pongamos como ejemplo el departamento judicial San Isidro, donde es inminente la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Familia en los municipios de Pilar y Tigre, mientras que los Tribunales de Familia continuarán existiendo por un plazo susceptible de nueva prórroga con competencia territorial sobre los partidos de Vicente López, San Isidro y San Fernando.

Esta duplicidad afecta tanto la garantía de igualdad ante la ley como la de acceso a la justicia, proclamadas en instrumentos internacionales de derechos humanos²⁰. En ese sentido, con acierto se ha afirmado: “De poco vale un ordenamiento jurídico si el sistema de garantías no ofrece disponibilidad para quien cree que debe defender un derecho cuenta con las vías idóneas para acceder a la justicia... el ejercicio real del derecho de jurisdicción demanda la satisfacción de varios requisitos básicos, como la existencia adecuada de órganos tribunales, procedimientos idóneos, distribución inteligente y funcional de competencias entre los tribunales, provisión de medios para que el sistema judicial de respuestas eficaces”²¹.

Corolario de lo hasta aquí expuesto es que a pesar de que se han realizado numerosas acciones para la implementación del sistema –tanto por el Ejecutivo y los municipios como por la Suprema Corte de Justicia–, al igual que en la aporía, siempre se está a punto de alcanzar a la tortuga, aunque ello aún no ha sucedido.

4 • La Ley 13.645, un menú con múltiples opciones o una casa con dos puertas... (¿llegará la paz a los juzgados?)

En su artículo 104, la Ley 13.634 sustituye el artículo 61 de la Ley 5.827 –t.o. D 3.702/92– y sus modificatorias, determinando la competencia material de los Juzgados de Paz Letrados de la Provincia, a la vez que mantiene la diferencia entre los Juzgados de Paz del conurbano bonaerense y los del resto del territorio provincial (ya regulada en la Ley 10.571). En los juzgados del conurbano –ubicados en los municipios que no son cabecera de departamento judicial– la competencia en materias específicas de derecho de familia es la establecida en el artículo 827 del Código Procesal en la materia²²,

que no se haya especificado en los demás incisos del artículo. En el apartado *procesos voluntarios* destacamos cuatro de los diez supuestos que se mencionan en el articulado: a) asentimiento conyugal en los términos del artículo 1.277 del Código Civil; c) autorización para contraer matrimonio a menores de edad, domiciliados en su jurisdicción; e) inscripción de nacimiento fuera de plazo y i) rectificación de partidas del estado civil. Curiosa duplicación la del artículo, por cuanto los cuatro supuestos se encuentran comprendidos en la materia prevista por el artículo 827 del Código Procesal Civil y Comercial provincial. O, en otros términos, la Ley 13.645 contempla similar competencia para los Juzgados de Familia y los de Paz, debiendo aclararse que en algunas ciudades coexistirán Juzgados de Familia y Juzgados de Paz y que es “*opción del justiciable presentarse ante uno u otro fuero*”, según expresamente lo autoriza el artículo 828 primer párrafo del CPCC (t.o. Ley 13.634).

Para el resto de los Juzgados de Paz, ubicados en el interior de la provincia, la competencia en materia de familia se restringe a: a) separación personal, divorcio vincular y conversión de separación personal en divorcio vincular, en los términos de los artículos 205, 215, 216 y 238 del Código Civil; b) alimentos; c) tenencia de hijos y régimen de visitas; d) homologación de acuerdos de liquidación de sociedad conyugal en aquellos casos en que el divorcio se hubiera tramitado ante el mismo juzgado; e) suspensión de la patria potestad; f) internaciones en caso de urgencia, comunicando la medida dentro de las veinticuatro horas al Señor Juez de Primera Instancia; ll) curatelas o insanias, en los supuestos en que se acredite que el incapaz no tenga patrimonio y se solicite su declaración para la obtención del Beneficio de Pensión Social, Ley 10.205 y sus modificatorias.

Resta señalar que una vez elegida la justicia de familia o la de paz, no podrá mudarse la sede, precisamente por aplicación del ya mencionado principio del juez natural. Se trata pues de dos vías de ingreso a la justicia para el juzgamiento de las mismas materias a ser decididas por dos fueros distintos, a veces en el mismo territorio.

5 • Conclusiones

Como bien se señala: “*El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, ha recalado reiteradamente la obligación estatal de proveer mecanismos procesales de tutela de los derechos. En concreto, el deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos...*”²³.

En la provincia de Buenos Aires “... *probablemente el principal impacto de las reformas a nivel local se encuentre, concretamente, en que (...) se ha logrado, por un lado, desjudicializar algunas situaciones vinculadas con la ausencia o ineficacia de políticas sociales dirigidas a paliar los efectos devastadores de la pobreza; y por el otro, activar garantías procesales y sustantivas de los niños y adolescentes que tienen alguna clase de contacto con el sistema de justicia (presencia de abogados defensores, recursos, uso mínimo de la privación de la libertad, reclamos por vía de amparos, efectividad del derecho a ser oído, no separación del núcleo familiar salvo casos extremos, etc.), pero no se ha producido aún una reconversión institucional efectiva dirigida a transformar sustancialmente las históricas prácticas tutelares y asistencialistas y filantrópicas en políticas públicas universales o específicas planteadas desde un enfoque de promoción de la ciudadanía plena de la infancia que superen el plano discursivo*”²⁴.

En la creencia de gestar una mejor tutela de los derechos de niñas y niños, la Pro-

vincia de Buenos Aires ha programado una reforma que contempla la participación de los organismos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, de organizaciones de la sociedad civil y –en teoría– de las propias familias. Esa reforma supone un sustancial esfuerzo de reconversión institucional e ideológica y de adhesión de todos los efectores del sistema, como también ingentes esfuerzos económicos. Quizá la magnitud de la empresa, más allá de las imprecisiones legales con que ha sido plasmada, es la causa de las dificultades que aparecen al avanzar en su implementación y que impiden superar ese plano discursivo.

Notas

1 - Cillero Bruñol, Miguel. “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva” en *Derechos universales, realidades particulares*, UNICEF, Buenos Aires, 2003.

2 - Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2004.

3 - Beloff, Mary (coordinadora), *La protección a la infancia como derecho público provincial*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2008, pág. 70.

4 - Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. Observaciones Finales: Argentina, CRC/C/15.Add.187, 9 de octubre de 2002.

5 - Exposición de motivos. Decreto 3.438.

6 - UNICEF/Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires, Nueva ley del Niño de la Provincia de Buenos Aires, pág. 18.

7 - Grosman, Cecilia. “La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes”, Lexis 0003/013612. Fuente JA 2007-IV-1078.

8 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17/2002.

9 - Exposición de motivos. Decreto 66, 2005.

10 - Cillero Bruñol, Miguel, ob. cit.

11 - Id., pág. 32.

12 - Sobre la cuestión véase: Beloff, Mary. “Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho. Sobre la Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, 26.061”. Revista de Derecho de Familia n.º 33. Lexis-Nexis.

13 - Grosman, Cecilia. “La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes”, Lexis 0003/013612. Fuente: JA 2007-IV-1078

14 - Comunicación personal de la autora con José María Salgado.

15 - Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 322.

16 - Beloff, Mary, “Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho. Sobre la Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, 26.061”, Revista de Derecho de Familia n.º 33, Lexis-Nexis.

17 - Morello, A.M., “Un nuevo modelo de justicia”. LL 1986-C-800.

18 - Proyecto de CPCyC de la Provincia de Buenos Aires (1998), arts. 488 y 490, citado en Amen-

dolara, Zulma; Berizonce, Roberto y Bermejo de Mc Inerny, Patricia, *El procedimiento ante los Tribunales de Familia de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.453*, Librería Editora Platense, La Plata, pág. 18.

19 - Amendolara, Zulma; Berizonce, Roberto y Bermejo de Mc Inerny, Patricia, *El procedimiento ante los Tribunales de Familia de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.453*, Librería Editora Platense, La Plata.

20 - Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8 y 25); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14).

21 - Sagiés, María Sofía, “El juez como potenciador del acceso a la justicia: logros y desafíos. Perspectivas a la luz del sistema interamericano de derechos humanos”, conferencia pronunciada en la XIV Reunión de AMJA, Rosario, 23 al 25 de agosto de 2007.

22 - Artículo 827 CPCC de la Provincia de Buenos Aires (Ley 11.453): “Competencia. Los Tribunales de Familia tendrán competencia exclusiva, con excepción de los casos previstos en los artículos 3284 y 3285 del Código Civil y la atribuida a los Tribunales de Menores, Juzgados de Primera Instancia descentralizados y Juzgados de Paz, en las siguientes materias:

- a) separación personal y divorcio vincular
- b) inexistencia y nulidad de matrimonio
- c) Disolución y liquidación de la sociedad conyugal excepto por causa de muerte
- d) Reclamación e impugnación de filiación y lo atinente a la problemática que origine la inseminación artificial u otro medio de fecundación o gestación de seres humanos
- e) Suspensión, privación y restitución de la patria potestad y lo referente a su ejercicio
- f) Designación, suspensión y remoción del tutor y lo referente a su ejercicio
- g) Tenencia y régimen de visitas
- h) Adopción, nulidad y revocación de ella
- i) Autorización para contraer matrimonio, supletoria o por disenso y dispensa judicial del artículo 167 del Código Civil
- j) Autorización supletoria del artículo 1277 del Código Civil
- k) Emancipación y habilitación de menores y sus revocaciones
- l) Autorización para disponer, gravar y adquirir bienes de incapaces
- m) Alimentos y litisexpensas
- n) Declaración de incapacidad e inhabilitaciones, sus rehabilitaciones y curatela
- ñ) Guarda de personas
- o) Internaciones del artículo 482 del Código Civil
- p) Cuestiones referentes a inscripción de nacimientos, nombres, estado civil y sus registraciones
- q) Toda cuestión que se suscite con posterioridad al deceso de un ser humano sobre disponibilidad de su cuerpo o alguno de sus órganos
- r) Actas de exposiciones sobre cuestiones familiares a ese solo efecto
- s) Exequátur siempre relacionado con la competencia del Tribunal
- t) Todo asunto relativo a la protección de las personas”.

Modificaciones al artículo introducidas por la Ley 13.634: “Competencia. Los Jueces de Familia tendrán competencia exclusiva con excepción de los casos previstos en los artículos 3284 y 3285 del Código Civil y la atribuida a los Juzgados de Paz (...)

h) Guarda con fines de adopción, adopción, nulidad y revocación de ella.

v) En los supuestos de protección de personas comprendidos en la sección VIII del Capítulo III del Título IV del Libro I del presente

w) Violencia familiar

(...)

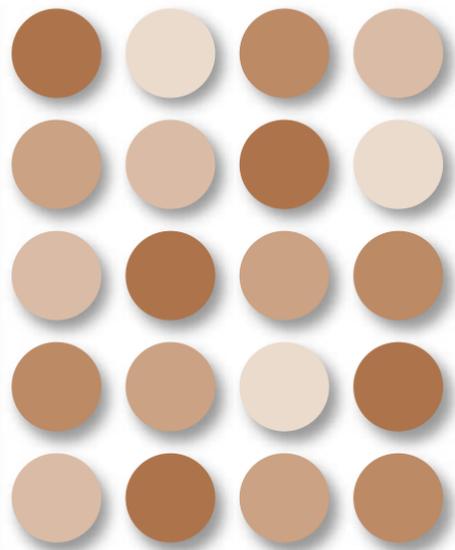
x) La permanencia temporal de niños en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o salud de conformidad a lo determinado por el artículo 35 inciso h) de la Ley 13298

y) Aquellas situaciones que impliquen la violación de intereses difusos reconocidos constitucionalmente y en las que se encuentren involucrados niños

z) Cualquier otra cuestión principal, conexas o accesorias referidas al derecho de Familia y del Niño con excepción de las relativas al Derecho Sucesorio.”

23 - Sagiés, María Sofía, ob. cit.

24 - Beloff, Mary (comp.), *La protección...*, págs. 70 y 71.



Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el Sistema Judicial

María Victoria Pellegrini

María Victoria Pellegrini

Abogada especialista en Derecho de Familia. Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho (Universidad Nacional del Sur).

1 • Introducción

En un claro intento de adecuación legislativa a los estándares internacionales respecto a la protección de derechos de la niñez, se estableció normativamente en la Provincia de Buenos Aires el denominado Sistema de Protección Integral de Derechos de los Niños a través del dictado de leyes, sus decretos reglamentarios y diversas resoluciones administrativas, actualmente en implementación¹.

Como toda transformación, el traspaso de un modelo legislativo a otro genera muchas expectativas, inquietudes y dudas², que se irán despejando en la medida de su aplicación.

Sin perjuicio de ello, el actual Sistema de Protección Integral ya ha generado dificultades y algunas discusiones en el ámbito doctrinario, sea señalando aciertos o errores, aunque probablemente con la finalidad de maximizar la eficacia de la puesta en acto de aquello legislado³.

A través de este trabajo pretendo avanzar en la discusión de uno de los temas que mayores inconvenientes genera en la implementación. Para ello, y teniendo en cuenta que en otros capítulos de esta obra colectiva se analiza en qué consiste el Sistema de Protección de Derechos legislado, cuáles son sus principios y los estándares en los cuales se asienta, me concentraré específicamente en las medidas excepcionales de protección de derechos, en el marco del inciso h del artículo 35 de la Ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, sus modificatorias y reglamentaciones. Intentaré delimitar en qué consisten, cuáles son los inconvenientes que desde lo conceptual presentan, para luego analizar qué están diciendo los tribunales en la aplicación de la legislación en los casos concretos. Utilizaré la escasa jurisprudencia existente, que sin embargo nos facilitará vislumbrar cuál es el estado de situación en la implementación del Sistema de Protección Integral en la Provincia de Buenos Aires. Todo ello teniendo presente la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en tanto y en cuanto constituye el “ piso mínimo legislativo ”⁴ de aplicación local, sea en la Provincia de Buenos Aires (complementando vacíos o interpretando armónicamente bajo el prisma del principio *pro homine* las contradicciones que pudieran surgir) o en aquellas provincias que aún no hayan legislado específicamente la protección de la niñez⁵.

2 • Breve descripción para precisar el contexto

2.1 Consideraciones generales

Las leyes 13.298, 13.634 y sus modificatorias, como así también sus decretos reglamentarios y resoluciones administrativas, han diseñado un sistema de promoción

y protección integral de derechos de los niños de intervención mixta: administrativa y judicial, al que han denominado Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos, y definido como un conjunto de organismos (administrativos y judiciales), entidades y servicios que coordinan, ejecutan y controlan las políticas públicas en materia de infancia con la finalidad de brindar adecuada protección a los derechos de los niños y asegurar el pleno disfrute de los mismos⁶.

A grandes rasgos, éste instituye la autoridad de aplicación en sede administrativa (Ministerio de Desarrollo Humano) y crea los organismos administrativos y judiciales indispensables para la implementación de la ley.

Los organismos administrativos creados son los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos (SLPPD) y los Servicios Zonales de Promoción y Protección de Derechos (SZPPD). Los primeros son puestos en funcionamiento por los municipios que adhirieran a la ley, y los segundos dependen del Ministerio de Desarrollo Humano provincial, con facultades de supervisión y coordinación sobre los Servicios Locales.

Los Servicios Locales son unidades operativas compuestas por profesionales de diversas disciplinas (abogados, psicólogos y trabajadores sociales) y tienen a su cargo la intervención directa e inmediata ante la amenaza o violación de derechos de niños, niñas y adolescentes, sea por denuncia de los propios niños, cualquier interesado o incluso de oficio. Su actuación está encaminada fundamentalmente a favorecer el acceso de los niños a planes y programas disponibles en su comunidad tendientes a prevenir, asistir, proteger y/o restituir sus derechos vulnerados⁷.

El eje de la intervención tiende al fortalecimiento de la función familiar, a través de la ejecución e implementación de políticas públicas específicas que permitan remover los inconvenientes y dificultades que pudieran presentar las familias en su función originaria de crianza y desarrollo de los niños⁸.

Se establece un procedimiento de actuación, caracterizado por la búsqueda de consensos y compromiso de los actores directos de la situación planteada; ya que los Servicios Locales no disponen las medidas, sino que formulan propuestas para facilitar a los padres o responsables legales, el ejercicio de los deberes y derechos con relación a ellos, resaltándose el carácter consensuado de las decisiones que en cada caso se adopten⁹.

Ahora bien, si ocurriera alguna de estas circunstancias: a) fracaso de tales medidas, b) falta de consenso, o c) dependiendo de las consecuencias jurídicas de la medida (específicamente la separación del niño de su ámbito familiar); se impone la necesaria intervención judicial.

2.2. Medidas de protección de derechos

La aplicación de medidas de protección es la forma primaria, básica y esencial de intervención de los SLPPD, y así son definidas en la Ley 13.298 (artículo 32). Resulta conveniente destacar que si bien la norma establece que las medidas de protección son aquellas que “disponen” los SLPPD, al reglamentar y precisar la función y forma de actuación de los Servicios Locales (artículo 18 Decreto 300/05), queda claro que las medidas no son dispuestas ni impuestas sino que los SLPPD proponen posibles alternativas de acción, pues su actuación está limitada a la búsqueda de alternativas de resolución de conflictos consensuadas con los responsables del niño.

Se establecen criterios generales de intervención: a) medidas con plazo limitado en el tiempo, imponiendo ello su revisión periódica; b) aplicación prioritaria de aquellas medidas que tiendan a la preservación y fortalecimiento familiar y c) excepcionalidad de la medida que implique la separación del niño de su ámbito familiar, la cual no significará privación de la libertad. Además, expresamente se dispone la no punibilidad del abandono unilateral del niño de la medida¹⁰.

Luego, el artículo 35 enumera en ocho incisos una serie de medidas de protección¹¹. Las siete primeras, justamente, están destinadas a fortalecer la función familiar, preservando así el mantenimiento del niño en su medio familiar. Se trata en definitiva de la aplicación de políticas públicas tendientes a remover inconvenientes que pudieran tener las familias en su función básica de contención, crianza y educación de los niños. Es decir, cuando la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos de los niños puede ser revertida y restituido el pleno goce de tales derechos con algún programa de política social. Son aquellas medidas que en el marco de la Ley 26.061 la doctrina ha denominado “medidas ordinarias de protección de derechos”. Este tipo de medidas son propuestas por el SLPPD y puestas en acción con el consenso de los responsables del niño, en tanto la función característica de los SLPPD es la de resolución de conflictos.

Pero la última de las medidas consignadas, el inciso h del artículo 35, tiene características muy diferentes, tanto por su naturaleza como por los motivos que justifican su procedencia, el procedimiento impuesto y las consecuencias jurídicas que implica. Siguiendo la distinción efectuada doctrinalmente respecto a las medidas de intervención previstas en la Ley 26.061, sería de tipo “excepcional”¹².

Resumiendo entonces, los SLPPD intervienen ante la amenaza o vulneración de los derechos de los niños, a petición de cualquier interesado, o de oficio, proponiendo una serie de medidas de fortalecimiento familiar. Estas se aplicarán en forma consensuada con los responsables del niño a través un procedimiento determinado por la reglamentación, serán limitadas en el tiempo, revisables y sometidas a seguimiento. Pero aquellas medidas que impliquen el alejamiento del niño de su medio familiar están sometidas a requisitos de procedencia y aplicación de mayor rigurosidad; por sus características, consecuencias jurídicas y reglamentación merecen ser analizadas por separado.

2.3. Medidas que implican la separación del niño de su medio familiar

En forma preliminar, resulta conveniente destacar que la Ley 13.634 (artículo 100) modificó sustancialmente la forma en que este tipo de medidas fueran reguladas originariamente por la Ley 13.298¹³.

Las modificaciones introducidas implican, en concreto, la necesidad de intervención judicial ante este tipo de medidas, ya que: a) se incorpora la notificación al juez de familia, además de la ya prevista al asesor de menores; b) se establece la finalidad de tal notificación (control de legalidad) y c) se suprime la exigencia de consenso con el niño o su familia para su disposición por parte del Servicio Local. Esto se debe a que originalmente sólo se prevenía el alejamiento del niño de su medio familiar por decisión en el ámbito administrativo y con el consenso del niño o de su familia, dado que a falta de consenso debía decidirse en sede judicial.

Se ha sostenido que al suprimir la exigencia de consenso con el niño, sus padres

o responsables legales, la decisión que implique alejamiento del ámbito familiar consensuada con la familia puede ser acordada en el ámbito de actuación de los SLPPD, sin requerir la intervención judicial, pues se trataría de una forma de ejercicio de la patria potestad, ajena a la figura del abrigo¹⁴.

La diferencia es clara: si la medida es dispuesta por los SLPPD, se impone la intervención judicial —a través del control de legalidad— ante la aplicación de toda disposición que implique la permanencia transitoria de un niño fuera de su ámbito familiar, pero si a través de la intervención de los SLPPD los padres o representantes legales del niño acceden a un programa de tratamiento de adicciones o de salud mental que implique internación, y deciden voluntariamente incorporar al niño a alguno de tales programas, no se tratará específicamente de una medida dispuesta por los SLPPD y no requieren por tanto control judicial¹⁵.

A su vez, las especificaciones respecto a estas medidas las realiza el Decreto 300/05, reglamentario de la Ley 13.298, en su versión original. Es decir, previo a las importantes modificaciones incorporadas por el artículo 100 de la Ley 13.634, resultando por tanto inaplicable todo aquello que contradiga estas modificaciones. Por último, siendo el Ministerio de Desarrollo Humano provincial la autoridad de aplicación de esta ley, mediante la Resolución 171 (del 1 de marzo de 2007) se establecen pautas de cumplimiento obligatorio para la implementación de este tipo de medidas.

En definitiva, analizar el inciso h del artículo 35 nos impone la obligación de tener en cuenta la versión original de la Ley 13.298, las disposiciones del Decreto Reglamentario 300/05 (en tanto y en cuanto sean compatibles con el texto legal vigente), la versión actual derivada de las modificaciones introducidas por la Ley 13.634 y la Resolución 171/07 del Ministerio de Desarrollo Humano.

El texto legal regula en forma genérica la permanencia excepcional y provisional del niño fuera de su ámbito familiar. El Decreto Reglamentario 300/05 denomina a estas medidas “abrigo” y la resolución MDH 171/07 distingue entre dos posibles disposiciones que implican tal alejamiento, denominándolas: “abrigo” y “guarda institucional”. Esta última es la que presenta mayores dificultades en términos jurídicos.

Analizaremos en qué consisten estas medidas (“abrigo” y “guarda institucional”), teniendo en cuenta que ambas presentan las mismas características generales en cuanto a excepcionalidad, provisionalidad y finalidad de protección de derechos. Luego, deberemos abocarnos a las particularidades del control judicial exigido en la norma.

En concordancia con la finalidad expresa del Sistema de Protección —procurar el fortalecimiento de las funciones familiares—, toda medida que implique alejar al niño de su familia se caracteriza, en primer lugar, por su excepcionalidad. Es decir que sólo son procedentes ante situaciones específicas y en atención al interés superior del niño, habiéndose agotado las medidas de protección de fortalecimiento familiar.

Sin embargo, el texto legal no determina cuáles son los motivos que habilitan la disposición de este tipo de medidas. De la reglamentación surge que deben ser graves, y efectúa una enumeración de circunstancias que implican tal excepcionalidad, sólo a título meramente ejemplificativo, pues la pauta general es el interés superior del niño. Así, resulta procedente por: a) violaciones a derechos del niño que impliquen grave perjuicio para el niño; b) a petición del niño por motivos fundados y c) definido por su finalidad: para ubicar a responsables del niño por encontrarse solo, per-

dido o sin referente adulto. Se reitera, además, la provisionalidad y su carácter instrumental, ya que se dispone a los fines de elaborar una estrategia que permita su reinserción familiar y/o derivación a otro programa.

La provisionalidad del abrigo surge tanto de sus características de medio para obtener luego el reingreso del niño en su familia, como por el establecimiento de un plazo temporal determinado: se dispone por un máximo de treinta días, prorrogable por única vez y por motivos fundados por otros treinta días más. Es decir, un plazo máximo total de sesenta días, tal como fue previsto por el artículo 35.3 del Decreto Reglamentario 300/05 y ratificado por la Resolución Ministerial 171/07 —e introduce la necesidad de debida fundamentación al pedido de prórroga—.

Sin perjuicio de establecer el plazo máximo indicado, el artículo 35.3 del Decreto 300/05 admite la posibilidad, si fuera necesario, de mantener esta permanencia en entidades de atención social y/o salud “*por tiempo más prolongado*”. Se advierte aquí una contradicción con el diseño instrumentado. Justamente se impone un plazo máximo para evitar que los niños permanezcan fuera de su ámbito familiar sin limitación temporal. Y luego, se admite que pudieran permanecer “*por tiempo más prolongado*” sin precisar de algún modo cuánto es este tiempo más prolongado. Sigue disponiendo el párrafo indicado que en tales supuestos se deberá consensuar con el niño “*su proyecto de vida*”. Vale aquí recordar que el decreto está reglamentando la primera versión legal de esta medida, la cual exigía, como vimos, el consenso del niño para su disposición en sede administrativa, cuestión que fuera modificada por la Ley 13.634.

En definitiva, teniendo en cuenta la actual redacción del artículo 35 inciso h, los límites temporales impuestos en la reglamentación y la finalidad explícita de estas medidas, resulta inaplicable la posibilidad de prorrogar la permanencia del niño fuera de su ámbito familiar sin fundamentación y sin límite temporal. Eventualmente, con debida fundamentación que satisfaga el interés superior del niño, podría aplicarse el máximo previsto para las medidas excepcionales de la Ley 26.061, a través de su decreto reglamentario: noventa días prorrogables por única vez y por motivos fundados por otros noventa. Incluso así, vencidos los plazos y de mantenerse la situación de vulneración de derechos en el seno familiar, deberá tomarse otra medida, con distinto alcance, finalidad y procedimiento.

Continuando con el análisis, son medidas de neto corte instrumental. Durante el plazo que dure, el SLPPD deberá trabajar juntamente con la familia de origen a fin de remover aquellos obstáculos que impedían la debida protección de los derechos del niño por parte de la misma, facilitando en todo momento el contacto del niño con su grupo familiar, y priorizando la cercanía física en la elección del lugar de destino del niño y la unidad entre hermanos; todo ello porque el objetivo de la separación temporal y provisional es lograr su reinserción familiar, en la medida de lo posible. De no serlo, igualmente es una intervención de carácter primario y provisorio hasta tanto se evalúen otras medidas administrativas y/o judiciales de protección de derechos.

Se resalta también en la reglamentación la obligatoriedad de escuchar la opinión del niño, y de informarle los motivos, las estrategias de acción que se instrumentarán, las consecuencias materiales y jurídicas de la decisión y de todo el procedimiento a implementar.

Ahora bien ¿qué sucede si en el plazo dispuesto no se logra el objetivo primario de reinserción familiar?

El Decreto 300/05 dispone que una vez vencido el plazo de separación del niño de su familia, sin haber logrado modificar las circunstancias que dieran lugar a tal medida, el SLPPD debe presentar por escrito al asesor de menores –en un plazo de cinco días– un detalle de toda la intervención, las características de la familia del niño (sus debilidades y fortalezas), los resultados obtenidos, la necesidad de mantener la separación y el eventual acuerdo de los padres o representantes del niño con ello. Todo, con la finalidad de requerir al asesor que promueva las acciones civiles que estime necesarias para la protección de los derechos del niño. Finaliza así la intervención netamente administrativa y se deriva a instancia estrictamente judicial.

La Resolución Ministerial 171/07 mantiene el mismo criterio, pues requiere la intervención judicial una vez vencido el plazo del abrigo, pero establece que “*habrá de solicitarse la guarda institucional del niño a través del Asesor de Incapaces al Juzgado de Familia*”. Introduce así la llamada “guarda institucional”.

Continúa la mencionada resolución definiendo esta guarda institucional, recurriendo para ello a ejemplificaciones y utilizando una redacción más que deficiente. Sin perjuicio de ello, resulta claro que esta figura se torna procedente ante la necesidad de mantener la situación de alejamiento del niño de su familia durante más tiempo que el correspondiente al abrigo.

¿De qué se trata entonces esta guarda institucional? En principio, pareciera ser una de las formas que pudiera tomar la “*permanencia temporal y transitoria de un niño fuera del ámbito familiar*” previstas en el artículo 35 inciso h, pues dos serían las medidas posibles: abrigo y guarda institucional. Pero la primera de ellas está claramente reglamentada (procedencia, procedimiento, limitación temporal, control de legalidad) mientras que la guarda institucional está reservada exclusivamente al ámbito judicial.

3 • Cuestiones problemáticas de las medidas de protección de derechos

Analizaré a continuación algunas cuestiones que considero problemáticas en la implementación de las medidas de protección de derechos, fundamentalmente como consecuencia de ciertas deficiencias en la regulación.

3.1 Medidas de permanencia fuera del ámbito familiar

Resulta al menos llamativo y sumamente confuso cómo se han legislado este tipo de medidas de protección que implican el alejamiento del niño de su ámbito familiar, pues si bien se proclama que este Sistema de Protección implica un cambio de paradigma y el consecuente abandono de la doctrina de la situación irregular, entiendo que no logra quebrar acabadamente la intervención tutelar.

En efecto, es casi absurdo –cuanto menos– pretender que en un plazo máximo de sesenta días se logren remover los obstáculos que impiden a una familia garantizar en forma primaria los derechos de los niños, sea que se deriven de necesidades básicas insatisfechas por carencias económicas (vivienda, educación, falta de empleo, salud) o por situaciones de maltrato o abuso infantil en el seno familiar. Una vez que se agotaron las medidas “ordinarias” de protección de derechos y se deba decidir la permanencia del niño fuera de su ámbito familiar, seguramente el plazo de sesenta días

resultará insuficiente para lograr la reinserción en la familia. Y a la decisión judicial de mantener una medida que implique “permanencia fuera del hogar” no le es impuesto en la norma provincial ningún otro límite temporal. Es decir, nuevamente quedaría a criterio judicial cuál es el tiempo durante el cual un niño se mantiene en esta situación provisoria previo a decidir otro tipo de actuación, como sería una guarda preadoptiva.

Ciertamente, resulta un avance de la legislación local que la decisión judicial de la permanencia fuera del hogar (vieja institucionalización) requiera fundamentar su procedencia, subsidiaridad y provisionalidad, pero hubiera resultado conveniente que la ley estableciera una regla clara que impusiera un límite temporal máximo de mayor coherencia para lograr efectivamente la reinserción familiar.

Y ¿qué sucede con los niños que se encuentran institucionalizados por disposición de los jueces de los Tribunales de Menores, en el marco del derogado Decreto 10.067?

La Ley 13.634 dispuso (artículo 96) el traspaso de la información y documentación relacionada a los expedientes judiciales radicados ante los Tribunales de Menores provinciales a los Servicios Locales de Protección de Derechos, específicamente: a) aquellos de carácter asistencial con niños internados con su expresa conformidad y/o de sus representantes legales; b) aquellos en los cuales los niños y sus familias sean beneficiarios de algún programa social y c) aquellos en los cuales se trabaje por vulneración de derechos sociales, económicos y culturales del niño en el seno de su familia¹⁶.

Quedarían entonces excluidos aquellos expedientes judiciales en los cuales se hubiera dispuesto la internación de un niño contra su voluntad y/o la de sus representantes legales, sin lograr interpretar por qué se determina esta exclusión¹⁷, pues esos niños quedarían atrapados en una situación irresoluta: los tribunales que ordenaron la internación se encuentran disueltos y los niños internados.

Sin embargo, la última parte dispone: “*El Juez competente, que entienda en causas con niños internados, podrá solicitar la intervención de los Servicios Locales de Protección de Derechos, a los efectos de analizar las estrategias de externación*”. Corresponderá entonces que en todos los casos en que haya niños internados se dé intervención al Tribunal de Familia a los efectos de analizar su externación y, en caso de ser posible, trabajar articuladamente con los SLPPD para ello. O –agrego– decidir la aplicación de otras medidas de protección, como el otorgamiento de una guarda preadoptiva o tutela. Ello dependerá, por supuesto, de la situación concreta de cada uno de los niños; pero será difícil sostener legítimamente la procedencia y pertinencia de una nueva medida –como el abrigo– luego de haber transcurrido varios años de institucionalización del niño.

3.2. La llamada guarda institucional

Más arriba describí la aparición de esta figura en el Sistema de Protección. Más dudas que certezas genera esta guarda institucional.

En primer lugar, resulta claro que ante el vencimiento de los plazos dispuestos para el abrigo (un máximo de 60 días) y el mantenimiento de las circunstancias que provocaran el alejamiento del niño fuera de su ámbito familiar, resulta imprescindible que se tome otra medida diferente al abrigo para garantizar al niño la protección de sus derechos.

El Decreto Reglamentario 300/05 dispone que esa otra medida sea requerida por

el asesor de menores al juez de familia. Es decir, establece el límite de la intervención estrictamente administrativa –sin perjuicio del control de legalidad judicial– a los primeros sesenta días (máximo) de permanencia de un niño fuera del ámbito familiar¹⁸. Luego, de resultar necesario, el SLPPD deberá requerir por intermedio del asesor de menores que judicialmente se decida la forma de brindar protección de los derechos del niño, mediante aquellas acciones civiles que así lo garanticen.

La Resolución Ministerial 177/07 avanza aún más: indica al asesor de menores qué tipo de medida debe requerir judicialmente, denominándola “guarda institucional” (eufemismo que sustituye la tradicional “institucionalización de menores”). Claramente, de toda la reglamentación surge que es una medida de decisión estrictamente judicial¹⁹.

Resulta evidente que la “indicación” emergente de una resolución ministerial no es vinculante para la actuación del asesor de incapaces. Además, en el plexo normativo del Sistema de Protección no se establecen pautas claras de procedencia, procedimiento, límites y finalidad de esta guarda institucional. Entonces ¿cuáles son las acciones civiles que el asesor de menores pudiera estimar necesarias para la protección de los derechos del niño? ¿Aquellas tendientes a obtener una tutela o una guarda preadoptiva? En concreto ¿cuál es el fundamento legal para ordenar la permanencia de un niño fuera del ámbito familiar por un plazo mayor a los primeros sesenta días?

Aquí resulta necesario tener presente que la Ley 13.298 derogó expresamente el Decreto Ley 10.067 (artículo 67 de la Ley 13.298). Por otra parte, la Ley 13.634 (artículo 87) modificó el artículo 234 del Código Procesal Civil y Comercial (CPCC), que regulaba la medida de protección de persona, mediante la figura de la guarda. La actual redacción del artículo 234 del CPCC limita expresamente el otorgamiento de la guarda a aquellas personas mayores de 18 años abandonadas, o sin representantes legales, o que estuvieran impedidas de ejercer sus funciones, o que estén en pleito con sus curadores en el que se controvierta la curatela²⁰. Se excluye así de esta guarda a los niños menores de 18 años, justamente porque tal es el límite etario de aplicación del Sistema de Protección de Derechos.

Pareciera que el plazo de sesenta días es sumamente exiguo para definir un estado de preadoptabilidad y ordenar la guarda preadoptiva del niño. Seguramente en el mayor número de casos lo será. Pero supongamos que la ley ha optado por esta solución –finalizar en 60 días su intento de reinserción familiar– ¿qué sucedería si se tratara de un niño que no fuera aceptado por pretendidos guardadores para su posterior adopción (supongamos, de 14 años)? Aún cuando se pudiera solicitar una guarda preadoptiva ¿en qué situación jurídica permanece un niño desde que finaliza el abrigo hasta que se resuelve su guarda preadoptiva?

Al asesor de menores le quedaría: a) peticionar la suspensión y/o privación de la patria potestad de ambos padres y b) una vez obtenida, solicitar al juez que designe tutor al niño.

A su vez, la Ley 26.061 modificó el artículo 310 del Código Civil, siendo su redacción actual: “Si uno de los progenitores fuera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad”. ¿Y mientras tanto? ¿El niño es externado o permanece institucionalizado?

¿Cuál es el fundamento legal para que un juez de familia disponga una guarda institucional o la institucionalización de un niño?

Si volvemos al Sistema de Protección de Derechos, el único fundamento que otorgaría legalidad a la petición que efectúe el asesor de menores para mantener una medida de permanencia del niño fuera de su ámbito familiar es el artículo 35 inciso h. Pero también cuenta con la Ley 26.061 y su reglamentación, aplicable como hemos visto en territorio provincial: si de las circunstancias concretas resultara más conveniente mantener la permanencia fuera del hogar del niño –porque satisfaga en mayor medida sus derechos– por más de 60 días, con la razonable fundamentación, el límite máximo temporal es el previsto en el Decreto Reglamentario 415/06, esto es noventa días, prorrogable por única vez por otros noventa días más.

Ciertamente, el artículo 35 de la ley provincial regula específicamente las medidas a disponer en sede administrativa, imponiendo en el caso del inciso h el control de legalidad judicial, con comunicación expresa al asesor de menores. Sin embargo, si esta medida puede ser legítimamente dispuesta en sede administrativa, más aún en sede judicial, por lo tanto es posible extender la interpretación de este artículo a todos los supuestos que impliquen la permanencia del niño fuera de su ámbito familiar por el plazo máximo previsto en la reglamentación de la Ley 26.061, aún cuando sea decidida exclusivamente en el ámbito judicial. Y tal pareciera ser el sentido de la incorporación del inciso v al artículo 827 del Código Procesal Civil y Comercial que efectuó la Ley 13.634. Expresamente asigna competencia a los jueces de familia en: “v) *La permanencia temporal de niños en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o salud de conformidad a lo determinado por el art. 35 inc. h de la ley 13.298*”.

Si así no fuera, una vez finalizado el plazo máximo del abrigo de la ley local, sólo cabría: a) externar al niño; b) reintegrarlo a su familia de origen aún cuando no se hubiera logrado obtener el ámbito de protección necesario; c) mantener una institucionalización sin fundamento legal; d) decidir una guarda preadoptiva a tan sólo sesenta días de la separación transitoria del niño de su familia o e) recurrir al artículo 310 del Código Civil y mientras tanto mantener al niño alejado de su medio familiar sin fundamento legal alguno. Ninguna de estas soluciones implica protección legal de los derechos de los niños.

Ahora bien, dado que ni la ley –ninguna de ellas– ni su reglamentación incorporan pautas precisas sobre la procedencia o límite temporal de la guarda institucional y la reservan exclusivamente al ámbito judicial, será el juez de familia quien deberá fundamentar explícita y razonablemente: los motivos que justifican su decisión de prolongar la separación del niño de su ámbito familiar –dado su carácter de excepcionalidad–, el fracaso de las acciones tendientes a su reintegro –dada su subsidiaridad–, la estrategia de acciones a implementar junto a la familia de origen para procurar su reingreso al núcleo familiar o qué otra alternativa convivencial corresponda, y el tiempo durante el cual se prolongará esta medida –dada su provisionalidad–. De lo contrario, se tratará de una privación ilegal de la libertad del niño impuesta judicialmente.

Es decir, si bien una medida que implique la permanencia de un niño por mayor tiempo que el plazo máximo impuesto por la reglamentación es de decisión exclu-

sivamente judicial –y no sólo el control de legalidad de la decisión tomada en sede administrativa– le resultan aplicables todas las características derivadas de los artículos 33, 34 y 35 de la Ley 13.298 (t.o. Ley 13.634) que más arriba analizamos: subsidiaridad, excepcionalidad y provisoriedad.

Resumiendo entonces, la medida de abrigo se dispone en sede administrativa, por un tiempo máximo de treinta días, con debido control de legalidad del órgano judicial. De resultar necesario, admite su prórroga, por única vez, por otros treinta días más, también controlada judicialmente la procedencia de dicha prórroga. Si vencidos los sesenta días resulta necesario mantener la separación del niño fuera del ámbito familiar, sólo deberá ser decidido en sede judicial. Para ello, el juez de familia cuenta con mantener la permanencia fuera del hogar por el plazo máximo de treinta días más (para complementar así los noventa días, conf. Ley 26.061), prorrogable por motivos fundados por noventa días más. Vencido este plazo máximo, el juez deberá resolver si la reinserción familiar garantiza los derechos del niño o si resulta necesario proceder a una guarda preadoptiva o una tutela.

En este punto resultará útil distinguir cuál es el grado de evolución y maduración del niño del que se trate, pues ciertamente es diferente la situación de un niño de corta edad a un adolescente, en concordancia con la adquisición progresiva de la autonomía²¹. Porque serán diferentes las alternativas que logren garantizar sus derechos conforme la madurez adquirida: un adolescente podrá tener más herramientas para lograr organizar su plan de vida, contando con un referente adulto (tutor).

De todos modos, esta es una cuestión que deberá ser establecida en forma más concreta por la legislación de fondo, determinando los alcances y consecuencias jurídicas de la situación jurídica de quienes no puedan ingresar en un proceso adoptivo y reconociendo expresamente el criterio de la autonomía progresiva en las capacidades de obrar de los adolescentes.

4 • Interacción entre organismos administrativos y judiciales

4.1. Generalidades

Decíamos más arriba que el sistema diseñado establece una intervención de tipo mixto, pues se conforma con órganos administrativos y judiciales cuyas funciones tienen la misma finalidad: intervención de características garantistas, en protección de los derechos de los niños.

Así, se reserva la aplicación de aquellos programas de políticas sociales al ámbito exclusivamente administrativo (artículo 35 incisos a al g). Pero aquellas medidas que implican la separación del niño de su ámbito familiar (artículo 35 inciso h), requieren de la intervención judicial a través del control de legalidad impuesto por la norma.

Por otra parte, el artículo 35 inc h es fundamento legal suficiente para decidir toda medida de permanencia de un niño fuera de su hogar, sea abrigo o la llamada guarda institucional (principio de legalidad). Sin embargo, el abrigo es dispuesto por el órgano administrador, el SLPPD, con control judicial de legalidad, y la guarda institucional o institucionalización es dispuesta directamente por el órgano judicial.

Definir en qué consiste este “control de legalidad” ha generado una interesante discusión en doctrina²², pues se trata de determinar de qué modo interactúan órganos administrativos y judiciales en la protección de los derechos de los niños.

Dado que la ley establece requisitos puntuales para que los SLPPD dispongan este tipo de medidas, el órgano judicial deberá controlar los motivos, procedimiento, duración y forma de ejecución, pues su observancia es indispensable para determinar si en su accionar se respetó el principio de legalidad.

Así, deberá evaluar si en el caso concreto se trata de una medida “excepcional y subsidiaria”: decidida ante el agotamiento de otras medidas o fracaso de las aplicadas, por falta de consenso de los padres y/o representantes legales, por violaciones de derechos que impliquen grave perjuicio a su integridad, por pedido fundado del niño, ante la desvinculación del niño de todo adulto responsable; “provisoria”: con una duración prevista debidamente fundada y que no exceda el límite primario de 30 días; de “carácter instrumental”: con estrategias de trabajo junto a la familia previstas; de “procedimiento seguido”: información precisa suministrada al niño, haber oído y valorado sus opiniones respecto a la medida a implementarse; y de “modalidad de ejecución”: en ámbitos familiares alternativos, sean parientes, adultos idóneos, hogares voluntarios, hogares comunitarios, hogares de niños registrados (artículo 35.3 Decreto 300/05) o entidades de atención social y/o de salud que se encuentren cerca del domicilio del niño, que evite en lo posible la separación de hermanos, que se respete la intimidad y creencias del niño y que asegure la escolaridad, salud, recreación y el mantenimiento de los vínculos comunitarios del niño.

En definitiva, este control de legalidad es una forma de instrumentación de lo dispuesto por el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño, que faculta la separación del niño de sus padres en caso de resultar necesario en protección de su interés y sujeta a revisión judicial.

Sin perjuicio de ello, será ardua la tarea de modificar modalidades de intervención de dos órganos diferentes como lo son el administrativo y el judicial, a los fines de lograr establecer consensos de actuación conjunta que posibiliten evitar el dispendio de actuaciones superpuestas o disputas de espacios de poder, con un único objetivo común: maximizar el esfuerzo, los recursos materiales y humanos disponibles para la protección de los derechos de la niñez.

Lamentablemente, la reglamentación del sistema no contribuye a ello. En efecto, la Resolución Ministerial 177 impone como requisito indispensable para el ingreso y/o permanencia de un niño en “*un espacio residencial ajeno al de su familia, por una medida de abrigo o guarda institucional*” la autorización del Servicio Zonal de Protección de Derechos correspondiente al SLPPD que hubiera intervenido. Y concluye que tal administración no se suple por orden judicial.

Ciertamente, habiendo intervenido el juez de familia en el control de legalidad impuesto al abrigo y habiendo dispuesto la permanencia fuera del hogar luego de fracasado el abrigo (se llame guarda institucional o como se le denomine), resulta más que suficiente la orden judicial de permanencia, pues no será posible admitir que el SZPPD no autorice el ingreso o permanencia de un niño si fuera ordenada por el órgano judicial²³.

4.2 Interacción específicamente relacionada con la violencia familiar

Hace ya varios años que el problema de la violencia familiar ha sido visualizado socialmente y logró instalarse en las agendas públicas, dictándose leyes específicas –

tanto en el orden nacional como en las distintas provincias— que regulan la forma de intervención judicial frente a las denuncias de violencia familiar.

La Provincia de Buenos Aires no ha sido ajena a ello y, consecuentemente, se encuentra vigente en su territorio la Ley 12.569 de Protección contra la Violencia Familiar, incluyendo obviamente el maltrato infantil intrafamiliar.

Entonces, ¿cómo se armonizan las disposiciones de la Ley 12.569 con el Sistema de Protección de Derechos respecto al tratamiento del maltrato infantil en la Provincia de Buenos Aires? Pues *“el maltrato infantil involucra precisamente los dos ejes normativos mencionados: las leyes de violencia familiar y las de protección integral de derechos de niños y adolescentes”*²⁴.

Corresponde entonces analizar cuáles son las medidas que pueden o deben decretarse; qué órgano —judicial o administrativo— debe decidirlo y de qué manera resulta más eficaz el tratamiento de un tema tan complejo como el maltrato infantil. O, dicho más sintéticamente, cómo maximizar los recursos legales e institucionales existentes cuando se trabaja con el maltrato infantil.

4.2.1 Breve reseña de la Ley 12.569

La Ley 12.569 diseña un sistema de actuación judicial que se caracteriza por su agilidad, informalidad, inmediatez y amplitud, sin que ello signifique que en su aplicación tales características se presenten en concreto²⁵.

La norma comienza definiendo qué se entiende por violencia familiar a los efectos de la aplicación de la ley, asumiendo un concepto amplio y comprensivo tanto de las formas familiares matrimoniales como convivenciales, actuales o que ya dejaron de serlo, de sujetos activos y pasivos múltiples, incluyendo ancianos, incapaces, discapacitados y niños.

En este breve análisis de la ley resaltaré específicamente el tratamiento que dispone para aquellos casos en que las víctimas de violencia familiar sean niños. Así, impone la obligatoriedad de denuncia a determinados agentes —aquellos en relación directa con las potenciales víctimas—, sancionando con multa su incumplimiento (artículo 4) y reafirma la informalidad en la denuncia (oral o escrita) y las distintas vías de acceso a la jurisdicción (juez, Ministerio Público, autoridad pública competente) (artículo 5), como así también la procedencia del dictado de medidas urgentes aún por juez incompetente (artículo 6). La competencia está definida en cabeza de los Tribunales de Familia²⁶ (artículo 25) y tratándose de niños víctimas, se deben requerir antecedentes que pudieran existir en los Tribunales de Menores²⁷.

Además, la ley brinda un elenco no taxativo de medidas cautelares que deberá instrumentar el juez (artículo 7)²⁸ a fin de interrumpir la situación de violencia, en un plazo perentorio de 48 hs.

Luego de tales medidas inmediatas y urgentes, que deberán establecerse con un término de duración específico (artículo 12), con los elementos provenientes de un diagnóstico de interacción familiar (artículo 8) que permitan determinar los daños sufridos, la peligrosidad, medio social y ambiental de las familias, inclusive del lugar de trabajo del agresor y sus antecedentes policiales y judiciales (art. 9), fijará una audiencia a realizar en forma separada con las partes (artículo 11) a fin de instar a la asistencia de programas terapéuticos, debiendo acreditar judicialmente la concurrencia

a los mismos. Ante incumplimientos o reiteración de hechos de violencia, el juez podrá imponer como sanción la realización de trabajos comunitarios.

Resulta necesario destacar que en la norma no se distingue la modalidad de actuación por tratarse de situaciones de violencia de mayor o menor gravedad, pero su diseño tiende a la intervención judicial urgente ante situaciones que requieren interrumpir o frenar una situación concreta de violencia familiar (“enfriar” una situación puntual).

4.2.2 Puntos de contacto entre ambos ejes normativos

Hemos analizado ya en qué consiste el Sistema de Protección de Derechos vigente en la Provincia de Buenos Aires. Veamos ahora cuáles son los puntos de contacto entre ambas normas, con la intencionalidad manifiesta de maximizar las posibilidades de intervención ante niños víctimas de maltrato infantil y/o abuso sexual.

La actuación de los Servicios Locales en el marco de la Ley de Violencia Familiar puede presentarse en diversos momentos. En primer lugar, ante situaciones de violencia familiar en las que resulte víctima un niño, niña o adolescente, se impone la obligatoriedad de su denuncia en sede judicial a *“quienes se desempeñan en organismos asistenciales, educativos, de salud y de justicia, y en general, quienes desde el ámbito público o privado tomen conocimiento de situaciones de violencia familiar...”*. El incumplimiento de quienes resultan obligados acarrea su citación de oficio a la causa y la posibilidad de una sanción (multa) y/o pase a la justicia penal (artículo 4 de la Ley 12.569).

Si bien en el texto de la Ley 13.298 no aparece en forma expresa la imposición de tal obligación, la misma surge claramente de la reglamentación de la ley²⁹. Es decir, al tomar conocimiento alguno de los operadores de los Servicios Locales, se encuentran obligados legalmente a dar intervención al órgano jurisdiccional, tanto por la Ley de Violencia Familiar como por la reglamentación del Sistema de Protección de Derechos. De ello se desprenden algunas conclusiones:

1) Si la ley impone la obligación de denuncia, sancionando su incumplimiento, quien realiza la misma está cumpliendo con una obligación legal, por lo tanto no podrá ser demandado por los daños y perjuicios que pudiera provocar su denuncia, salvo que hubiese actuado de mala fe. De este modo se despeja uno de los mayores temores en la forma de actuación de los operadores jurídicos.

2) Si es exigida la denuncia judicial, entonces la forma de intervención es fundamentalmente judicial, diferente por lo tanto al tipo de intervención mixta diseñada en los sistemas de protección.

Pero debemos recordar nuevamente que al dictarse la Ley de Violencia Familiar tal intervención mixta (administrativa y judicial) no había aún adquirido el status legal que hoy sí tiene.

Surge aquí hay una cuestión sumamente interesante: en situaciones de maltrato infantil o abuso sexual ¿puede o debe intervenir el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos en forma autónoma, previa, e independiente a la intervención judicial? En caso afirmativo, ¿qué tipo de medidas puede o debe proponer? ¿Es necesario agotar la actuación de los Servicios Locales para acudir a la intervención judicial?

La actuación de los SLPPD ¿debe ser diferente conforme a la gravedad del maltrato?

Conviene recordar que la actuación de los SLPPD impuestos por la ley es del tipo de resolución de conflictos, debiendo proponer alternativas y estrategias de protección de derechos mediante la utilización de los programas y políticas públicas – de claro contenido social– con que cuenta la comunidad. Es decir, su actuación debe ser consensuada con algún familiar o representante del niño, ya que el objetivo de protección es mediante el fortalecimiento familiar.

Pareciera que, sin perjuicio de la debida intervención judicial, nada impide que los SLPPD intervengan en situaciones de maltrato infantil con el alcance impuesto por la ley a sus funciones específicas. Sin embargo, resulta necesario destacar que dicha intervención deberá realizarse con suma cautela y cuidado, pues tratándose de violencia intrafamiliar, deberá verificarse que el familiar o responsable del niño con el cual se busque una alternativa de acción consensuada no haya consentido o facilitado –aún por omisión– la situación de violencia que originara la intervención. De lo contrario, se expondría nuevamente al niño.

Uno de los programas que puede ofrecer y aportar es, justamente, la acción del servicio de protección a las víctimas de violencia familiar que pudiera tener actuación en la comunidad de la cual se trate. Ello impone sin duda alguna la necesidad de la comunicación y coordinación permanente entre ambos servicios, a fin de no transformarse en un burocrático sistema de derivaciones, con la consecuente revictimización que este tipo de intervenciones genera en las víctimas.

Y dado que el SLPPD está obligado a realizar la denuncia en sede judicial, también este órgano comenzará su actuación. Esta intervención judicial impone que el juez sea el responsable directo de la coordinación de todas las acciones a realizar, pues de lo contrario se desperdiciarían recursos materiales y humanos, con la posibilidad de superposición o contradicción en las acciones concretas.

Resumiendo entonces, ante una situación concreta de maltrato infantil y/o abuso sexual, el SLPPD deberá formular la correspondiente denuncia en sede judicial y podrá intervenir, adoptando las medidas ordinarias en los límites establecidos por las leyes del Sistema de Protección, sin que resulte necesario agotar o fracasar en su intervención administrativa para acudir a aquella judicial, bajo la imprescindible coordinación, supervisión y decisión del órgano judicial.

Ahora bien, volviendo al diseño del Sistema de Promoción y Protección de Derechos, la ley otorga la posibilidad al órgano administrativo de aplicar medidas de tipo excepcional, cuya característica principal es la separación del niño de su medio familiar, imponiendo requisitos de procedencia y control mucho más rigurosos, como ya hemos visto. En ese sentido, ante situaciones de maltrato infantil, ¿los Servicios Locales pueden o deben decidir alguna de estas medidas?³⁰.

Sin dudas, ante una situación de maltrato infantil grave se justifica una medida de tipo excepcional. Pero deberá intentarse en primer término agotar las posibilidades: obtener la exclusión del hogar del agresor; recurrir a otros familiares o miembros del círculo afectivo del niño, para utilizar como último recurso la separación de su medio habitual.

Si efectuamos una lectura armonizadora de ambos sistemas normativos, la misma solución se deriva del artículo 7 de la Ley 12.569, ya que impone al juez la obligación

de ordenar alguna de las medidas cautelares que enumera, estableciendo en primer lugar “ordenar la exclusión del hogar familiar al presunto agresor”. Es decir, mantener a la víctima de la violencia familiar en el ámbito familiar. Y tal es el sentido del carácter excepcional de las medidas del Sistema de Protección de Derechos que impliquen la separación del niño de su medio familiar.

Sin perjuicio de este criterio de excepcionalidad y dada la situación de riesgo que implica una situación de maltrato o abuso infantil, otra de las medidas a adoptar por el órgano judicial es, precisamente, otorgar su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, sean integrantes de su grupo familiar o de la comunidad de pertenencia del niño³¹.

En definitiva, coordinando ambos sistemas normativos, resulta claro que ante situaciones de maltrato infantil corresponde en primer término intentar el alejamiento del agresor y el consecuente mantenimiento del niño en su medio familiar, y sólo de no resultar ello posible se disponga la permanencia del niño con otro familiar que garantice su protección o en algún medio alternativo de convivencia, sean hogares voluntarios o comunitarios.

Pero ¿quién decide este tipo de medidas? Por un lado, la Ley de Violencia Familiar pone esta decisión en cabeza del Poder Judicial, pues se trata de una medida cautelar de naturaleza judicial. Por otra parte, el artículo 35 inciso h de la Ley 13.298 habilita a los Servicios Locales a decidir como medida excepcional –como último recurso–, el alejamiento del niño de su medio familiar, el abrigo, cumplimentando con la comunicación tanto al asesor de menores como al juez dentro de las 24 hs a los fines de su control de legalidad.

Entonces, retomando el intento de armonización de dos sistemas normativos, si ante supuestos de violencia familiar de los cual es víctima un niño, el órgano judicial debe decidir el otorgamiento de su guarda a un familiar –allí no habría estrictamente separación familiar– o alguna forma convivencial alternativa, y las medidas que de este tipo se tomen en sede administrativa deben ser sometidas a control judicial, parece más eficiente que se delegue directamente en cabeza del órgano judicial este tipo de acciones ante supuestos de maltrato intrafamiliar. Tanto por tratarse de verdaderas medidas cautelares –de neto corte judicial– como para evitar una superposición de funciones, con la disfuncionalidad y desgaste de recursos materiales y humanos que ello provoca.

Las medidas excepcionales –de abrigo– de decisión administrativa estarían por tanto reservadas a aquellas situaciones en las cuales la vulneración de derechos no provenga en forma directa de situaciones de violencia familiar. Y deberán cumplimentar todos los requisitos de excepcionalidad, fundamentación, provisoriedad y objetivos impuestos por el Sistema de Protección de Derechos.

Pero respecto a la violencia familiar la intervención de los SLPPD no se agota aquí, ya que en varios artículos de la Ley 12.569 se hace referencia a otras funciones que pueden eficazmente cumplir.

En efecto, entre las medidas a adoptar ante situaciones de violencia familiar, la ley se refiere a la posibilidad de ofrecer programas de asistencia (legal, médica y psicológica) a través de organismos públicos y/o privados. Aquí cobran vital importancia los servicios comunitarios de protección contra la violencia familiar, que podrán tra-

bajar en forma conjunta con los SLPPD en aras de brindar todas las medidas de promoción y protección de derechos.

Asimismo, los SLPPD podrán realizar los diagnósticos de interacción familiar exigidos por el artículo 8 de la Ley 12.569, función que también les asigna a los Servicios Locales el Decreto Reglamentario 300/05 de la Ley 13.298³².

5 • Análisis jurisprudencial de las medidas de protección³³

Si bien todavía³⁴ no ha culminado la implementación total del Sistema de Protección en la Provincia de Buenos Aires, ya contamos con algunos fallos judiciales, cuyo análisis posibilita precisar un poco más de qué forma se implementa la protección legislada. Dicho de otro modo, qué es aquello que los jueces están diciendo del Sistema de Protección de la niñez.

Al repasar los pocos fallos publicados, preliminarmente se advierte que una de las mayores dificultades es la implementación gradual del sistema, circunstancia que ha generado una serie de marchas y contramarchas en la interpretación. En efecto, una de las primeras cuestiones debatidas ha sido la delimitación conceptual de las medidas de protección, con la consecuente precisión de las de abrigo. Es decir, diferenciar claramente unas de otras, como así también en qué consiste el control de legalidad judicial.

Así, en uno de los primeros fallos³⁵, ante la internación de una niña en un instituto de menores dispuesta en sede administrativa (por la Subsecretaria de Promoción y Protección de Derechos del Niño) bajo la denominación “medida de protección de derechos” y, en virtud de ello, sin dar intervención a los órganos judiciales, la Asesoría de Menores interpone un hábeas corpus. El juzgador dispone que efectivamente la medida implementada implica una privación ilegal de la libertad, pues no se trata de una medida de protección de derechos sino de una acción que al imponer la separación de la niña de su ámbito familiar configura una medida de abrigo, debiendo por tanto cumplimentarse con los requisitos exigidos por el artículo 35 inciso h de la normativa vigente; esto es la notificación e intervención judicial.

Sin perjuicio de coincidir con el correcto encuadre brindado a la medida adoptada, resulta llamativo el tono y calificación que destaca el juez sobre la conducta asumida por el órgano administrador, percibiendo una notoria molestia y serias dificultades en la delimitación de las funciones de las instituciones administrativas y judiciales.

A las pocas semanas del fallo recién detallado, la Cámara Segunda de Apelación, Sala Segunda, de La Plata³⁶, debe resolver la siguiente cuestión: una niña recién nacida es internada por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos en un hospital, sin dar intervención a los órganos judiciales y con el consentimiento de su madre, quien al nacer la bebé manifiesta que desea que la misma sea entregada en adopción. La Asesoría de Menores interpone un hábeas corpus con la finalidad de definir la medida dispuesta por el SZPPD como una medida de abrigo, pues la niña se encuentra internada sin el debido control de legalidad impuesto por el artículo 35 inciso h de la normativa vigente. En primera instancia se resuelve que efectivamente la medida adoptada constituye una medida de abrigo y la resolución es apelada por el Ministerio de Desarrollo Humano, argumentando que el procedimiento de hábeas corpus es improcedente para cuestionar una medida dispuesta por el SZPPD y que

el Tribunal de Menores es incompetente para decidir una medida de abrigo. La Cámara resuelve que el hábeas corpus es la vía idónea para tutelar la libertad de las personas y justamente aquello invocado es *“la adopción irregular de una medida restrictiva de la libertad de la menor de autos, cuya legalidad debe ser revisada”*.

Pero más allá de la procedencia de la vía utilizada, este fallo precisa algunos conceptos importantes, fundamentalmente la relación entre las medidas de abrigo y la adopción.

En primer lugar, destaca que ante medidas que signifiquen la privación de la libertad ambulatoria del niño, resulta imprescindible la intervención judicial para su control de legalidad. Precisa que el inciso h del artículo 35 contempla el caso excepcional y provisorio de la necesidad de alojar al niño en un ámbito diferente al familiar, sin distinguir las causas que motiven este tipo de decisiones. Ni tampoco la normativa organiza en forma diferenciada o excluye del control de legalidad cuando la medida se adopta ante la decisión paterna/materna (justificada o no, explícita o implícita) de no asumir la patria potestad. Es decir, en todos los supuestos se impone la intervención judicial.

Luego determina que la función del Tribunal de Menores interviniente ha sido la de encuadrar legalmente los hechos planteados, es decir, la de interpretar la aplicación de la ley a los hechos, función estrictamente judicial.

Finalmente, define en qué consiste el control de legalidad judicial impuesto por la normativa. En efecto, considera que *“debe ser interpretado en el sentido (de) que la libertad del menor cuente con todas las garantías con que la preceptiva vigente ha tratado de tutelar sus derechos”* y sin lugar a dudas es el Poder Judicial a quien corresponde verificar si resulta procedente su privación.

La relación entre las medidas de abrigo y el ejercicio regular de la autoridad parental es otra de las cuestiones difíciles que requieren su delimitación. Tal fue la materia a resolver en otro caso por la Cámara Segunda de Apelaciones de La Plata³⁷. Los hechos eran los siguientes:

Se presenta a la guardia de un hospital una mujer con su hija menor de edad, quien presentaba graves trastornos psiquiátricos. Le diagnostican cuadro psicótico con posibilidades de agresión para sí y para terceros y se resuelve su internación con autorización de la madre. Ante la falta de cama, el hospital por intermedio del SZPPD obtiene un lugar en otro hospital e informa al Juzgado. El juez, de oficio y ante esa información, dispone que en realidad dicha internación sea una medida de abrigo, sometida a su control. La Asesoría de Menores recurre. La Cámara resuelve que no se trata de ninguna medida de abrigo, que el juez excedió su función al interpretar la norma y que se trató del ejercicio regular de la patria potestad de la madre.

Textualmente: *“En el caso, asiste razón a la Sra. Asesora de Incapaces, en tanto la madre ha ejercido su derecho/deber de patria potestad, no pudiendo afirmarse en esta instancia que se trate de un cuadro de falta de contención y compromiso familiar que justifique la aplicación de las normas de ‘abrigo’.* La madre no se ha desatendido de la menor ni ha realizado actos u omisiones que coloquen a la joven en un estado de riesgo que habilite la competencia del fuero de menores por lo que de conformidad con lo establecido por el art. 827 inc. o del CPCC, es de competencia –en el caso de corresponder su judicialización–, a los Tribunales de Familia”.

“No deberá asimilarse el tratamiento e internación a una medida de abrigo que en su caso

corresponderá determinar su encuadre en el art. 482 C. Civil. Tampoco hay privación de la libertad –en atención al cuadro agresivo constatado– y la distancia por la falta de otro lugar idóneo no vulnera derechos ya que ha sido morigerado por el otorgamiento de pasajes oficiales a la madre”.

La participación del niño en el proceso de actuación de los SLPPD es otra de las cuestiones que ha llegado a los estrados judiciales, permitiendo así dar mayor precisión a las formas y procedimientos a seguir en sede administrativa.

Ante una intervención concreta del SLPPD se realizan diversas reuniones con toda la familia involucrada y se labra acta de las actuaciones. Se resuelve una medida de abrigo y se notifica al asesor de menores y al Tribunal para su control de legalidad. A pesar de disponerse la legalidad del abrigo, el asesor de menores apela con el fundamento de carecer de la firma del niño en el acta labrada por el SLPPD. La Cámara deja sin efecto el decreto de legalidad y pide informes al SLPPD por la falta de firma y requiere se subsane.

En virtud del derecho del niño a no ser separado de su núcleo familiar y en consonancia con su derecho a ser oído y la consecuente defensa material, la norma obliga a dar intervención también al niño y a firmar acta circunstanciada.

Por último, un buen ejemplo de la necesaria coordinación entre las atribuciones del Poder Judicial y el administrativo, a través de los SLPPD o los SZPPD, lo encontramos en un fallo dictado por el Tribunal de Menores de Trenque Lauquen³⁸ en el cual ante la intervención del SZPPD, se dispone el egreso de un niño institucionalizado y “colocarlo” bajo el cuidado y responsabilidad de su abuela; imponiendo el estricto control –de tipo semanal como máximo– por parte del SZPPD y su intervención a los fines de fortalecer la función asignada a la abuela.

La decisión no especifica cuál es la figura jurídica que utiliza para dar marco legal al destino del niño. Sin embargo, se trata de una medida de abrigo, ya que impone un límite máximo de 30 días para que el SZPPD presente al asesor de menores un informe de reevaluación que posibilite al mencionado funcionario efectuar las peticiones que estime corresponder, es decir, las acciones legales pertinentes que ordena la normativa.

6 • A modo de cierre

Cuestionar la calidad legislativa del Sistema de Protección de Derechos vigente no implica necesariamente desconocer la importancia de su sanción. Tanto desde el plano simbólico e ideológico (derechos de los niños presentes en la agenda política) como en los objetivos planteados (desjudicialización de cuestiones estrictamente de contenido social en términos de carencias y necesidades básicas insatisfechas) resulta sin dudas un avance modificar sustancialmente el diseño legislativo emergente del Decreto Ley 10.067.

No caben dudas que estamos en pleno proceso de transformación respecto de la protección de los derechos de los niños; transitando una etapa de mucha incertidumbre pues debemos construir una nueva forma de intervención ante las vulneraciones y restricciones de los derechos de los niños.

Varias son las restricciones: falencias en la legislación, modelos culturales de intervención típicamente de carácter tutelar, carencias presupuestarias para la implemen-

tación, muchas dudas y algunas certezas.

Uno de los más grandes inconvenientes para la implementación de este sistema es la falta o escasez de recursos materiales destinados a ello³⁹. Pero muchísimo más grave aún es el desperdicio o mal gasto de los recursos ya existentes, no sólo materiales sino humanos. Porque la falta de comunicación, coordinación y puesta de objetivos comunes entre los diversos operadores jurídicos (sean administrativos, judiciales, policiales) solo provoca una intervención deficiente y deficitaria, que perjudica y victimiza institucionalmente a quienes deben garantizar el goce y disfrute de sus derechos: los niños.

Sin embargo, probablemente la capacitación de los recursos humanos destinados a implementar este sistema, el estudio constante, la discusión y debate de ideas, sean un modo de contribuir concretamente para avanzar –al menos un poco– en la función de garantizar a los niños el goce y disfrute de sus derechos.

Notas

1 - Ley 13.298, y su Decreto Reglamentario 300/2005, modificada y complementada por la Ley 13.634, la cual reorganiza el fuero de familia y crea el fuero penal del niño, Resolución 171 y sus anexos y Resolución 166 del Ministerio de Desarrollo Humano. A su vez, la Ley 13.821 modificó la Ley 13.634, fundamentalmente respecto a la fecha de plena vigencia de las modificaciones a los fueros de familia y penal, estableciendo como fecha máxima el 1 de diciembre de 2008, y resolvió la competencia en la etapa de transición en cabeza de los Tribunales de Menores provinciales.

2 - Estas dificultades, dudas y paradojas, emergentes del cambio de un modelo legislativo a otro, han dado lugar a un concepto utilizado por Emilio García Méndez, el “paradigma de la ambigüedad”: “El paradigma de la ambigüedad se encuentra muy bien representado por aquellos que, rechazando de plano el paradigma de la situación irregular, no consiguen acompañar tal vez por la disminución de las prácticas discrecionales y paternalistas en el trato con los niños las transformaciones reales y potenciales que se deducen de la aplicación consecuente del paradigma de la protección integral, que considera al niño y al adolescente un sujeto de derechos, y no menos, de responsabilidades” (Degano, Jorge A., *Minoridad. La ficción de la rehabilitación. Prácticas judiciales actuales y políticas de subjetividad*, Ed. Juris, Rosario, 2005, pág. 74, citado por Villaverde, María Silvia en “Nuevo derecho de la infancia y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires. Parte I. Claves de interpretación de la reforma” LNBA 2007-11-1217).

3 - Entre ellos, sumamente interesante resulta el trabajo de Fernández, Silvia Eugenia “Sistema de protección integral en la Provincia de Buenos Aires. La reformulación de roles de los poderes administrativo y judicial a partir de las leyes 13.298, 13.634 y decretos reglamentarios 300/05 y 44/07”, LLBA 2008 (mayo), pág. 341.

4 - Tal como lo sostienen Herrera, Marisa y Famá, María Victoria en “Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”, RDF 39, pág. 19.

5 - “En virtud de su rango federal, la ley 26.061 habrá de ser respetada por todas las provincias como norma de contenidos mínimos, con aplicación en todo el territorio nacional. Es que conforme los incisos

19 y 23 del art. 75 de la CN, la protección integral de los derechos de los niños resulta competencia del Estado Federal. Sin embargo, se ha explicado que, por la materia regulada –derechos civiles y sociales de la infancia–, el contenido de la ley 26.061 enmarcaría en el llamado ‘federalismo de concertación’, en virtud del cual y a pesar de la competencia exclusiva en cabeza del órgano federal (conf. art. 75 inc 12 CN), las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires participan en la aplicación de la ley. Justamente aclara el citado inciso 12, que la aplicación de la ley federal ‘no debe alterar las jurisdicciones locales’. De tal modo, y como ocurre con todos los contenidos dogmáticos de la CN, las provincias pueden maximizar el plexo de derechos, ‘agregar’ un plus superior a nivel provincial, siempre respetando el piso mínimo de la Norma Federal. En nuestro caso, entonces, la 26.061 configuraría la base a partir de la cual las provincias pueden desarrollar o ampliar la tutela en materia de infancia, sin que esto signifique afectación de facultades federales sino ejercicio de las autonomías provinciales y aplicación local de la ley federal, por órganos provinciales. Por su parte, la ley nacional resultará de aplicación para las provincias que no hayan dictado sus propias normativas. Finalmente, ante colisión entre la norma nacional y provinciales, habrá de estar por la hermenéutica que en mejor medida realice el principio ‘pro homine’ –y en el caso, el principio ‘pro minoris’–, con prevalencia de la solución más favorable a la persona, a la postre, menor de edad” conforme Fernández, Silvia en “Sistema de protección...” citado en nota 3.

6 – Art. 14 Ley 13.298: “El Sistema de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños es un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino. El Sistema funciona a través de acciones intersectoriales desarrolladas por entes del sector público, de carácter central o desconcentrado, y por entes del sector privado.

Para el logro de sus objetivos el sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños, debe contar con los siguientes medios: a. Políticas y programas de protección de derechos, b. Órganos administrativos y judiciales, c. Recursos económicos, d. Procedimiento, e. Medidas de protección de derechos”.

7 – Arts. 18 y 19, Ley 13.298.

8 – Criterio reiterado en varios artículos: 3, 9, 19, 34 y otros de la Ley 13.298 (t.o. Ley 13.634).

9 – Conforme lo dispone expresamente el art. 18.1 del Decreto Reglamentario 300/2005.

10 – Arts. 33 y 34 Ley 13.298 t.o. Ley 13.634.

11 – Art. 35 Ley 13.298 (t.o. Ley 13.634): “Comprobada la amenaza o violación de derechos podrán adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar, b) Solicitud de becas de estudio o para guardería y/o inclusión en programas de alfabetización o apoyo escolar, c) Asistencia integral a la embarazada, d) Inclusión del niño y la familia en programas de asistencia familiar, e) Cuidado del niño en el propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño a través de un programa, f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño o de alguno de sus padres, responsables o representantes, g) Asistencia económica, h) Con carácter excepcional y provisional la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro (24) horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida en el

plazo de setenta y dos (72) horas. La observancia de la notificación es considerada deber del funcionario público a cargo. Su incumplimiento traerá aparejada la aplicación de sanciones disciplinarias y penales correspondientes”. Lo subrayado fue observado por el art. 6 del Decreto 44/07 de promulgación de la Ley 13.634, y no se encuentra vigente.

12 – Respecto a las medidas excepcionales previstas en la Ley 26.061: “El art. 39 –mediante un tipo jurídico abierto– regula las denominadas medidas excepcionales, que de modo restrictivo y bajo ciertas circunstancias especiales pueden dictar los organismos administrativos y cuyo elemento o particularidad reside en la separación de un niño de su grupo familiar de origen. El texto de los articulados de la ley referidos a las medidas excepcionales (arts. 39 a 41 inclusive) permite advertir la causa, el objeto y la naturaleza de este tipo de medidas. Las causas que posibilitan la adopción de estas medidas son aquellos supuestos fácticos donde los niños, niñas y adolescentes deberían estar temporal o permanentemente privados de su medio familiar. El objeto de ellas debe estar orientado a la cesación de la violación o amenaza de conculcación (por acción u omisión) de los derechos subjetivos y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, como así también, la reparación de los daños que pueden haberse impetrado. La naturaleza se relaciona con su limitación temporal, donde rige el concepto de que lo distinto a lo normal no puede ser permanente y por ende, su fin último es posibilitar que con la adopción de esta clase de medidas se pueda regresar a la normalidad. En otros términos, que estas medidas sólo pueden prolongarse siempre y cuando persistan las causas (excepcionales) que las justificaron. A su vez en este marco cabría distinguir tres tipos de situaciones fácticas que darían lugar a la separación de un niño de su familia: 1) aquellas que instan la separación transitoria, por lo cual y de conformidad con el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, se deberá focalizar la intervención hacia el reintegro o regreso del niño a su familia en un sentido amplio de conformidad con el art. 7 del dec. 415/2006, es decir, abarcativo de los progenitores, algún miembro de la familia ampliada o referente afectivo; b) aquellas situaciones excepcionalísimas que dan lugar a la decisión de separar en forma permanente al niño de su núcleo familiar (por ejemplo, situaciones de abuso sexual o abandono de un niño en la vía pública); y c) los supuestos fácticos donde ellas comienzan siendo advertidas como causa de separación transitoria, pero dicha provisionalidad se sostiene en el tiempo, culminándose en una separación permanente a través de la figura de la adopción (art. 311 y sgtes. Código Civil)”, Gil Domínguez, Andrés; Herrera, Marisa y Famá, María Victoria en “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061 Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, La Ley 2007-D, 876.

13 – Art. 35 inc. h original Ley 13.298: “Permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto al Asesor de Incapaces. Esta medida es de carácter excepcional y provisional. Cuando la medida no sea consensuada por el niño y quienes ejerzan su representación legal, será dispuesta por la autoridad judicial competente”.

Art. 35 inc. h modificado Ley 13.634: “Con carácter excepcional y provisional la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro (24) horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida en el plazo de setenta y dos (72) horas. La observancia de la notificación es considerada deber del funcionario público a cargo. Su incumplimiento traerá aparejada la aplicación de sanciones disciplinarias y penales correspondientes”. Lo subrayado fue observado por el art. 6 del decreto 44/07, de promulgación de la Ley 13.634, y no se encuentra vigente.

14 – Lopes, Cecilia y Massano, María A., “Medidas de protección de personas vs. Medidas de protección de derechos en la Provincia de Bs.As”, LNBA 2008-4-367.

15 – Previsto expresamente en anexo III de la Resolución 171/07 MDH. Sin embargo, habrá que pres-

tar especial atención cuando la separación del niño de su familia implique la decisión de su entrega en guarda para una futura adopción, pues en este supuesto la intervención debe ser necesariamente judicial.

16 - Art. 96 Ley 13.634. “A partir de la publicación de la presente, la Suprema Corte de Justicia conjuntamente con el Ministerio de Desarrollo Humano establecerán la forma y los plazos dentro de los cuales este último recibirá la información y documentación relativa a los expedientes judiciales que actualmente corresponden a la competencia de los Tribunales de Menores y que en el marco de la Ley N° 13.298 corresponde a los Servicios Locales de Protección de Derechos, a saber:

1) La referida a los expedientes judiciales de carácter asistencial de niños actualmente internados en Instituciones Oficiales y/o privadas en los que exista expresa conformidad de éstos y/o de sus representantes legales sobre la medida proteccional oportunamente decidida, debiendo ello surgir en forma clara e indubitable de la propia documentación.

2) La referida a los expedientes judiciales donde los niños y sus familias se encuentren dentro de algún programa social.

3) La referida a los expedientes en los que actualmente se esté abordando la vulneración de derechos sociales, económicos y culturales en los que el niño se encuentre en el seno de su familia.

El Juez competente, que entienda en causas con niños internados, podrá solicitar la intervención de los Servicios Locales de Protección de Derechos, a los efectos de analizar las estrategias de externación”.

17 - Si bien ya hemos analizado que la versión original del art. 35 inc. h requería el consentimiento del niño y/o de sus responsables para la disposición de una medida de permanencia temporal del niño fuera del ámbito familiar en sede administrativa, la misma Ley 13.634 que efectúa esta distinción de internaciones consensuadas o no, suprimió esta exigencia e impuso el control judicial en todos los supuestos en que los SLPPD disponen esta medida.

18 - Art. 35.6 Dec. 300/05: “Vencidos los plazos establecidos en el art. 35.3 sin haberse modificado las circunstancias que motivaron la medida, y no habiéndose encontrado estrategias de protección de derechos para reintegrar al niño a su grupo familiar, el Servicio Local de Protección de Derechos deberá presentar por escrito al Asesor de Incapaces, en el plazo de cinco días una síntesis de lo actuado con el niño y su familia, donde deberá ponderarse en forma precisa las fortalezas y debilidades del núcleo familiar, las estrategias desarrolladas y los resultados obtenidos. En el mismo escrito deberá fundar –en su caso– la necesidad de mantener la separación del niño de su grupo familiar, el ámbito de convivencia sugerido, si existe acuerdo de sus padres o representantes legales, y **requerir del asesor de Incapaces la promoción de las acciones civiles que estime necesarias para la protección de los derechos del niño**” (el resaltado me pertenece).

19 - Textual y confusamente la Res. MDH 171/07 establece: “En estos términos la guarda institucional de un niño se legitima con la intervención del Juez de Familia o de Paz competente”.

20 - Art. 87 Ley 13.634: “Modificase el artículo 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires - Decreto-Ley N° 7.425/68 y sus modificatorias- el que quedará redactado de la siguiente forma: ‘Artículo 234: Podrá decretarse la guarda: 1.1. De incapaces mayores de dieciocho (18) años de edad abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones; 2.2. De los incapaces mayores de dieciocho (18) años de edad que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta su curatela’”. El texto es exactamente el mismo que el dispuesto por el art. 74 de la Ley 26.061, que modifica a su vez el art. 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

21 - Art. 5 CDN.

22 - Véase Lopes, Cecilia y Massano, María A., “Medidas de protección...” citado en nota 26 y Fernández, Silvia, “Sistema de protección...” citado en nota 3. Respecto al control de legalidad de las

medidas excepcionales previsto por la Ley 26.061, véase Gil Domínguez, Andrés, Herrera, Marisa y Famá, María Victoria “Las medidas...” citado en nota 24, en el que previo a expresar su posición, efectúan un detalle de las críticas doctrinarias que esta cuestión ha generado en autores como Eduardo Zannoni, Augusto Belluscio, Mary Beloff, Mauricio Mizrahi y Jorge Kielmanovich.

23 - Podrá interpretarse entonces que dicha autorización es requerida para la efectivización administrativa, en términos de control administrativo, de la medida dispuesta judicialmente.

24 - La cuestión no es novedosa. Ha sido detalladamente abordada por Herrera, Marisa y Famá, María Victoria en “Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”, RDF 39-19, LexisNexis Abeledo Perrot.

25 - Habitualmente, el cúmulo de tareas cotidianas de los Tribunales de Familia impiden el tratamiento en los cortísimos plazos previstos en la ley.

26 - Próximamente, cuando se termine de implementar la reforma al fuero de familia introducida por la Ley 13.634, serán Juzgados de Familia, con la competencia definida en el art. 827 del Cód. Procesal Civil y Comercial.

27 - Obviamente, al finalizar la implementación de la Ley 13.634 deberán requerirse tales antecedentes al organismo al cual los Tribunales de Menores los hubieran derivado, los Servicios Locales o Zonales de Promoción y Protección de Derechos.

28 - Art. 7 Ley 12.569: El Juez o tribunal deberá ordenar con el fin de evitar la repetición de los actos de violencia, algunas de las siguientes medidas conexas al hecho denunciado:

a) Ordenar la exclusión del presunto autor de la vivienda donde habita el grupo familiar

b) Prohibir el acceso del presunto autor al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo, estudio o esparcimiento del afectado, y/o del progenitor o representante legal cuando la víctima fuere menor o incapaz; como así también fijar un perímetro de exclusión para circular o permanecer por determinada zona. Asimismo arbitrará los medios necesarios para que el agresor cese con todo acto de perturbación o intimidación contra la o las víctimas.

c) Ordenar a petición de quien ha debido salir del domicilio por razones de seguridad personal su reintegro al mismo, previa exclusión del presunto autor.

d) La restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos por hechos de violencia familiar.

e) Proveer las medidas conducentes a fin de brindar al agresor y al grupo familiar, asistencia legal, médica y psicológica a través de los organismos públicos y entidades no gubernamentales con formación especializada en la prevención y atención de la violencia familiar asistencia a la víctima.

f) En caso de 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 la situación. La guarda se otorgará prioritariamente a integrantes del grupo familiar, o de la comunidad de residencia de la víctima

g) Fijar en forma provisoria cuota alimentaria y tenencia

h) Toda otra medida urgente que estime oportuna para asegurar la custodia y protección de la víctima.

Desde el conocimiento del hecho hasta la adopción de las medidas no podrá exceder el término de las cuarenta y ocho horas.

En caso de no dar cumplimiento a las medidas impuestas por el Juez Tribunal, se dará inmediatamente cuenta a éstos, quienes podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar su cumplimiento.

29 - Art. 21.2 Decreto Reglamentario 300/05: ...Sus funciones serán: ... 4. Realizar la denuncia ante sede judicial del fuero penal cuando un niño o un adolescente fueran víctimas de una acción o abuso a su integridad física o sexual, o de cualquier otro delito, para que la autoridad judicial interponga las acciones correspondientes contra el autor del delito, en consecuencia con la obligación de denuncia del art. 37.10. Art. 37.10. Intervención fiscal: Cuando el Servicio Local de Protección de Derechos tome conocimiento de que la amenaza o violación del derecho del niño tiene como antecedente la presunta comisión de un delito, tendrá obligación de formular la pertinente denuncia penal. A estos efectos, tanto los Servicios Locales y Zonales, como la autoridad policial deberán denunciarlo inmediatamente al Ministerio Público Fiscal.

30 - Específicamente así lo dispone el Decreto 415/06 reglamentario de la Ley 26.061, que habilita la separación del niño de su familia en circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del niño... y/o cuando fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resulta posible la exclusión del hogar de la persona que causa el daño.

31 - Art. 7 Ley 12.569: "El Juez o tribunal deberá ordenar con el fin de evitar la repetición de los actos de violencia, algunas de las siguientes medidas conexas al hecho denunciado: (...) f) En caso de 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 la situación. La guarda se otorgará prioritariamente a integrantes del grupo familiar, o de la comunidad de residencia de la víctima".

32 - Art. 21.2: "...Sus funciones serán: (...) 2. A pedido del Tribunal de Familia realizar un diagnóstico familiar en los casos de que un niño o un adolescente fuera víctima de violencia (art. 8 Ley 12.569)".

33 - Completar esta información con el anexo correspondiente a la síntesis jurisprudencial sobre los aspectos administrativo-civiles del Sistema de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes provincial, que se encuentran en las últimas secciones de esta publicación.

34 - Al menos a la fecha en que escribo este artículo.

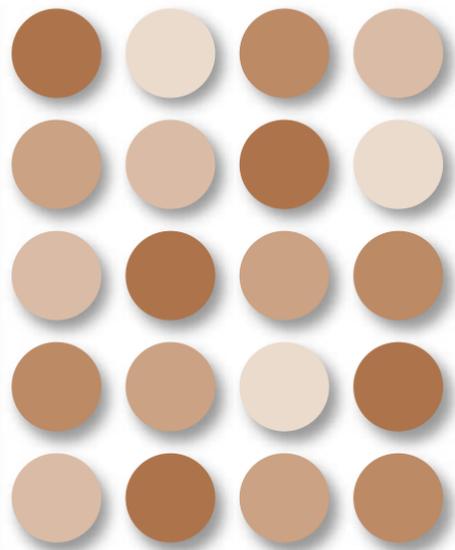
35 - "R., B.I.A. s/ Habeas corpus", c. 70.286, Trib. Menores 1 de La Plata, 9/10/07, in extenso en www.mpba.gov.ar

36 - "C. M.L. s/ Abrigo", c. 109.112, Cámara Segunda de Apelaciones, Sala Segunda, La Plata, 23/10/07 in extenso en www.mpba.gov.ar

37 - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, c. 250.370, del 13/05/08 in extenso en www.mpba.gov.ar

38 - Causa n.º 24.858 Tribunal de Menores de Trenque Lauquen, del 19/6/07 in extenso en www.mpba.gov.ar

39 - Sólo a título ilustrativo, ver la cantidad de casas de abrigo (15 en toda la provincia de Bs.As.) y su capacidad (20 niños de 0 a 18 años en cada una de ellas) creadas por la Resolución 166 MDH.



Las medidas de protección de derechos en el Sistema de Protección de la Provincia de Buenos Aires. Cuestiones procedimentales

Marisol Burgués y Marisa Herrera

Marisol Burgués

Abogada, asesora legal de SENAF (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia). Directora del Instituto de Derecho de Familia del Colegio de Abogados de Venado Tuerto.

Marisa Herrera

Doctora en Derecho, UBA. Investigadora del CONICET. Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, UBA. Docente UBA y UP.

1 • Introducción

La sanción de la Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños (Ley 13.298) con fecha 29 de diciembre de 2004¹, como las posteriores reformas legislativas que la modifican y complementan, como la Ley 13.634², que a su vez se ha visto reformada por la Ley 13.645 y el Decreto 3.438/3007, ha sido un paso fundamental en el cumplimiento de uno de los tantos compromisos que pregonan la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN).

Este es el fundamento normativo base que instó a la Provincia de Buenos Aires a plantear varias reformas en materia de protección a la infancia y adolescencia, entre ellas la competencia administrativa primaria en la protección de derechos y el procedimiento mediante el cual los organismos administrativos denominados Servicios de Promoción y Protección de Derechos Locales y Zonales³ deben verificar la situación de amenaza y/o vulneración de derechos y, en su caso, adoptar la o las medidas de protección pertinentes a los fines de restituir los derechos conculcados. Este “protagonismo” que asumen estos órganos de carácter administrativo, obliga a preguntarse cuál es el lugar que ocupa la justicia. Básicamente, esta última queda limitada a los fines de efectuar el debido “control de legalidad” en los supuestos donde la medida de protección de derechos más gravosa, es decir, aquella que tiene por finalidad separar a un niño de su familia y que la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes la diferencia bien denominándola “medida excepcional” (artículo 39 y ss).

Frente al cambio operado, resulta necesario establecer algunos lineamientos básicos en cuanto a la formación de criterios que fomenten buenas prácticas en los procedimientos de índole administrativo, necesarios para la adopción y aplicación de las medidas de protección de derechos.

Dichas pautas o criterios de actuación en la tramitación de los procedimientos en materia de protección y/o restitución de derechos tienen por objeto primordial evitar que se reiteren en la órbita administrativa aquellas prácticas iatrogénicas que desnaturalizarían los fundamentos o principios que le dieron razón de ser.

Además, debe tenerse presente que la implementación en la órbita administrativa de un procedimiento para la adopción de medidas de protección y/o restitución de derechos constituye un requisito indispensable en vistas a asegurar el acierto de la decisión final de la administración y, primordialmente, una garantía frente a los derechos e intereses de las personas que se pueden ver afectadas, en especial de las personas menores de edad. Es decir, se parte de la premisa de que toda persona menor de edad sobre la que se adopte una medida de protección y/o restitución de derechos re-

quiere de un debido proceso que culmine con una resolución administrativa, a fin de evitar prácticas ancestrales iatrogénicas centradas en la adopción de medidas discrecionales sin fundamento y/o motivación alguna.

En este marco, este trabajo tiene por objetivo aclarar y profundizar ciertos criterios sobre el procedimiento administrativo que forma parte del llamado Sistema de Promoción y Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, estableciendo determinadas pautas de intervención con la abierta intención de lograr una mejor adecuación de las prácticas institucionales a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño y que las leyes 13.298 y 13.634 y sus respectivas modificaciones y/o normas complementarias se encargan de acercar a la realidad jurídica de la Provincia de Buenos Aires.

En otras palabras, se trata de establecer ciertos criterios y/o pasos a seguir en la aplicación de las medidas de protección de derechos que deban adoptar e implementar los Servicios de Promoción y Protección de Derechos Zonales y Locales en busca de la efectiva garantía de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes a través de actuaciones respetuosas de estos derechos.

2 • Las medidas de protección integral de derechos. Breves consideraciones preliminares de fondo

2.1 Conceptualización

Es imposible indagar acerca de los procedimientos sin hacer alusión, al menos brevemente, a las cuestiones de fondo que estas reglas procesales tenderían a garantizar, respetar y/o satisfacer. De este modo, las medidas de protección integral de derechos se presentan como un recurso que la Ley 13.298 y su Decreto 300/2005 otorgan a los Servicios Locales de Protección para dar respuesta y solución a una situación de amenaza y/o vulneración de los derechos de un niño, niña y/o adolescente. Así, cabe recordar que la Ley 13.298, en el primer párrafo de su artículo 32, las define como *“aquellas que disponen los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos cuando se produce, en perjuicio de uno o varios niños⁴, la amenaza o violación de sus derechos y garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos”*.

Por su parte, en el artículo 35 se detiene a enumerar algunas de las medidas de protección integral de derechos que estos Servicios podrían dictar, en consonancia con la diversidad y complejidad de los conflictos que se presenten; siendo esta enumeración sólo meramente descriptiva, tal como reza el texto del artículo en análisis al expresar que *“comprobada la amenaza o violación de derechos podrán adoptarse, entre otras, las siguientes medidas detalladas”*. De este modo, esta normativa abierta constituye una invitación a la innovación, como así, un importante desafío para la creatividad de parte de los profesionales, técnicos y/o promotores que integran los Servicios de Promoción y Protección locales en la elaboración, diseño y desarrollo de acciones que estén en consonancia con las particularidades de cada caso, teniendo como base la intervención activa en la creación de condiciones que faciliten a los niños el crecimiento y desenvolvimiento dentro de su familia y de su comunidad.

Las medidas meramente enunciativas que contempla la ley provincial son las siguientes: a) apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) solicitud de becas de estudio o para guardería y/o inclusión en programas de alfa-

betización o apoyo escolar; c) asistencia integral a la embarazada; d) inclusión del niño y la familia en programas de asistencia familiar, e) cuidado del niño en el propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y el niño a través de un programa; f) tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño o de alguno de sus padres, responsables o representantes; g) asistencia económica y h) permanencia temporal de niños en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o salud, siendo esta medida de carácter excepcional y provisional, requiriéndose que cuando no sea consensuada por el niño, como así por quienes ejerzan su representación legal, sea dispuesta por la autoridad judicial competente⁵.

Con relación a esta última medida regulada en el inciso h del artículo 35 de la Ley 13.298, cabe señalar que éste se vio modificado por el artículo 100 de la Ley 13.634, quedando redactado de la siguiente forma: *“Con carácter excepcional y provisional la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro (24) horas al Asesor de incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia, con citación y audiencia de los representantes legales deberá resolver la legalidad de la medida en el plazo de setenta y dos (72) horas”*.

“La observancia de la notificación es considerada deber del funcionario público a cargo. Su incumplimiento trae aparejada las sanciones disciplinarias y penales correspondientes”.

La interpretación que se le dé a este articulado es de suma importancia, porque de manera correlativa incide en el tipo de proceso que se la va a imprimir. Es por ello que nos interesa resaltar en esta oportunidad –más allá de que sea profundizado en otro trabajo de esta obra– tres consideraciones de relevancia introducidas por la aludida reforma. La primera se refiere a la comunicación, ya que no sólo debe cursarse al asesor de incapaces, sino también debería serlo al Juzgado de Familia competente. La segunda se relaciona con los motivos de la comunicación, ya que ésta se cursa a los efectos de que la justicia efectúe el control de legalidad de la medida. Y la tercera, la derogación del párrafo que establecía que cuando la medida no sea consensuada por el niño y quienes ejerzan su representación legal, sólo en este supuesto sería dispuesta por la autoridad judicial competente.

Esta última consideración que surge de la reforma habilitó la interpretación doctrinaria y jurisprudencial⁶ acerca de que solamente nos vamos a encontrar frente a una medida de abrigo cuando el niño, sus progenitores o representantes legales, no acuerden con la permanencia transitoria en ámbitos distintos al hogar familiar. Así, ante la falta de consenso, será el Servicio de Protección Local el que adopte la medida con el debido control de legalidad por parte del Juzgado de Familia y el asesor de incapaces correspondientes. Por el contrario, cuando la medida de separación de un niño de su familia sea acordada por los progenitores y/o representantes legales del niño junto a éste, no se trataría de una medida de abrigo, sino de una medida enmarcada en el ejercicio de la llamada “patria potestad” en los términos previstos por el artículo 264 y ss. del Código Civil.

Resulta de suma importancia traer a colación, de manera sintética, esta distinción, ya que estas diferentes interpretaciones repercuten, de manera directa, en el tipo de intervención a ser adoptado. Es decir, si se da curso a un procedimiento administrativo-judicial o por el contrario, no sería un supuesto que habilite la intervención estatal, y

por ende, cualquier tipo de medida administrativo-judicial constituiría una injerencia ilícita por parte de los Servicios de Promoción y Protección locales en un primer momento, y después del sistema judicial a través del llamado “control de legalidad”.

2.2 Pautas de aplicación de las medidas de protección integral

La Ley 13.298, en sus artículos 33⁷, 34 y 36, contiene determinadas pautas a las que debe ajustarse la aplicación de las medidas de protección integral, las cuales se identifican –principalmente– con la promoción, acompañamiento y apoyo a la familia para que ella asuma su responsabilidad en la crianza de los niños, con la clara finalidad de evitar separaciones de los niños de sus grupos familiares de convivencia de manera injustificada. Dichas pautas se detallan a continuación:

- Las medidas de protección de derechos son limitadas en el tiempo (cf. artículo 33).
- Se mantienen mientras persistan las causas que dieron origen a la amenaza o violación de derechos y garantías (cf. artículo 33).
- Deben ser revisadas periódicamente de acuerdo a su naturaleza, (cf. artículo 33).
- No podrán consistir en privación de la libertad ambulatoria del niño (cf. artículo 33).
- Prioridad en la aplicación de aquellas medidas que tengan por objeto la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a todos los niños (cf. artículo 34).
- Deben consistir en programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo, incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda (cf. artículo 34).
- El cese de la medida proteccional por decisión unilateral del niño no puede ser sancionada bajo ningún criterio o concepto, quedando en consecuencia expresamente prohibido disponer medidas de coerción contra el niño por razón del abandono del programa (cf. artículo 36).

Por lo tanto, la propia ley local brinda ciertos criterios o pautas de intervención dirigidas básicamente a los Servicios de Promoción y Protección locales.

De manera puntual, vinculado con el criterio establecido en el artículo 36⁸ bajo la denominación de “abandono de programa”, y en concordancia con la actual redacción del artículo 33, nos parece pertinente aclarar que, a nuestro entender, la actuación de los operadores ante la deserción de un niño en forma voluntaria de un programa o una medida, dejaría habilitado eventualmente el pedido de búsqueda de paradero a la autoridad competente (policía), pero de ningún modo la necesidad de realizar una denuncia penal. De esta manera, la ley regula y deja en claro su postura sobre cuáles son las acciones que los poderes del Estado deben ejecutar contra un niño. Donde antes se permitía “perseguir” y “capturar” como una respuesta “tutelar” motivada en la supuesta “protección”, ahora se adopta un criterio diametralmente diferente. Esto obedece a que esas acciones y/o prácticas hoy son consideradas violatorias de derechos. Anteriormente, el marco normativo se encontraba sustentado por el derogado Decreto Ley 10.067, que avalaba

la denuncia penal por la fuga de un niño quien, sin haber estado nunca privado de su libertad en el marco de un proceso penal, se resistía a permanecer internado en un instituto de menores, entendiéndose por éste a las instituciones convivenciales para niños o niñas hasta los 21 años de edad en los que se procuraba “proteger” a ellos en razón de haberlos encontrado en situación de “abandono material o moral”.

2.3 Pautas de actuación de los Servicios de Protección

Además de los criterios que otorga la Ley 13.298 en lo relativo a la aplicación de medidas de protección integral de derechos, también en sus artículos 37, 38 y 39 brinda ciertas reglas generales⁹ que deben ser observadas por los Servicios de Promoción y Protección locales en su accionar, como ser:

- Que cuando un niño sufra amenaza o violación de sus derechos y/o sea víctima de delito, sus familiares, responsables, allegados, o terceros que tengan conocimiento de tal situación, puedan petitionar a los Servicios de Promoción y Protección el debido resguardo y restablecimiento de los derechos afectados.
- Que en el supuesto que se formule denuncia por ante la autoridad policial, ésta deberá ponerla de inmediato en conocimiento del Servicio de Promoción y Protección Local, por lo cual éstos deben tener relación con los primeros.
- Que una vez que el Servicio de Promoción y Protección tome conocimiento de la petición, debe citar al niño y familiares, responsables y/o allegados involucrados a una audiencia con el equipo técnico del Servicio, en la que se debe poner en conocimiento de los mismos: la petición efectuada, la forma de funcionamiento del sistema de Promoción y Protección de Derechos, los programas existentes para solucionar la petición y su forma de ejecución, las consecuencias esperadas, los derechos de los que goza el niño, el plan de seguimiento y el carácter consensuado de la decisión que se adopte.
- Que concluidas las deliberaciones y la propuesta de abordaje y/o posible resolución del conflicto, se debe confeccionar un acta que contenga: lugar y fecha, motivo de la petición, datos identificatorios de las personas intervinientes, un resumen de lo tratado en la audiencia, la solución propuesta, el plan a aplicar y la forma de seguimiento del caso particular.
- Que el acta mencionada debe ser firmada por todos los intervinientes, entregándoseles una copia a cada uno de los interesados.

Si bien estas son algunas pautas de actuación que fija la propia Ley 13.298, algunas de ellas merecen algunos comentarios particularizados.

En relación al supuesto donde se formule denuncia por ante la autoridad policial, la cual deberá ser puesta en conocimiento de manera inmediata del Servicio de Promoción y Protección, las prácticas evidencian acciones contradictorias. Nos explicamos, desde una lectura aislada del último párrafo del artículo 37 de la Ley 13.298, que se ha entendido que la simple denuncia de cualquier tipo de situación en una dependencia policial habilita inmediatamente la intervención del Sistema de Promoción y Protección de Derechos, tanto el local como el zonal¹⁰.

Esta confusión se debe a los resabios que subsisten y que ha dejado el derogado

Decreto Ley 10.067/83, el cual obligaba a comunicar al Tribunal de Menores cualquier tipo de situación en la que se encontraran involucrados niños, niñas o adolescentes, sean autores o víctimas de delitos, contravenciones, o simplemente, por entenderse que se encontraban ante una situación de “riesgo”.

Esta práctica habitual de poner en conocimiento del Tribunal de Menores también se trasladó al vigente Sistema de Promoción y Protección de Derechos, donde la autoridad policial ante cualquier situación alega “la ausencia actual de competencia” y directamente señala la comunicación al Servicio de Promoción y Protección Local correspondiente, ya sea de manera verbal o por escrito, transcribiéndose la última parte del artículo 37 de la Ley 13.298.

Estos problemas interpretativos y que hacen a la deconstrucción y reconstrucción de nuevas prácticas, máxime en una etapa de transición como la actual, obligan a indagar cuál es el papel o rol que cumplen –o deberían cumplir– los Servicios de Promoción y Protección de Derechos a los fines de armonizar el “circuito” con los diferentes actores que intervienen ante una situación de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes bajo el marco normativo de las leyes 13.298 y 13.634 y sus respectivas disposiciones complementarias.

¿Intervienen los mismos actores antes y después de estas normativas? ¿Sólo han cambiado sus roles o también sus “presencias”? En este sentido, fácil se advierte que el quién, cómo y cuándo intervenir, no sólo son cuestiones procedimentales sino, en definitiva, de fondo. En este contexto revisionista, cabe aclarar el sentido y alcance del artículo 37 a los fines de reordenar o reorientar la demanda que se presenta ante los Servicios de Promoción y Protección locales, evitándose así la sobrecarga o cúmulo de trabajo, lo cual afecta de manera directa la calidad de su intervención. En otras palabras, otorgarles más competencias de las que ya tienen por ley estos organismos administrativos especializados trae consigo la dificultad de que éstos puedan desempeñarse con eficiencia y efectividad, siendo ellos uno de los actores “pilares” del Sistema de Promoción y Protección de Derechos.

En consonancia con ello, entendemos que toda la información sobre situaciones de amenazas o violación de derechos de un niño a los Servicios de Promoción y Protección puede provenir desde distintos ámbitos, consignándose en el artículo 37, primer párrafo, la manera más directa a través de familiares, responsables, allegados o terceros que tengan conocimiento de tales situaciones, quienes solicitarán ante los citados servicios, el resguardo o restablecimiento de los derechos afectados, los cuales comenzarán a desplegar las estrategias necesarias para que el niño acceda a los planes o programas vigentes en el territorio para el restablecimiento de los derechos puestos en situaciones de amenaza y/o violación. Estas serían las vías o canales “normales” para la puesta en conocimiento ante los organismos administrativos especializados.

Pero también tales situaciones pueden provenir de la autoridad policial a través de lo que la ley denomina “denuncia”, según lo preceptuado en el último párrafo del artículo 37 al expresar que *“en el supuesto que se formule denuncia por ante la autoridad policial, ésta deberá ponerla de inmediato en conocimiento del Servicio de Promoción y Protección Local”*.

Ahora bien, debe tenerse presente que la denuncia a la cual se refiere el párrafo del artículo transcrito debe ser motivada a partir de una situación de amenaza o vulneración de derechos, y en tal caso, la autoridad policial podría indicar correctamente al denunciante

que se dirija al Servicio de Protección Local correspondiente. Ello sin perjuicio de que cuando la denuncia que se está formulando ante la autoridad policial tenga sustento en la presunta comisión de un delito, sea pertinente que la autoridad policial, además de que se realice un trabajo conjunto entre ésta y el Servicio de Promoción y Protección que se trate, se comunique y dé intervención al Poder Judicial competente: fuero penal de adultos, si el presunto autor del delito es una persona mayor de 18 años, o bien a los Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil y, en aquellos lugares donde todavía éstos no estén en funcionamiento, los residuales Tribunales de Menores. Esto último obedece a que es este el lugar en el cual se debe investigar la comisión de delito, la participación del niño y, a su respecto, se debe disponer la falta de reproche penal atento su edad y el consecuente cierre del proceso penal. No obstante, si se advierte la existencia de alguna vulneración a sus derechos específicos, se puede establecer la pertinencia de la aplicación de algunas de las medidas de protección integral de derechos establecidas en la Ley 13.298, y en tal caso, solicitar la intervención del Servicio de Promoción y Protección competente, comunicando tal decisión a su representante legal o ante su ausencia, al asesor de incapaces¹¹.

Por otra parte, cabe destacar que no todas las situaciones que son puestas en conocimiento de los Servicios de Promoción y Protección habilitan sin más su intervención; ello requiere una evaluación previa por parte del equipo de estos organismos administrativos especializados, sin perder de vista la obligación de estos Servicios de dar intervención al Poder Judicial ante una situación de la cual se desprenda la presunta comisión de un delito¹².

Todas estas pautas contenidas en la ley han sido reglamentadas por el Decreto 300/05, precisándose algunos aspectos que no habrían quedado del todo claros en la Ley 13.298. En ese sentido, podemos clasificar y agrupar esos aportes en cuatro ejes temáticos: a) cuestiones de forma relacionadas con los requisitos para la admisibilidad de las denuncias, confección de actas y certificados de actuaciones emanados de los Servicios Locales y Zonales; b) otros criterios de actuación por parte de estos Servicios ante las situaciones de amenaza y/o vulneración de derechos de un niño que se presenten o denuncien ante ellos; c) facultades y derechos que detentan los Servicios de Promoción y Protección y d) tipo de intervención por parte los equipos técnicos de los Servicios locales y zonales, consignándose las incompatibilidades y excepciones que tienen, en tanto ellos son miembros de unidades operativas del Sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, dependientes del Ministerio de Desarrollo Humano. En este último eje se debe observar que los integrantes de estos equipos en ningún caso pueden ser convocados por otros Poderes del Estado Provincial para realizar tareas de supervisión y/o seguimiento de decisiones tomadas por organismos ajenos al Ejecutivo Provincial, con excepción de la facultad de realizar, a pedido del Tribunal de Familia, los diagnósticos familiares en los casos en que el niño sea víctima de violencia¹³, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 8 de la Ley 12.569¹⁴.

3 • Cuestiones y actitudes procedimentales en la adopción de medidas de protección integral de derechos

3.1 Modalidades de actuación de los servicios de protección en la atención y tramitación de situaciones de amenaza y/o vulneración de derechos

La amplitud en la definición dada por la ley sobre qué se entiende o cuándo se

está ante una medida de protección integral, tiene consecuencias directas en el modo de actuación e implementación, siendo que éstas suponen una gran variedad y diversidad en su accionar y/o despliegue.

Por lo tanto, su plataforma o soporte procedimental debe pensarse tomándose como punto de partida un diseño que presente características flexibles con el objeto de brindar respuestas adecuadas a cada una de las situaciones de vulnerabilidad que se adviertan. Es decir, que a través de la actuación que se determine, se logre brindar contención y ayuda de carácter integral para superar la crisis de aquellos niños que atraviesan situaciones problemáticas a nivel familiar, social, jurídico y económico.

Sin embargo, al mismo tiempo debe tenerse cuidado que esta flexibilidad y amplitud no importen la habilitación de prácticas discrecionales por parte del Servicio de Protección o bien prácticas que desconozcan los derechos y garantías de los niños, que pueden así menoscabarse o verse afectadas. Lograr este equilibrio es uno de los desafíos más arduos que propone o involucra el Sistema de Promoción y Protección de Derechos a todos sus operadores.

Es decir, y partiendo de la premisa de que las medidas de protección integral de derechos son adoptadas por organismos administrativos especializados, corresponde observar que la actuación por parte de ellos debe enmarcarse dentro de verdaderos “procedimientos administrativos”. Esto significa el cumplimiento, respeto y/o sujeción a ciertas normas básicas de la administración y principios que sus integrantes están obligados a seguir, como ser: la gratuidad, el debido proceso (el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada), el impulso de oficio y el informalismo a favor del administrado.

Más allá de estas premisas a modo de “piso mínimo”, son sabidas las disímiles situaciones o causa-fuente de la amenaza y/o vulneración de derechos, lo cual complejiza la construcción de una teoría procesal especializada en la cual se enmarque la actuación administrativa de los Servicios de Promoción y Protección local y zonal.

A pesar de esta dificultad, podemos diferenciar tres ejes de abordaje y pasos a seguir según la procedencia de la situación que origina la amenaza y/o vulneración de derechos; es decir, ya sea por acción u omisión del Estado, la comunidad o los particulares y, en este último supuesto, principalmente, por los padres o responsables de la crianza del niño o adolescente, e incluso, cuando proviene del propio niño o adolescente.

a) Situación de amenaza y/o vulneración proveniente del Estado

En estos casos las intervenciones del Servicio de Protección están dadas mediante la implementación de acciones de protección tendientes a orientar y facilitar el acceso del niño a servicios y prestaciones pertenecientes a políticas públicas, a los fines de reparar la acción u omisión de algún organismo gubernamental (escuela, centro de salud, oficina municipal, etc.), de manera que el niño pueda disfrutar, gozar y ejercer aquellos derechos que se han visto amenazados o vulnerados¹⁵.

Así, cuando del examen de la presentación y/o documentación de la situación de posible amenaza y/o vulneración de derechos se desprendan elementos de los que surja que tal situación se corresponde con la ausencia u omisión de cobertura de las políticas públicas universales o de acceso masivo que el Estado debe garantizar para la satisfacción de los derechos del niño a la educación, salud, y al conjunto de los de-

rechos sociales, económicos y culturales, y siempre y cuando ello no se corresponda con una acción u omisión en el ejercicio de tales derechos por parte del niño o sus responsables legales, el Coordinador del Servicio de Promoción y Protección de Derechos petitionará a las autoridades responsables de la prestación pública en cuestión la inmediata remoción del obstáculo que impide al niño el acceso y goce de sus derechos y les ofrecerá colaboración a tal efecto. Si el obstáculo no es removido por el responsable de esa prestación, dicho coordinador deberá requerir a las autoridades provinciales superiores, a la Comisión Interministerial o Defensor de los Derechos del Niño o en su defecto, petitionar a la autoridad judicial el cumplimiento forzado de la obligación incumplida por el Estado que viola en forma individual o grupal, uno o más derechos humanos de niños o adolescentes¹⁶.

Todo ello, previa evaluación, audiencia, pedido de informes etc., que permitan dar cuenta del tenor y gravedad de la situación planteada, conocer también la situación de los responsables del cuidado y crianza de los niños o adolescentes en cuestión, como así también, de la autoridad o área responsable, a los fines de constatar las manifestaciones y efectuar el correspondiente informe técnico-profesional para tener un panorama general y certero sobre el conflicto presentado y la adopción de las medidas adecuadas, en caso de que así lo crea conveniente o lo necesite el equipo del Servicio de Promoción y Protección y de acuerdo a las facultades que el mismo detenta¹⁷.

b) Situación de amenaza y/o vulneración proveniente de la comunidad o particulares

Cuando del examen de la presentación y/o documentación de la situación de posible amenaza y/o vulneración de derechos se desprendan elementos de los que surja que tal situación se corresponde con una acción u omisión por parte de la comunidad y/o de particulares, el equipo técnico del Servicio deberá adoptar todas las medidas necesarias a los fines de hacer cesar la amenaza y/o la vulneración en su caso.

Frente a estos supuestos, las pautas a seguir son básicamente las mismas que en el supuesto anterior relativo a las situaciones de amenaza y/o vulneración por parte del Estado. Es decir, ellas pueden consistir en instar mediante la correspondiente intimación a la organización de la comunidad o al particular responsable, el cese de la acción (deber de abstención), o bien que éstos lleven adelante las actividades pertinentes para garantizar el goce y el ejercicio del derecho amenazado y/o vulnerado (deber de actuación).

A tales efectos, el Servicio debería convocar a todos los involucrados a una instancia de mediación a los fines de lograr una resolución pacífica, efectiva y celera del conflicto, y sólo en caso en que fuera necesario, evaluar la posibilidad de interponer la correspondiente acción judicial a los efectos de que esa organización de la comunidad o particular pongan fin a la situación de amenaza o reparen la situación de vulneración de derechos a la que se encuentra sometido el niño o adolescente¹⁸.

c) Situación de amenaza y/o vulneración proveniente de los padres y/o responsables de la crianza de niños o adolescentes o del propio niño o adolescente (conductas autolesivas)

Finalmente, las medidas de protección también pueden tener como objetivo in-

tervenir en razón de amenazas o violaciones de derechos atribuibles, en principio, a los padres, la familia, representantes legales o bien provenientes de la propia conducta del niño. En estos casos, la intervención de los Servicios de Promoción y Protección debe apuntar a modificar conductas de relaciones familiares, siendo necesario realizar una exhaustiva evaluación de la situación del niño y su grupo familiar conviviente, otorgándoles a éstos una amplia participación para decidir los cursos de acción a seguir.

Este tipo de intervención, como sucede en definitiva en todas las que estuvimos exponiendo, requiere de una fuerte decisión política de crear, diseñar y ejecutar diferentes acciones positivas a los fines de dar respuestas concretas a estas necesidades. En este caso que involucra una clara conflictiva familiar, a través de instituciones públicas o privadas –con control público– que brinden servicios de contención, apoyo y seguimiento de las relaciones familiares disfuncionales, con el objeto de introducir en las familias cambios radicales y positivos en la interacción entre sus miembros.

3.2 Pasos a seguir en la implementación de las medidas de protección integral de derechos

Considerando lo expuesto hasta aquí, enmarcado básicamente en las normas procedimentales y de fondo contenidas en la Ley 13.298 y su reglamentación, compartimos en la página siguiente un gráfico que, a modo ilustrativo, sirve de guía práctica. El mismo detalla los distintos pasos o actos del proceso administrativo a seguir ante una situación de amenaza y/o vulneración de derechos de un niño y, en su caso, qué medidas de protección integral de derechos se podrían implementar.

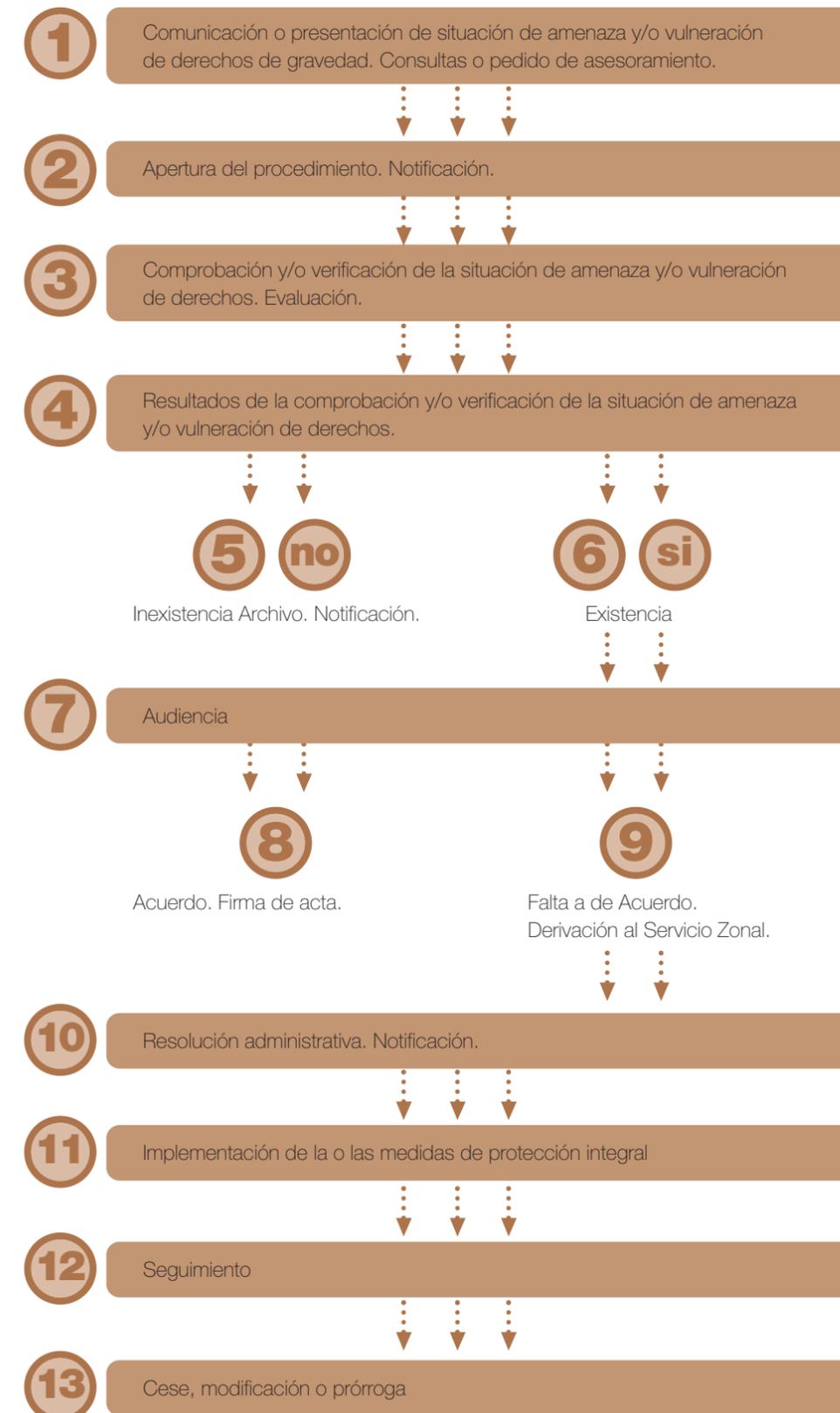
A continuación se explican, brevemente, cada uno de estos eslabones que integran un determinado iter o proceso administrativo y que, a modo de “piso mínimo”, intentan construir una cierta legalidad en los procesos en los cuales se dictan medidas de protección integral de derechos, so pena de caer en la vieja y criticada discrecionalidad; que esta vez sería a instancias del administrativo y no del judicial.

1) Comunicación o presentación de la situación de amenaza y/o vulneración de derechos

Tal como lo hemos adelantado, la comunicación, presentación o denuncia de la situación de amenaza y/o vulneración de los derechos de un niño puede provenir de particulares, organismos –públicos¹⁹ o privados– como de los propios afectados.

Esta exteriorización puede ser realizada en forma escrita mediante la remisión vía fax, o bien de manera verbal ante el Servicio de Promoción y Protección, no debiendo sujetarse a formalidad alguna²⁰.

De manera especial, la reglamentación de la Ley 13.298 establece que los Servicios de Promoción y Protección deben ser informados de la denuncias contempladas en la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (Ley 12.569), en aquellos casos donde la víctima fuese un niño o adolescente, a los efectos de ofrecer a la autoridad judicial la aplicación de las medidas de protección de derechos de los incisos a, b, c, d, e, f y g dispuestas por el artículo 35 de esta ley y, si fuera necesario, proveer los re-



cursos para la aplicación del inciso e del artículo 7 de la Ley 12.569, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales de Familia para conocer tales denuncias y proceder de acuerdo a lo establecido en el mismo artículo 7 de la Ley de Violencia.

Todo ello, sin perjuicio de la pertinente intervención de las autoridades judiciales departamentales del fuero penal cuando la denuncia tenga por objeto la supuesta comisión de un delito²¹.

Relacionado con este entrecruzamiento normativo entre la Ley de Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes y La ley de protección contra la Violencia Familiar, cabe señalar que en el ámbito nacional se ha sancionado el 11/03/2009, la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que trae consigo varias modificaciones de índole procedimentales. Si bien esta ley invita a las provincias a adherirse a ella, cuestión que no ha acontecido hasta la elaboración de este trabajo, lo cierto es que si ello sucediera esta armonización entre ambos campos temáticos –derechos de infancia y violencia familiar– se vería complejizada por el tratamiento diferenciador centrado en el género, es decir, si son niñas y adolescentes mujeres o niños o adolescentes varones.

1.1) Consultas y asesoramientos

Puede suceder que organizaciones (gubernamentales o no) como así también particulares, se limiten a realizar una mera consulta o solicitar asesoramiento ante el Servicio de Promoción y Protección sobre algún tema vinculado a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este caso, y siempre que la solicitud no involucre una situación de clara amenaza y/o vulneración de derechos en los que se requiera la actuación del propio Servicio, una vez prestado el asesoramiento debiera dejarse constancia de esta actuación que sólo consistió en evacuar una consulta, procediéndose al archivo de estas breves actuaciones.

2) Apertura del procedimiento

Recibida la comunicación, presentación, denuncia o conocimiento de oficio sobre una situación de amenaza y/o vulneración de derechos de un niño, el equipo técnico del Servicio de Promoción y Protección deberá proceder a la apertura del procedimiento de protección a los fines de constatar la situación planteada, y en su caso, adoptar las medidas que se consideren necesarias para hacer cesar la amenaza, restituir los derechos que están siendo vulnerados y/o reparar sus consecuencias.

A tales efectos, deberá abrirse un expediente administrativo en donde consten los hechos comunicados y denunciados o los que se hayan tomado conocimiento de oficio, el derecho aplicable y las acciones a implementar, previa verificación y comprobación de la situación. Todo ello implica un acto que debe estar motivado y debidamente fundado.

2.1) Notificación de la apertura del procedimiento

La apertura del procedimiento de protección se debe notificar a los interesados, es decir, al niño, padres, tutores, guardadores o personas a cargo del cuidado del primero, y en su caso, al responsable del área, dependencia o instancia –de la adminis-

tración, por lo general– que por acción u omisión causa la situación de amenaza y/o vulneración, como por ejemplo el director de la escuela, del hospital, el registro civil, etc. Con la notificación de la apertura del procedimiento administrativo se les informará a las personas involucradas que deberán comparecer ante el Servicio de Promoción y Protección a efectuar las alegaciones y/o aportar pruebas, datos, informes y documentación que estimen conveniente.

Tanto la apertura del procedimiento como su notificación resultan indispensables para resguardar el derecho a la información como así también, el derecho de defensa sobre quien/es recae/n la denuncia. Estos actos están perfectamente regulados en el artículo 37 del Decreto 300/05 que reglamenta la Ley 13.298, donde se establecen los diferentes requisitos y pasos que deben seguir los Servicios de Promoción y Protección al recibir una denuncia. Si bien en este articulado no se alude de manera expresa a la notificación a todos los interesados, ello queda sobreentendido, ya que no se podría comprender como éstos deben comparecer ante el Servicio si no se anotan de la apertura del procedimiento administrativo.

Por otra parte, si bien el artículo 37 del Decreto 300/2005 prevé en forma expresa la posibilidad de que el Servicio solicite informes, documentación y realización de de exámenes médicos entre otras acciones que se le podría petitionar a los organismos público o privados, lo cierto es que también se los puede citar a los fines de que comparezcan ante ellos (conf. artículos 37.5 y 37.7, Decreto 500/2005).

Además, tanto la apertura del procedimiento como la posterior resolución sobre la situación, deberán ser comunicadas al área, entidad o a la persona que haya incoado, presentado y/o derivado el caso, en tanto esta actitud constituye una buena práctica para que quien se ha comprometido con la situación de vulneración planteada tome conocimiento sobre la marcha del proceso y la respuesta dada por el Servicio de Promoción y Protección. De lo contrario, si quien se ha involucrado de manera comprometida con un conflicto, poniendo en conocimiento ante el organismo administrativo especializado una situación de amenaza o violación de derechos de niños, niñas o adolescentes, no se entera –mínimamente– sobre la marcha del proceso, descreerá de la intervención de aquel y vedará la posibilidad de que la comunidad o quien se trate sea uno de los tantos canales para la exteriorización de un problema y la consecuente rápida actuación para poner fin a una situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, el Servicio de Promoción y Protección tiene el deber de expedir un certificado de actuación en el que se deja constancia de la intervención realizada, sus alcances y resultados, considerando la necesidad y finalidad del mismo para coordinar acciones entre los diferentes Servicios –si es que actúan más de uno– y la Asesoría de Incapaces²².

3) Comprobación y/o verificación de la situación de amenaza y/o vulneración de derechos

Dispuesta la apertura de las actuaciones, el equipo técnico del Servicio Promoción y Protección debe llevar adelante la evaluación y verificación de la existencia de la situación de amenaza y/o vulneración de derechos expuesta ante el organismo administrativo, pudiendo a tales efectos disponer de todas aquellas medidas y acciones que le permitan contar con mayores elementos de información.

Para ello, el Decreto 300/2005 dispone, como primer paso, que el equipo técnico del Servicio de Promoción y Protección dentro de las 48 horas de haber tomado conocimiento de una petición, y en el marco de su actuación de oficio, cite al niño, sus familiares, responsables y allegados involucrados, a una reunión, la cual debe fijarse dentro de las 72 horas siguientes. Luego de escuchar a todos los intervinientes, y en su caso, evaluados los elementos de análisis aportados por las partes u obtenidos por el propio Servicio de Promoción y Protección, se intentará alcanzar un acuerdo sobre el plan de protección del niño, si es que ello corresponde por la situación planteada. Todas estas actuaciones deben quedar asentadas en un acta²³, donde además se dejará constancia de las diligencias a efectuarse, el responsable de diligenciarlas, el plazo otorgado y la fecha de la próxima audiencia respecto de la cual todos los firmantes quedarán notificados en ese mismo momento.

Cabe destacar que el Servicio de Promoción y Protección está facultado para poder fijar las audiencias que considere necesarias para un mejor abordaje, solución y seguimiento de cada caso, debiendo observarse en cada una de ellas los principios generales enunciados que responden a la garantía del debido proceso.

Tal como se adelantó, el Decreto Reglamentario 300/2005 otorga al Servicio de Protección amplias facultades para recabar de los organismos públicos y privados y bancos oficiales o particulares, informes y antecedentes y solicitar certificados sobre hechos concretos atinentes a las causas en que intervengan, debiendo los mismos evacuar estos pedidos dentro del término de cinco días. Además, de manera expresa habilita a requerir la intervención de organismos públicos para la realización de estudios, diagnósticos, análisis y toda práctica que pudiere aportar elementos para la resolución del caso, por indicación de cualquiera de los miembros de su equipo técnico, y con el asentimiento de la persona respecto de las cuales se practicarán, debiendo indicar el organismo requerido la modalidad de abordaje y el ámbito adecuado para su derivación²⁴.

Esta etapa de comprobación y/o verificación de la situación que el Servicio de Promoción y Protección ha tomado conocimiento, resulta de fundamental importancia para desestimar todo tipo de denuncias inverosímiles y/o improcedentes por no resultar de su competencia, a fin de evitar una intromisión indebida en la vida de los niños y sus familias con las consecuencias que ello conlleva en la afectación de sus derechos, como pueden ser a la intimidad, dignidad y no discriminación, entre otros.

3.1) Evaluación

La evaluación que se realice durante la etapa de comprobación y/o verificación de la situación debe estar guiada por determinadas consignas sobre el modo de actuación que los Servicios de Promoción y Protección deben tener en cuenta, tales como dejar expresamente señalados y visibilizados los objetivos, modalidad y resultados de la evaluación y, en su caso, la estrategia o plan de intervención a implementar de acuerdo al resultado de la evaluación.

3.1.a) Derechos a ser respetados durante el proceso de evaluación

- Obligación de difundir entre los niños y adolescentes, de forma clara y de conformidad con su edad, los derechos de los cuales son titulares así como los procedi-

mientos que aplica el Servicio de Promoción y Protección cuando un derecho es amenazado o violado por la familia, el Estado o terceros de acuerdo con los procedimientos formulados en el Decreto 300/05 y con la Ley 12.569 de Protección Contra la Violencia Familiar²⁵.

- Obligación de respetar los derechos de los padres, tutores y/o guardadores del niño a ser escuchados, debiendo ello quedar documentado en el informe de la propuesta mediante la correspondiente acta de comparecencia; quienes podrán ir acompañados de un abogado y/o persona de su confianza.

- Obligación de respetar el derecho del niño a ser escuchado y a tener en cuenta su opinión, debiendo ello quedar documentado mediante un acta e incorporado al informe de propuesta.

- Completar el estudio y/o evaluación de la situación con informes sociales, médicos, pedagógicos u otros que se consideren relevantes para tener cabal conocimiento sobre la situación de amenaza y/o vulneración de derechos del niño que ha sido planteada²⁶.

- Comunicar a los padres, tutores, guardadores y al niño sobre el resultado del o los estudios y/o evaluación/es (devolución técnica). Esta comunicación deberá quedar documentada en el correspondiente expediente administrativo a través de la respectiva acta de diligencia de comparecencia incorporada al informe de propuesta que realice el equipo técnico²⁷.

Si bien la normativa no lo contempla en forma expresa, entendemos que en los casos en que algunos de estos principios no hayan podido ser observados, deberán quedar expresamente aclarados y fundados los motivos de tal omisión. Esta consideración tiene como objetivo promover que el equipo técnico de los Servicios de Promoción y Protección agote las posibilidades de abordaje de la situación para su cumplimiento, evitando que sea tomado como un mero requisito formal. De este modo, se pretenden soslayar situaciones en las que el padre de un niño no se presente por mostrar resistencias y/o miedo a la intervención, y frente a ello se procede sólo a dejar constancia de esta situación sin el debido trabajo y abordaje previo que la situación amerita por parte de los profesionales del equipo técnico, quienes deben estar capacitados para promover y así posibilitar dicha presentación y consecuente participación.

3.1.b) Objetivos de la evaluación del caso

- Recabar información sobre el niño (edad, filiación, documentación, nacionalidad, escolaridad) y su grupo familiar.

- Profundizar sobre la situación planteada, destacándose los derechos amenazados y/o vulnerados.

- Identificar los factores que pueden haber contribuido a la aparición de la situación de amenaza y/o vulneración de derechos y los factores que están contribuyendo a su mantenimiento.

- Delimitar los aspectos conflictivos, precisando cuáles son las modificaciones que se deben promover para garantizar el cese de la amenaza y/o la restitución de derechos.

- Destacar los derechos a garantizar y/o satisfacer del niño, y los de su familia.

- Observar los recursos actuales del niño y de su grupo familiar nuclear y extenso

(conf. artículo 7 del Decreto 415/2006 que reglamenta la Ley 26.061 aplicable al ámbito provincial en estudio), como así los potenciales recursos que ellos podrían adquirir con la pertinente colaboración activa de profesionales especializados.

- Determinar el tipo de intervención que resulte más adecuada, los recursos que se requieren para lograr el cese de la amenaza y/o restitución de derechos y el tiempo de duración de este trabajo.
- Establecer el diseño de la estrategia de intervención a seguirse en la situación.

3.1.c) Aspectos o contenido de la evaluación o del estudio del caso

El estudio de la situación supone distintas evaluaciones de diferente naturaleza, exigiéndose una mirada interdisciplinaria, para lo cual es recomendable que los profesionales del equipo acuerden un protocolo o instrumento sobre la base de los siguientes aspectos elementales:

- Evaluación de la situación de amenaza y/o vulneración de derechos. Para ello se debe partir de la causa de la situación conflictiva presentada o puesta en conocimiento al Servicio de Promoción y Protección y conocer en qué consiste la amenaza y/o vulneración de derechos y los motivos. Se deberá tener particular atención en quién denuncia, es decir, de dónde proviene –organismo o persona física– y si éste puede ser un recurso para acompañar a el o los involucrados en el proceso.

- Evaluación familiar y del ámbito comunitario de pertenencia. Se trata de conocer el contexto en el que el niño se desarrolla y en el que se está observando la situación de amenaza y/o vulneración de derechos. Se debe recoger y valorar la información acerca de: las condiciones sociales, económicas y culturales; evolución del sistema familiar; modo en que han afrontado los momentos evolutivos y problemas experimentados; la dinámica de las relaciones entre los distintos miembros de la familia; la interacción entre la familia y la comunidad; las fuentes de apoyo; y cualquier otro aspecto que guarde relación con la situación conflictiva por la que se atraviesa.

- Evaluación del niño: se pretende conocer las características del niño que puedan estar interactuando con la situación de amenaza y/o vulneración de sus derechos y las que puedan contribuir al cese y/o restitución, como así también los efectos de la situación. Se deberían evaluar aspectos tales como: antecedentes significativos en su historia, desarrollo físico, cognitivo, emocional y social, su interacción a los distintos contextos de desarrollo (familia, escuela, amigos, entorno comunitario) y cualquier otro aspecto que guarde relación con la situación que está atravesando de acuerdo a lo manifestado por el niño.

- Evaluación sobre las posibles alternativas de intervención. Uno de los principales objetivos de la evaluación consiste en indagar y diseñar cuáles son las medidas y/o recursos hábiles para hacer cesar o disminuir la amenaza y/o restituir los derechos. En tal sentido, se evaluarán: las experiencias previas de la familia con los sistemas de protección y/o ayuda, como los resultados de ellas; la percepción de la familia de la situación, y la percepción y posición del niño respecto de la situación y de las posibles alternativas; condiciones especiales (familiares, legales, médicas, educativas, socio-culturales) que pueden influir en la elección de la medida y/o recurso. En este aspecto, es importante tener en cuenta el punto de comunión entre los recursos que se consideran necesarios

para reparar la situación de amenaza y/o vulneración de derechos y aquellos recursos familiares, comunitarios o de otra índole con los que se cuenta para el abordaje de la situación, a los efectos de evitar el diseño de una alternativa de intervención que luego resultare de difícil o nula implementación, pudiendo provocar el fracaso de los objetivos pretendidos y el consecuente dispendio de tiempo y recursos.

3.1.d) Estrategia o plan de intervención

Como adelantamos y aquí reiteramos, siempre y cuando se haya comprobado la existencia de una situación de amenaza y/o vulneración de derechos del niño, uno de los puntos centrales de la evaluación es su conclusión, es decir, la o las estrategias que se consideran adecuadas para la rápida restitución y/o reparación de los derechos amenazados y/o vulnerados, lo cual implica la planificación y organización de una intervención particularizada con el niño y su familia y/u otros referentes afectivos y/o comunitarios.

En este sentido, elaborar la estrategia del caso supone una sucesiva toma de decisiones que afectan al niño y a su familia. Es de presumir que si hubo una mayor participación en el proceso por parte de los principales involucrados y consecuente empatía con los profesionales intervinientes, mayor también será la probabilidad de que ellos acepten la o las estrategias diseñadas. De este modo, protagonismo, participación, inclusión e involucramiento constituyen algunos de los pilares en pos de alcanzar una resolución del caso sostenida y sustentable. La participación no certifica, necesariamente, que se esté de acuerdo o se consienta con la estrategia establecida; pero de mínima, exige informar al niño y a su familia del proceso que se está llevando a cabo, así como tener debidamente en cuenta las opiniones y perspectivas de todos ellos.

La estrategia de restitución y/o reparación de los derechos deberá contener de manera detallada todos los elementos necesarios para la puesta en marcha de la intervención, como así también, para su seguimiento, permitiendo observar la evolución y desarrollo del niño y de las características de la familia.

En consonancia con lo expresado, el diseño de la estrategia de intervención deberá contar –al menos– con los siguientes elementos:

- El motivo de la intervención: la identificación de aquellos derechos amenazados y/o vulnerados significativos, de relevancia o de mayor envergadura, que emergen como causantes de la necesidad de intervención; la acción u omisión que la origina y a quien o quienes se les atribuye tal acción u omisión: organismos gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil o particulares, principalmente progenitores, tutores, guardares o demás familiares, pudiendo ser más de uno.

- Los objetivos de la intervención: la preservación o restitución al niño del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

- Los recursos mínimos para la consecución de los objetivos, concretando el tipo de medidas más adecuadas, la finalidad que se persigue con ellas y la secuenciación e interacción de las diferentes medidas y recursos, de acuerdo a la situación particular: apoyo económico, educativo, terapéutico, etc. para el niño y su familia.

- Las diferentes actuaciones o intervenciones necesarias para alcanzar tales recursos.

- En los dos puntos anteriores deben tenerse en cuenta los principios establecidos

por la Ley 13.298 en sus artículos 3, 4 y 33 a 36.

- Previsión del periodo de tiempo durante el que se extenderá la intervención.
- La forma o modalidad en que se llevará a cabo la estrategia de intervención y su seguimiento, señalando los momentos y/o tiempos previstos para su revisión.
- La posibilidad de establecer estrategias de intervención alternativa, en el supuesto de que se prevean cambios o dificultades que puedan impedir el desarrollo o continuación de la estrategia de abordaje primaria.
- La documentación referente a resoluciones administrativas y/o judiciales previas, en el caso de que ellas existieran, así como acuerdos y compromisos de los actores implicados en la situación: progenitores, tutores, guardares, familiares, el niño, referentes de la comunidad, o de programas y servicios, etc.

4) Resultados de la comprobación y/o verificación de la situación de amenaza y/o vulneración de derechos

El resultado de la evaluación realizada a los fines de comprobar y/o verificar la situación de amenaza y/o vulneración de derechos deberá plasmarse en un informe que dé cuenta de todas las acciones realizadas, el cual se agregará a las actuaciones o al expediente administrativo.

De la evaluación realizada pueden desprenderse dos resultados: que se verifique la existencia de una situación de amenaza y/o vulneración de derechos de un niño, o bien que ello no se compruebe.

5) Inexistencia de situación de amenaza y/o vulneración de derechos

Si la evaluación de la situación arrojara por resultado la inexistencia de amenaza y/o vulneración de derechos se procederá, mediante la pertinente resolución administrativa, al archivo de las actuaciones, la que deberá notificarse a los interesados.

De igual modo corresponde actuar cuando, en un principio, si se consideró que se estaba ante una situación de amenaza y/o vulneración de derechos pero ella no se mantuvo o bien fue revertida durante el proceso de evaluación.

6) Existencia de situación de amenaza y/o vulneración de derechos

Si de la evaluación del caso el informe determina la existencia de una situación de amenaza y/o vulneración de derechos del niño, considerándose necesaria la adopción de una o varias medidas de protección integral de derechos, el equipo técnico del Servicio de Promoción y Protección deberá deliberar a fin de alcanzar un acuerdo sobre el plan-estrategia para la protección de los derechos del niño, de acuerdo a lo manifestado en el punto 3.1.d. Realizará esto luego de escuchar y haber dado participación a todos los intervinientes y, en su caso, evaluado los elementos de análisis aportados por las partes u obtenidos por el Servicio de Promoción y Protección²⁸, o bien, definida por éste la estrategia o plan de intervención. Todo ello deberá ser de inmediato notificado a los interesados mediante el trámite de audiencia.

Al respecto, se debe destacar la previsión del Decreto Reglamentario 300/2005 que establece que el plan sea propuesto por el grupo familiar, debiendo el mismo ser expuesto ante el equipo técnico, quien evaluará si contempla la modificación de la situación que dio lugar a la denuncia. En caso de que así sea, el equipo del Servicio

de Promoción y Protección dará su acuerdo y se firmará el acta respectiva, siendo responsabilidad del Servicio el seguimiento de los acuerdos y la asignación de los recursos apropiados o la gestión de los mismos para el cumplimiento del plan²⁹.

Por su parte, se establece que en caso de que existiera falta de acuerdo sobre los pasos a seguirse, se podrá contar con el apoyo de los distintos programas y acciones con el objeto de lograr el cese de la amenaza o violación de derechos del niño. Y en el supuesto de que ninguno de los miembros del grupo familiar asumiera responsabilidades concretas que modifiquen la situación, el Servicio de Promoción y Protección deberá insistir en la necesidad de tomar decisiones e informar a la familia de que si eso no ocurriera requerirá la intervención de la autoridad judicial competente³⁰. Esta sería una de las tantas situaciones que podrían requerir la doble intervención administrativa-judicial a través del llamado “control de legalidad” ante la decisión extrema por parte de los Servicios de Promoción y Protección de separar al niño de su familia.

7) Audiencia

La audiencia tendrá por finalidad poner en conocimiento de los interesados el resultado de la evaluación, el plan o estrategia de intervención y las consecuentes medidas de protección integral aconsejables ante la situación planteada. La audiencia tiene una clara finalidad de dar participación y protagonismo a las personas involucradas y, en su caso, la viabilidad de arribarse a acuerdos de compromisos si ello fuera posible.

La notificación de la audiencia debe efectuarse por cualquier medio que permita constatar la recepción, o bien en forma personal.

En caso de incomparecencia o que haya sido devuelta la notificación por tratarse de un domicilio desconocido, se dará por cumplido el trámite de audiencia, dejándose constancia sobre los motivos por el cual dicho acto no se llevó a cabo, procediéndose en su caso a la adopción de las medidas de protección integral adecuadas mediante la correspondiente resolución administrativa.

8) Acuerdo

Si el equipo técnico del Servicio de Promoción y Protección, el niño y los padres y/o referentes afectivos de éste lleguen a un acuerdo respecto de la/s medida/s de protección integral de derechos a implementar, se deberá dejar constancia de ello en las pertinentes actuaciones administrativas, mediante la confección del acta correspondiente y del dictado de una resolución donde constará la/s medida/s de protección consensuada/s.

9) Ausencia de Acuerdo. Derivación al Servicio de Protección Zonal.

Si el equipo técnico del Servicio de Promoción y Protección, el niño y los padres y/o referentes afectivos de aquél no arriban a un acuerdo respecto de la medida de protección integral de derechos a ser adoptada, es decir, el niño –cuando tiene madurez para ello– y/o sus representantes legales no prestan acuerdo al plan diseñado con el Servicio de Promoción y Protección interviniente, éste deberá derivar el caso al Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos, debiendo ponerlo en conocimiento en forma inmediata sobre todos los antecedentes del caso³¹.

En este supuesto, la comunicación al Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos debe hacerse efectiva dentro de las 72 horas, para que emprenda las acciones que le caben. En este último caso, deberá darse intervención al asesor de incapaces y al juez de familia competente en los términos previstos en el inciso h del artículo 35 de la Ley 13.298 según la modificación introducida por la Ley 13.634.

A tales efectos, el Servicio de Promoción y Protección Zonal elaborará una propuesta mediante la pertinente resolución administrativa y la comunicará al Servicio de Promoción y Protección local, el cual citará al niño, sus familiares, responsables y allegados involucrados a una audiencia con el equipo técnico del mismo, dentro de las 72 horas siguientes a los fines de transmitirle y/o notificar la propuesta y/o resolución efectuada por el Servicio Zonal³².

Por su parte, puede ocurrir que se den casos en que el Servicio de Promoción y Protección local dé notificación y/o aviso al Servicio Zonal para que considere y resuelva en consecuencia, siempre que se encuentren agotadas las vías disponibles para solucionar la conflictiva planteada. En ese caso, se deberá dar intervención al asesor de incapaces, quien accionará para obtener las diligencias jurisdiccionales que faciliten la continuidad de la intervención administrativa³³. Por ende, se advierte la importancia de lograr una muy buena relación entre los órganos administrativos y judiciales, ya que en algunos supuestos deberán llevar adelante acciones en forma conjunta a los mismos fines: la efectiva protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

10) Resolución administrativa

La resolución mediante la cual se adopta una medida de protección integral de derechos debe estar debidamente fundada, con una completa relación entre los hechos y los fundamentos de derecho que justifiquen la decisión adoptada.

La motivación de la decisión deberá incluir las razones por las cuales las medidas y actuaciones de protección acordadas resultan adecuadas a los intereses del niño, niña o adolescente. Excepcionalmente, cuando haya motivos por los cuales no sea posible incluir en la resolución toda aquella información que conste en los informes incorporados al expediente, se hará una remisión a su contenido.

Asimismo, la motivación de la resolución debe explicitar las razones que fundamentan la adopción de la medida permitiendo la supervisión posterior de la decisión.

La parte dispositiva de la resolución deberá expresar la procedencia o no de la adopción de medidas, la descripción de la medida de protección a ser adoptada, y su plazo de duración y revisión.

La resolución deberá ser notificada por escrito al niño, niña y/o adolescente, los progenitores, tutores, guardadores o a quienes se encuentren viviendo con los primeros.

La notificación incluirá la copia de la resolución para que los interesados tomen conocimiento de los términos de la decisión y cuenten con la documentación pertinente por si la pretenden impugnar.

Teniendo en cuenta la edad, madurez y/o desarrollo evolutivo del niño y sin perjuicio de la notificación por escrito, la resolución se notificará verbalmente al niño, niña y/o adolescente en un lenguaje apropiado y comprensible para él, para lo cual se lo convocará a una audiencia haciéndole saber previamente su derecho de asistir

con un abogado en los términos expresamente previstos por el artículo 27 de la Ley 26.061, si es que no intervino de este modo desde el comienzo del proceso administrativo. En este caso, el plazo del niño para impugnar la resolución se contará a partir de la fecha de la audiencia en la que se lo notifica de este acto.

11) Implementación de la medida y 12) Seguimiento

Consentida o encontrándose firme la resolución administrativa que dispone la adopción de la/s medida/s de protección integral adecuada/s para hacer cesar la amenaza que pesa sobre el ejercicio de los derechos por parte del niño/a o adolescente, o bien la restitución de ellos frente a una situación de vulneración y la rápida reparación de sus consecuencias negativas, el Servicio de Promoción y Protección procederá a dar inicio a las acciones necesarias y pertinentes para su implementación.

Durante el curso de ejecución de la medida, dicho Servicio deberá implementar el conjunto de acciones que van a dar lugar al seguimiento de ella, las que tendrán por objeto las siguientes finalidades: a) verificar los avances en la situación, b) evaluar la necesidad de realizar ajustes de estrategias para alcanzar los resultados previstos, c) identificar las limitaciones y dificultades y d) lograr el cumplimiento de los acuerdos o pautas dadas en favor del niño/a o adolescente y, en caso de no estar cumpliéndose, recomendar soluciones.

A tal fin, el Servicio de Promoción y Protección de Derechos podrá utilizar determinados mecanismos para el seguimiento de la situación, tales como: visitas periódicas; solicitud de informes a los profesionales o representantes de instituciones, sea en razón de un tratamiento especializado o por un seguimiento específico de acuerdo a las coordinaciones realizadas con ellos; reuniones con los interesados involucrados para evaluar el cumplimiento de los acuerdos adoptados o pautas dadas; u otros que se consideren acordes con la situación.

Los plazos de seguimiento deben establecerse en concordancia con la naturaleza y complejidad de la situación planteada.

13) Cese, revocación, prórroga o modificación de la medida de protección de derechos

Las medidas de protección cesan por su caducidad, es decir, al cumplirse el plazo previsto en forma expresa por la resolución que las dispuso. Antes de ese tiempo, pueden ser revocadas si existiere un cambio de circunstancias que resulten favorables para el niño, niña y/o adolescente, dando lugar al cese y/o reparación del derecho amenazado y/o vulnerado.

Si fuera necesario prorrogar o modificar la/s medida/s, ello deberá ser mediante el respectivo acto administrativo, plasmado en una resolución de manera fundada, y de acuerdo a lo expresado al respecto, consignándose en la parte dispositiva la procedencia del cese, prórroga o modificación de la medida y, en su caso, el plazo de duración previsto.

4 • Consideraciones finales

Este nuevo contexto normativo que impera en la provincia de Buenos Aires – como así en todo el país– en materia de protección a la infancia y adolescencia, nos

obliga a deconstruir y reconstruir una nueva institucionalidad con prácticas y actores bien diferentes a los tradicionales. El llamado Sistema de Promoción y Protección de Derechos involucra nuevos aires y rumbos tanto de fondo como de forma. En este trabajo quisimos exponer, de manera sintética, algunos de los tantísimos cambios procedimentales que se deberían receptor. Sólo de esta manera, con modificaciones concretas, podremos sortear uno de los principales problemas de las leyes de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes: ser más que un texto con buenas intenciones.

En esta etapa de transición hacia un nuevo sistema normativo, resulta indispensable redefinir y rediseñar roles, actuaciones, compromisos, formas y modalidades. Para lograr este objetivo, los aspectos procedimentales no pueden quedar al margen. Todo lo contrario, son más que necesarios para pasar de buenas intenciones a buenas prácticas. Así también, de manera paralela, adquiere gran importancia establecer y delimitar estándares mínimos que fomenten el respeto y promoción de los derechos y garantías que tienen los niños frente a las intervenciones del Estado, sólo cuando éste debe actuar.

Como se suele decir, “el pasado nos condena”. Este pasado de intervencionismo discrecional, iatrogénico y discriminador nos ha enseñado que establecer ciertas pautas procedimentales claras es más que necesario.

En consonancia con ello, hemos intentado desentrañar en este espacio algunas de las tantas cuestiones de índole procesales que involucra el Sistema de Promoción y Protección de Derechos, esperando que constituya un aporte práctico concreto para la aplicación de un nuevo modelo de protección asentado en el respeto por los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

En suma, el objetivo principal que subyace en este trabajo es evitar que la Ley de Protección Integral de Derechos, secundada por otras legislaciones acordes con ella, sea una “mera etiqueta” detrás de la cual persistan prácticas tradicionales. En otras palabras, y como bien lo sintetiza Mary Beloff: *“Para lograr mayor respeto y vigencia de todos los derechos fundamentales se requiere, por lo menos: a) un Poder Judicial con altísimos niveles de formación, independiente y activo en el mejor sentido de la expresión; b) reformas legales, c) educación jurídica de grado y posgrado que integre en sus planes de estudios la temática vinculada con los menores de edad, d) fundamentalmente, la concreta implementación de políticas públicas que garanticen la protección real y universal de la infancia, e) programas específicos para quienes requieren protección especial. La reforma legal, aún cuando fuera la mejor posible, por sí misma –sin estos otros elementos– no puede operar sino como fuegos artificiales sobre la realidad”*³⁴. Un cambio desde lo procedimental es obligado para evitar que los fuegos artificiales sigan tapando prácticas genuinas y respetuosas de los derechos humanos de aquellos a quienes se les reconoce –al menos en la teoría– un plus de derechos en atención a su mayor grado de vulnerabilidad.

Notas

1 - Promulgada el 14/01/2005 y publicada en BO el 27/01/2005 –ADLA 2005– B, 1819, en adelante Ley 13.298 reglamentada por el Decreto-Ley 300/2005 del 27 de marzo de 2005.

2 - Sancionada el 28/12/2006, promulgada el 18/01/2007 y publicada el 02/02/2007, en adelante Ley 13.634, reglamentada por el Decreto 44 del 18 de enero de 2007.

3 - En adelante “Servicios de Protección Local” o “Servicio de de Protección Zonal”.

4 - Por niños o niño en los términos de la normativa provincial, corresponde entender que en tal concepto incluye no sólo a los niños, sino también a las niñas y adolescentes. En tal sentido, cada vez que se en este trabajo nos referimos a niño o niños debe tenerse en cuenta la presente aclaración.

5 - Esta cuestión no es pacífica en la doctrina y jurisprudencia, tal como se aborda y se profundiza en el trabajo que integra esta obra colectiva cuya autoría pertenece a María Victoria Pellegrini.

6 - Conforme interpretación dada en la Guía de Procedimientos n.º 1. Actuación del Sistema de Promoción y Protección de Derechos del Niño. Guía de Procedimientos n.º 1 para los Servicios de Promoción y Protección de Derechos del Niño. Dirección Provincial de Estrategias de Intervención Territorial, Subsecretaría de Promoción y Protección de Derechos del Niño. Ministerio de Desarrollo Humano del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Material Inédito.

7 - El artículo 33 de la Ley 13.298 fue modificado por el artículo 99 de la Ley 13.634, quedando redactado en los siguientes términos: “Las medidas de protección de derechos son limitadas en el tiempo, se mantienen mientras persistan las causas que dieron origen a la amenaza o violación de derechos o garantías, y deben ser revisadas periódicamente de acuerdo a su naturaleza. En ningún caso una medida de protección de derechos ha de significar la privación de libertad ambulatoria del niño. El cese de la medida proteccional por decisión unilateral del niño, no podrá ser sancionada bajo ningún criterio o concepto. En consecuencia queda expresamente prohibido disponer medidas de coerción contra el niño por razón del abandono del programa”.

8 - “En ningún caso una medida de protección especial ha de significar la privación de libertad ambulatoria del niño” (art. 33).

“El cese de la medida proteccional por decisión unilateral del niño, no podrá ser sancionada bajo ningún criterio o concepto. En consecuencia queda expresamente prohibido a toda autoridad pública requerir medidas de coerción contra el niño por razón del abandono del programa”.

“Ante el abandono de un niño de una medida de protección especial los directores de instituciones públicas o privadas, habrán de limitar su actuación a la solicitud de búsqueda de paradero ante la autoridad correspondiente y a la inmediata comunicación del abandono a la autoridad que dispuso la medida”.

“En ningún caso podrá ordenarse un pedido de captura a través de organismos policiales contra un niño que no hubiere estado privado de libertad ambulatoria por orden del juez competente y en el marco de una causa por infracción al ordenamiento penal”.

“En consecuencia, derógase en este acto toda normativa administrativa (en especial el Decreto 9.102/74 Capítulo VII Actuaciones y procedimientos especiales- Apartado B Inciso 4º “menores fugados del hogar o de lugares donde hubieren sido internados o extraviados” y/o texto ordenados posteriores) que se oponga a la presente, debiendo los organismos de seguridad modificar la normativa interna y las prácticas institucionales en este sentido” (Cf. Artículo 36 Decreto 300/05).

9 - Reglamentadas por el Decreto 300/05 y sobre las que volveremos más adelante.

10 - Cf. Guía de Procedimientos n.º 1. Actuación del Sistema de Promoción y Protección de Derechos del Niño. Guía de Procedimientos n.º 1 para los Servicios de Promoción y protección de Derechos del Niño. Dirección Provincial de Estrategias de Intervención Territorial, Subsecretaría de

Promoción y Protección de Derechos del Niño. Ministerio de Desarrollo Humano del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Material Inédito.

11 - Cf. art. 63, Ley 13.634.

12 - Cf. art. 37.10, Decreto 300/05.

13 - Cf. art. 21.2.2, Decreto 300/05.

14 - Cf. art. 37.11, Decreto 300/05.

15 - En tal sentido, lo contempla la ley cuando expresa que los Servicios de Protección deben desempeñar las funciones de facilitar que el niño que tenga amenazados o violados sus derechos, pueda acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad, pudiendo en los casos en que la problemática presentada requiera de una solución rápida, y que se pueda efectuar con recursos propios, proporcionar la ayuda en forma directa (Cf. art. 18, Ley 13.298).

16 - Cf. art. 37.4, Decreto 300/05.

17 - Cf. art. 37.5, Decreto 300/05.

18 - Esto se corresponde con la responsabilidad gubernamental de otorgar “prevalencia en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos (de los niños) colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas o públicas” (art. 7 in fine, Ley 13.298).

19 - En caso de que la denuncia provenga de la autoridad policial nos remitimos a lo ya manifestado en el punto anterior 3.1. respecto la interpretación adecuada del artículo 37 párrafo último de la Ley 13.298.

20 - Cf. art. 37.1, párrafos 4 y 5, Decreto 300/05.

21 - Cf. art. 37.4, Decreto 300/05.

22 - Cf. 37.3, Decreto 300/05.

23 - Respecto de las actas se establece que todas las que se lleven adelante por parte de los Servicios de Promoción y Protección locales o zonales, deben contar con las formalidades que prescriba la reglamentación que al efecto dictará el Ministerio de Desarrollo Humano, las que serán consideradas instrumentos públicos en los términos de artículo 979 del Código Civil, y con los efectos previstos por los artículos 994 y 995 de dicho cuerpo normativo (Cf. art. 37.2, Decreto 300/05).

24 - Cf. art. 37, puntos 4, 6 (último párrafo), 7 y 8, Decreto 300/05.

25 - Cf. art. 37.4, párrafo primero, Decreto 300/05.

26 - De acuerdo a las facultades que se les otorga a los Servicios de Protección, según los arts. 37.6 y 37.8 del Decreto 300/05 ya mencionadas.

27 - Criterio receptado en el art. 39 de la Ley 13.298.

28 - Cf. art. 37.5, Decreto 300/05.

29 - Cf. art. 39 de la Ley 13.298 y art. 39 del Decreto 300/05.

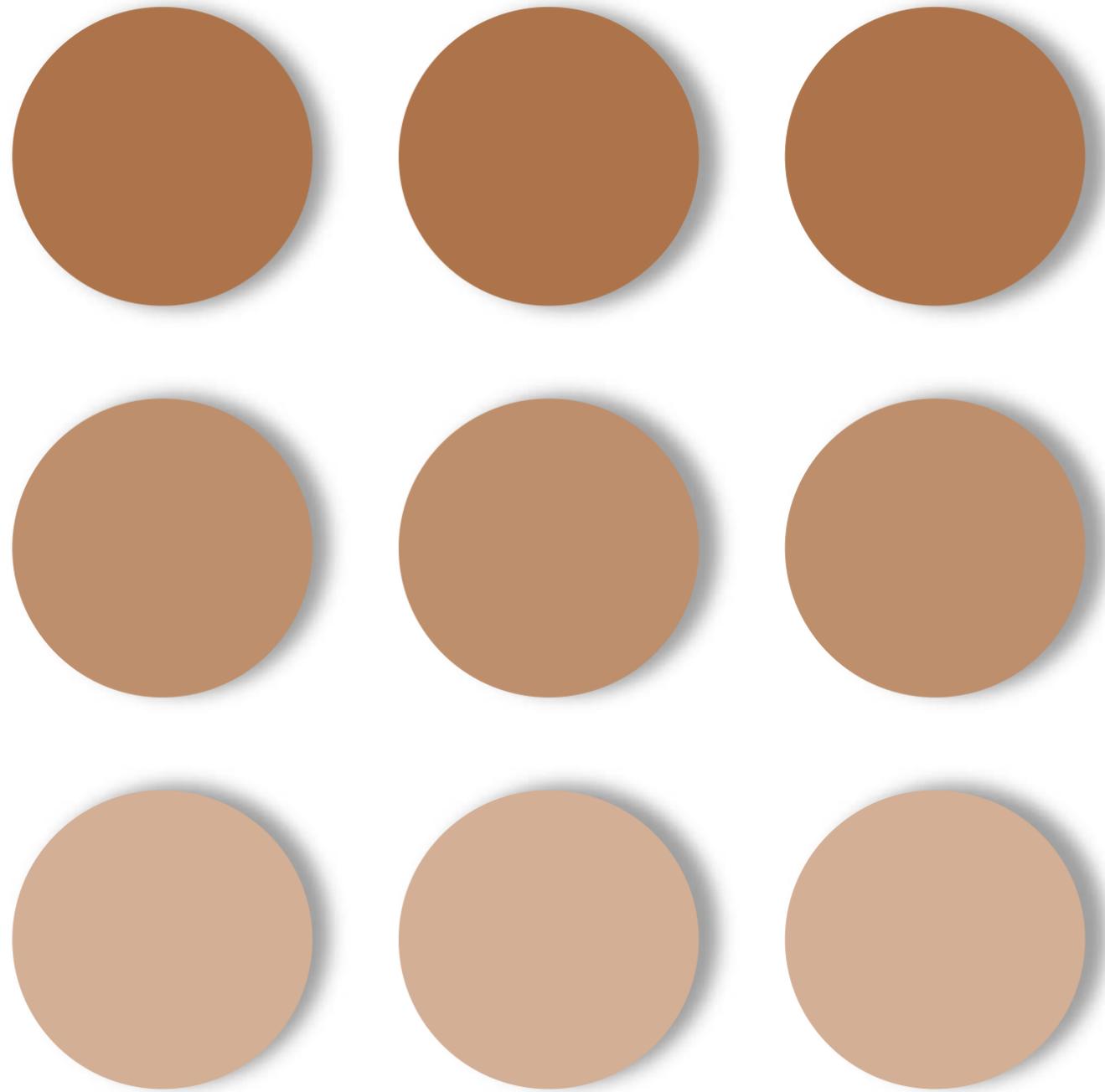
30 - Cf. art. 39, párrafo 2, Decreto 300/05.

31 - Cf. art. 37.9, párrafos 1 y 2, Decreto 300/05.

32 - Cf. art. 37.9, párrafo 4, Decreto 300/05.

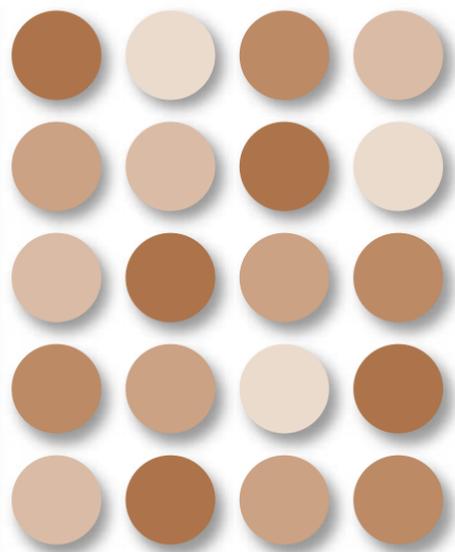
33 - Cf. 37.9, párrafo 5, Decreto 300/05.

34 - Beloff, Mary, “Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina” en Kemelmajer de Carlucci, Aída (directora) y Herrera, Marisa (coordinadora), *La familia en el nuevo derecho. Libro Homenaje a Cecilia Grosman*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pág. 181 y 182.



Tercera sección

El Sistema de Justicia Juvenil
en la Provincia de Buenos Aires



Situación de los adolescentes en el Sistema Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires desde la perspectiva de los datos

Ana Laura López y Silvia Guemureman

Ana Laura López

Licenciada en Sociología (UBA) y becaria doctoral del CONICET. Realizó la Maestría de Investigación en Ciencias Sociales e integra el Observatorio de Adolescentes y Jóvenes y el GESPYDH (Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos) del Instituto Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA.

Silvia Guemureman

Doctora en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, socióloga y especialista en problemáticas sociales infanto-juveniles. Subsecretaria de Gestión en Ciencia y Técnica/UBA. Profesora en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA y en diversos posgrados de universidades nacionales. Investigadora del CONICET con sede en el instituto Gino Germani/UBA.

“Los indicadores son frases que contienen números, justificando y poniendo en pie una acción, o un debate público a propósito de ellos”.

Alain Desrosieres

1 • Introducción

El presente artículo se propone mostrar la evolución de la situación de los adolescentes y los jóvenes en relación a la instancia judicial, desde 1999 hasta el primer semestre del año 2008, pretendiendo a través de este análisis diacrónico capturar el proceso de implementación del fuero penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires¹. Precisamente, al tomar como momento inicial de la serie el año 1999, se aspira a sentar un piso a partir del cual visualizar los movimientos ocurridos, las tendencias que se perfilan y los escenarios que emergen como perspectiva inmediata².

Desde 1999, en la Provincia de Buenos Aires ocurrieron diferentes procesos en materia de niñez y adolescencia. Solo por mencionar los más relevantes baste decir que desde entonces hubo dos leyes destinadas a la protección de la niñez y la adolescencia sancionadas, suspendidas en su aplicación y reivindicadas, aunque con disímil suerte: una derogada, la 12.607³, y otra, la 13.298⁴ luego de muchas vicisitudes, finalmente puesta en vigencia.

Los procesos de reforma legal no están aislados del contexto donde ocurren, ni sus movimientos son independientes de las coyunturas específicas en que transcurren. Dichos procesos, como otros tantos de carácter social, reflejan aspectos del entramado social en toda su historicidad, es decir, con actores concretos, sectores determinados, intereses contrapuestos y, extensivamente, dan lugar a un juego de interrelaciones e interdependencias recíprocas que configuran escenarios muchas veces de difícil comprensión. A esta complejidad es a la que el análisis social pretende contribuir a través de la elucidación de las lógicas de los supuestos que operan y que se traducen en ocurrencias que deben ser restituidas al contexto para honrar su comprensión.

En ese sentido, el Observatorio de Adolescentes y Jóvenes realiza tareas de monitoreo social, institucional, judicial, policial, administrativo y penitenciario sobre las agencias de control social de la población de adolescentes y jóvenes⁵. Desde el inicio, y desde una perspectiva orientada a controlar, auditar y monitorear el despliegue y funcionamiento real de dichas agencias de control social penal, este Observatorio se propuso mirar tanto las instituciones de control social que reproducen la exclusión,

como las estrategias que éstas despliegan sobre los adolescentes y jóvenes intervenidos.

Sin embargo, es necesario poner de manifiesto, una vez más, que este tipo de análisis tanpreciado para el diseño de políticas públicas y tan necesario para la instrumentación de dispositivos que adecuen la implementación de los programas a las prerrogativas contenidas en su diseño inicial, ora corrigiendo, ora profundizando, ora introduciendo modificaciones, ya sea leves o importantes en los rumbos de acción, es muy difícil de realizar sin el auxilio de datos de respaldo, entre los que las estadísticas y los registros institucionales constituyen un insumo indispensable, más allá de la devaluación que en el último tiempo vienen sufriendo las cuestionadas estadísticas y cifras oficiales.

Tal como fue expresado en otras oportunidades⁶, la falta de información redundante en una nueva vulneración de derechos en que los adolescentes y jóvenes terminan siendo destinatarios de políticas de seguridad que con bases endeble y sustentos poco sólidos estipulan más penas, más restricciones y menos garantías. Se recrea así una suerte de discrecionalidad según la cual se puede afirmar virtualmente cualquier cosa sobre los jóvenes: que son más violentos, que cometen delitos a edades más tempranas, que son más peligrosos, y otras aseveraciones del mismo carácter, aun sin respaldo de información o registros empíricos que validen esas afirmaciones, que así se convierten en profecías autocumplidas.

2 • Fuentes de información

El presente artículo fue escrito utilizando como base las estadísticas del INDEC⁷ para la caracterización sociodemográfica de la población de niños y adolescentes en la provincia de Buenos Aires, datos que reconocen en el Censo del 2001 su relevamiento. Dado que a poco de realizado el censo se produjo en la Argentina una crisis de características sociales muy relevantes, en los años posteriores hubo fluctuaciones significativas en los datos referidos a pobreza y condiciones de vida. Por ello, a los fines del análisis se actualizó la información con los resultados de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) correspondientes a la segunda onda del año 2005⁸.

Para la descripción y caracterización de la población en la esfera de la administración de justicia, se tomaron como fuente privilegiada las estadísticas judiciales que elabora el Departamento de Estadísticas dependiente de la Procuración de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Estas estadísticas detentan las siguientes características:

- La información que constituye el insumo base de las estadísticas (la fuente primaria) son las planillas que remite mensualmente cada una de las secretarías de cada juzgado de la Provincia.
- La información aparece desagregada por fuero, y por departamento judicial. En el caso del fuero de menores, a su vez se presenta una desagregación de las causas por materia –penal o asistencial– y por departamento judicial.
- Permiten conocer cuántos expedientes se abren en los Juzgados de Menores en virtud de “motivos penales” o “motivos asistenciales” y a cuántos niños, niñas y adolescentes involucran.
- También se puede conocer el detalle de los motivos más específicos, aunque esta in-

formación se reporte con carácter agregado, para el total de los departamentos judiciales.

- Permiten conocer la cantidad de menores privados de libertad por orden judicial, según departamento judicial de la Provincia.
- Desde un punto de vista técnico, el tratamiento de la información es confiable dado que ha habido continuidad en el área estadística y un avance técnico que no se vio afectado por las diferentes coyunturas políticas.
- Esta continuidad permitió un permanente mejoramiento de los instrumentos de recolección y registro.
- Las estadísticas son comparables, consistentes y accesibles, y permiten confeccionar series diacrónicas.

También presentan algunas dificultades:

- La omisión en el envío de información para la confección de estadísticas por parte de algunos departamentos judiciales.
- La falta de conciencia general acerca de la responsabilidad y la utilidad de una estadística confiable.
- La utilización de categorías un tanto rígidas que no se problematizan regularmente a fin de una pertinente actualización.
- El gran volumen de información que debe procesarse, lo cual es susceptible de generar cuantiosos errores, algunos de ellos producto del empleo de criterios diferentes.
- Que las estadísticas que produce esta dependencia no están regidas por los parámetros estandarizados para medir la eficiencia judicial en términos de causas ingresadas-causas resueltas (según tipo de resolución).
- En consecuencia, que no informen la evolución posterior de los expedientes y la población involucrada en términos de resolución, trámite o archivo.

Es importante explicar que la información sobre la población internada en institutos provinciales es la suministrada por los propios jueces, lo que le confiere un valor adicional: muestra la voluntad internativa de los jueces sobre la población de adolescentes y jóvenes.

Tal como explicamos en el artículo “Organismos técnicos administrativos del derogado Patronato: un panorama cuantitativo de la situación de personas menores de edad privadas de libertad por la comisión o presunta comisión de delitos”⁹, las estadísticas judiciales dimensionan las internaciones oficiadas por los jueces de menores, que muchas veces, en virtud de falta de recursos institucionales, no se concretan. Es por eso que resulta necesario componer la información que proporcionan las estadísticas judiciales con aquellas que suministran los propios organismos técnico-administrativos.

Así, en el artículo citado, cruzando ambas fuentes para el año 2004, pudo constarse que para ese año hubo 4.163 casos oficiados para internación por parte de los Tribunales de Menores. No obstante, las personas efectivamente internadas fueron: 1.182 en institutos penales, 712 en los centros de contención, 548 en comunidades terapéuticas, 81 en Registro Penal (“alojados”) y 1 en el Sistema Integrado Metropolitano (SIM). Es decir, las demandas de internación se convirtieron en internación efectiva en un 60,62% de los casos (2.524) durante 2004.

Hubiera sido deseable actualizar esta información volviendo a confrontar las es-

tadísticas judiciales con los registros del organismo técnico administrativo en que deberían aparecer los niños y adolescentes efectivamente privados de libertad. Sin embargo, ello no fue posible dado que las estadísticas de la Subsecretaría de Niñez y Adolescencia no están disponibles y porque la política de información de la dependencia, paradójicamente al rumbo tomado con la puesta en marcha de la Ley 13.298, fue más restringida respecto a la elaboración y al acceso, pese a la declaración de los funcionarios sobre la baja en la cantidad de internaciones. La desaparición de los registros se corresponde con el fuerte embate que sufrieron los registros estadísticos en general, empezando por el INDEC, lo que en materia de niñez y adolescencia privada de libertad, deja pocos referentes válidos¹⁰.

Realizadas estas advertencias, estamos en condiciones de comenzar la caracterización de la población de niños y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires y los efectos que la reforma legal tuvo, en su primer período de implementación, en la esfera de la justicia penal juvenil, cómo fue el tránsito desde los Tribunales de Menores, y cuál es el panorama actual de los niños y adolescentes que llegan a la instancia judicial.

3 • Caracterización sociodemográfica y económica de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires: derechos legislados vs. condiciones de pobreza

Antes de iniciar el análisis de las estadísticas judiciales referidas a niños, niñas y adolescentes (NNyA en adelante), creemos necesario y relevante realizar una descripción general sobre las condiciones de vida de dicha población, atendiendo por esto a dos aspectos interrelacionados: a) la necesaria contextualización socioeconómica del universo sobre el cuál se despliega la agencia judicial en dicho fuero y b) la situación actual de los derechos humanos de la segunda y tercera generación de dicho conjunto de personas, ampliamente reconocidos normativamente (leyes 26.061 y 13.298, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Constitución Nacional, etc.), pero colocados en una tensión persistente respecto de las condiciones de vida y el acceso a derechos, especialmente incumplido en el caso latinoamericano¹¹. Dar cuenta de estas características no representa entonces parte del diagnóstico sobre quienes “son atrapados” por el sistema de control socio penal a fin de comprender sus características o perfil, sino que, fundamentalmente, éstas representan indicadores concretos acerca de los derechos positivos reconocidos normativamente a los NNyA¹².

En términos generales, la Provincia de Buenos Aires (PBA en adelante) cuenta con una población total para el año 2001 de 13.827.203 habitantes, demostrando una variación relativa intercensal del 9,8% respecto de la medición anterior, en 1991. Esta cantidad de habitantes representa el 38,1% de la población total de la Argentina para dicho año, posicionándose como la provincia con mayor población del país, con una importante distancia porcentual respecto de otras jurisdicciones. No obstante, del total poblacional provincial, el 62,8%, es decir 8.684.437 bonaerenses, residen en el conjunto de 24 partidos aledaños a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, denominado como “Gran Buenos Aires” (sobre un total de 134 partidos en toda la provincia). Este cordón urbano concentra la mayor parte de la población bonaerense, con una densidad de 2.394,4 habitantes por km², lo cual contrasta con el promedio provincial de 45 habitantes por km² y lo transforma en uno de los conglomerados más impor-

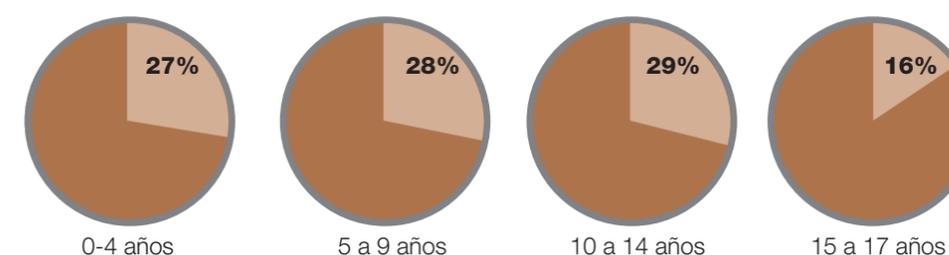
tantes del país en términos demográficos (en efecto, sólo el Gran Bs.As. representaba en el 2001 el 23,9% del total de la población de la Argentina).

Respecto de la composición poblacional según tipo de residencia, el 96,3% de los bonaerenses (13.324.241 personas) residían al 2001 en aglomerados urbanos, siendo el restante 3,7% población rural, ya sea dispersa o agrupada. En términos de fecundidad, el promedio de hijos por mujer es de 1,9; situándose esta cifra levemente por debajo del promedio nacional (2,1). En cuanto a la cobertura de salud, casi la mitad de los bonaerenses (el 49%) no contaba para el 2001 con obra social o cobertura médica (plan de salud privado o mutual). Dentro de la población provincial de 10 años y más en 2001, solo el 2% se encontraba en condición de analfabetismo, levemente por debajo del promedio nacional para dicho año (3%).

En cuanto a la situación sociodemográfica y económica del universo de niños, niñas y adolescentes, según los últimos datos disponibles del INDEC, para el año 2001 el 38% de la población del país (13.827.203 habitantes) vivía en la Provincia de Buenos Aires. Del total de habitantes del país, el 33,6% tenía menos de 18 años. En la PBA, el porcentaje de población menor de 18 años era del 31,7% sobre el total de la población bonaerense, es decir, un total absoluto de 4.378.886 NNyA. Aún más, solo la PBA concentraba el 36% de los habitantes de menos de 18 años en todo el país para dicho período. Entre éstos, el 27% tenía entre 0 y 4 años, el 28% entre 5 y 9, el 29% entre 10 y 14 años y el 16% de 15 a 17 años. Aun con las asimetrías en la amplitud de las frecuencias trabajadas en los datos oficiales disponibles, cabe señalar la importante participación de los adolescentes de entre 15 y 17 años (16%) en la distribución interna por edad de los bonaerenses más jóvenes.

Gráfico 1

Población de niños, niñas y adolescentes por grupo etario, en porcentaje - Pcia. de Buenos Aires



Fuente: Elaboración propia en base a datos del INDEC, 2001.

En cuanto a los aspectos socioeconómicos, según la última información oficial de acceso público, correspondiente al segundo semestre de 2005 en base a la Encuesta Permanente de Hogares¹³, el 44,5% de los niños, niñas y adolescentes de la PBA se encontraban bajo la línea de pobreza (LP). Entre éstos, el 50,4% se ubicaba en una situación aún más gravosa, es decir, bajo la línea de indigencia (LI)¹⁴. En otras palabras: la mitad de los menores de 18 años en la PBA son pobres, y de ellos, igual guarismo se despliega en la condición de extrema pobreza, conceptualizada como indigencia.

Es imposible, con arreglo a rigurosidad estadística, establecer la cantidad nominal

—es decir, no porcentual— de personas con menos de 18 años en la PBA bajo condiciones de pobreza. Ello se debe a que los últimos datos disponibles en cantidades no porcentuales son de 2001, mientras que los datos de pobreza correspondientes a 2005 solo se exhiben en términos porcentuales, estando restringido por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos el pedido de este tipo de información específica, aun para investigación académica en ámbitos universitarios. Sin embargo, asumiendo el error estadístico subyacente de la dinámica demográfica acontecida entre 2001 y 2005 y vinculando ambos datos, puede inferirse que la cantidad de niños, niñas y adolescentes menores de 18 años en condiciones de pobreza en la PBA era de 1.197.465 personas para el año 2005¹⁵.

Analizando estos datos por grupo etario, surge que la cantidad de NNyA de 0 a 4 años por debajo de la LP es de 11,1% y por debajo de la LI es del 11,6%. Para los de 5 a 14 años, la LP se ubica en el 25,9% y la LI en el 30,2%. Por último, el 7,4% de los adolescentes de entre 15 y 17 años se ubican bajo la LP mientras que el 8,7% del mismo grupo etario está bajo la LI. Nuevamente, los grupos etarios exhiben una disímil amplitud de frecuencias que hacen difícil la comparación intergrupala. Haciendo un ejercicio analítico de tipo ensayístico, puede observarse que para el primer grupo, el porcentaje de la frecuencia dividido por la amplitud etaria (44,5 / 18 años) da por resultado un 2,47% por cada año contemplado, cifra que se mantiene cercana para los adolescentes de 15 a 17 años, en el orden de 2,46% (7,4 / 3 años). Ello significa que el impacto de los altísimos índices de pobreza e indigencia de la PBA (y del total país) para el grupo de NNyA afectan en similar proporción a los adolescentes y a los más pequeños.

Asimismo, el 56,2% de los NNyA de la PBA para el año 2001 vivían en hogares particulares con privación material¹⁶ (este guarismo asciende a 58,9% en GBA, posicionándose por encima del total provincial y del total nacional para esta variable). Analizado por grupo de edad, la cifra es 55,6% para los NNyA menores de 1 año; 56,9% tanto para el grupo de 0 a 4 años como para el de 5 a 15 años; y 53% en el caso de los adolescentes entre 15 y 17 años (que se incrementa en el caso de GBA a 55,9%). En otras palabras, 6 de cada 10 adolescentes del conurbano bonaerense viven en hogares con privación material.

Tomando como unidad de análisis ya no las personas sino los hogares, las cifras indican que del total de hogares existentes en la PBA (3.921.455) al año 2001, el 51,6% alojaba NNyA (2.022.725 hogares). Esta cifra se desdobra en 54,1% para GBA y 48% para el resto de la provincia. Desagregado por edad surge que entre éstos el 9,2% alojaba NNyA entre 0 y 4 años, el 16,4% de 5 a 14 años, el 5,2% de 15 a 17 años y el 20,8% restante combinaba niños de diferentes grupos etarios. Circunscribiendo el análisis a los hogares con NNyA en PBA (2.022.725 - 100%), surge que el 17,8% alojaba NNyA de 0 a 4 años, el 31,8% de 5 a 14 años, el 10% de 15 a 17 años y el 40,4% restante combinaba personas de más de un grupo etario.

Analizando los hogares bonaerenses con NNyA por condición económica, cabe destacar que el 47,3% de los mismos tienen algún tipo de privación material (956.749 hogares), guarismo que se eleva al 50,2% de los hogares en el caso de GBA. Entre los hogares de la provincia con NNyA que exhiben privación material, el 20,9% es sólo de recursos corrientes, el 9,7% patrimonial y el 16,7% convergente (de ambas

categorías precedentes), guarismo que se eleva en el caso de GBA al 19%.

Si analizamos el indicador de privación material de hogares bajo la unidad de análisis “personas” (NNyA), surge de la misma fuente y año que el 41,3% de los NNyA de la provincia habitan en este tipo de hogares, lo que para las cifras de 2001 significa referenciar a 2.454.239 personas de menos de 18 años. Ello se desagrega por edad en 2,2% para los menores de 1 año, 9,1% para los de 1 a 4 años, 23,7% para los de 5 a 14 años y 6,2% para los de 15 a 17 años. En otras palabras, en los 956.749 hogares bonaerenses que contemplan NNyA y privación material, habita un total de 2.452.239 NNyA, de los cuáles 369.457 son adolescentes entre 15 y 17 años.

Asimismo, sobre el total de NNyA residentes en hogares bonaerenses particulares, el 13,2% se encontraba en 2001 en situación de hacinamiento crítico. La proporción varía según intervalos etarios, evidenciando una desagregación por edad. En ese sentido, son los niños más pequeños los que más sufren el hacinamiento crítico, registrando sendos 16,1% el intervalo de los menores de 1 años y el intervalo comprendido entre 1 y 4 años. Luego, la incidencia del hacinamiento crítico disminuye, afectando un 13,2 de los NNyA comprendidos entre los 5 y los 14 años, para disminuir a un 8,4% en el intervalo de 15 a 17.

Los datos referenciados del año 2005 (EPH) señalan que el 69,7% de los hogares de GBA con NNyA se encontraban bajo la línea de la pobreza y de éstos el 71,1% bajo la línea de indigencia¹⁷.

En cuanto a la cobertura de salud, el 55,3% de la infancia en la provincia no contaba al año 2001 con cobertura de salud, posicionándose muy levemente por encima del nivel nacional (55%). Esta cifra desagregada presenta un comportamiento disímil entre el conurbano bonaerense (GBA), con un registro de 59,9% de niños sin cobertura de salud en comparación a la misma cifra para el resto de la provincia, situada en el orden del 47,9%, es decir, 12 puntos promedio por debajo. Este indicador señala una vez más la complejidad crítica del conurbano en relación al resto de la provincia. En esta línea, la tasa de mortalidad infantil registrada al año 2006 es de 12,5% (tasa por mil nacidos vivos), muy levemente por debajo del registro para el total país (12,9%).

La tasa de escolarización es del 93,6% en el grupo etario de 6 a 17 años, registro posicionado por encima de la marca a nivel país (91,5%) y que no exhibe diferencias porcentuales de relevancia entre el GBA y el resto de la provincia. No obstante, al desagregar este dato entre niños y adolescentes resulta que aquellos entre 6 a 12 años obtienen una tasa de escolarización del 98,6% mientras que entre los de 13 a 17 años esa misma cifra desciende a 86,1%, dando cuenta de la mayor vulnerabilidad en el acceso a la educación para los adolescentes bonaerenses, correspondiente al nivel medio del sistema educativo. Datos más recientes provenientes de la EPH (que no cuenta con la misma representatividad estadística del censo) citados en un informe del Ministerio de Educación de la Provincia de Buenos Aires¹⁸ señalan que para los aglomerados de conurbano (GBA), Gran La Plata, Bahía Blanca y Mar del Plata, la tasa de escolarización durante el 2006 fue de 99,4% para los niños entre 6 a 11 años, del 98,5% para los de 12 a 14 años y 79,8% entre los adolescentes de 15 a 17 años. Específicamente en este último grupo etario es de notable interés la diferencia en la tasa de escolarización según el decil de ingresos al cual pertenezca el hogar del adolescente. En otras palabras: mientras que entre los adolescentes bonaerenses que in-

tegran el decil de ingresos 9 y 10 la tasa de escolarización es del 89,2%, esa misma cifra replicada para el decil de ingresos “sin ingresos y 1” desciende al 79,8%, aunque esta brecha exhibe una considerable disminución tendencial en los últimos años.

Así caracterizada la apremiante condición socioeconómica de los NNyA de la provincia más poblada de la Argentina, a continuación se describirán y analizarán los datos provenientes del Poder Judicial respecto de los NNyA atravesados por el sistema judicial y en especial aquellos involucrados en causas penales.

4 • Los niños, niñas y adolescentes y el sistema judicial y administrativo en la Provincia de Buenos Aires

4.1 Análisis y composición general de las causas judiciales

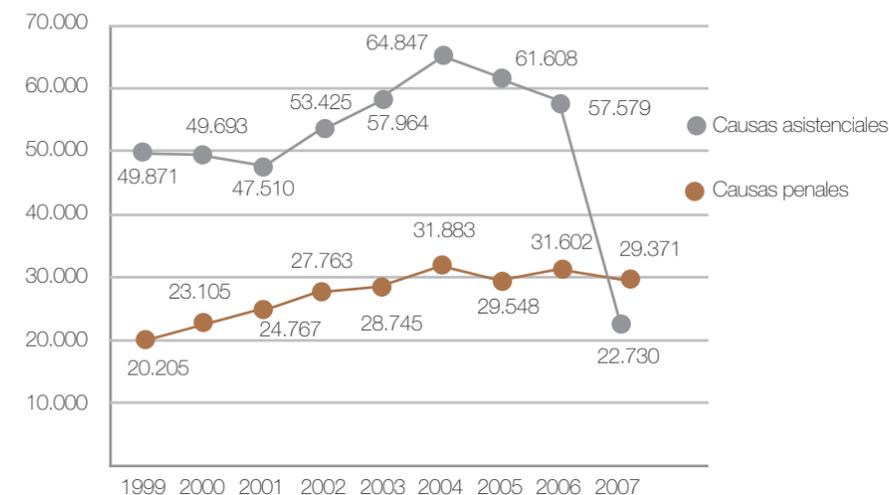
En términos generales, la cantidad total de causas judiciales que involucran a NNyA (tanto asistenciales como penales) ha registrado una importante merma desde el año 1999 (70.076 causas) hacia el año 2007 (52.101 causas)¹⁹. La evolución reconoció fluctuaciones: hasta 2006 la tendencia fue incremental, registrando incluso picos de 96.730 causas para el año 2004 y 91.156 en 2005. La baja en el año 2007 se explica por el importante descenso de las causas asistenciales (ver Gráfico 2), comportamiento esperable en virtud de la implementación, a partir de abril de 2007, de la nueva ley provincial de infancia, Ley 13.298, que deroga expresamente la hasta entonces vigente Ley Provincial de Patronato de Menores (Ley 10.067)²⁰.

Los datos para el año 2008 –preliminares, solo disponibles para el primer semestre– dan cuenta que la tendencia se profundiza, ya que contabiliza un total de causas por ambas materias de 14.800, cifra que proyectada a la totalidad del año se duplicaría ubicándose en el orden de las 29.600 causas, es decir, 43% menos que en 2007.

Si analizamos las causas penales y asistenciales en términos comparativos, se destaca la natural inversión para los años 2007 y 2008 de la proporción entre causas asistenciales y penales respecto del total de las mismas. Mientras que esta proporción en 1999 era de 71% para causas asistenciales y 29% para causas penales, y de 35% y 65% respectivamente en 2006, las mismas inician una lógica relación inversa –en virtud de las leyes ya señaladas– a partir de 2007, año en el que se registra una distribución del total con una leve ventaja del 56% de las causas penales por sobre un 44% de causas asistenciales. Esta misma distribución para 2008 resulta de 85% para causas penales y 15% para causas asistenciales, afirmándose la tendencia estipulada por el nuevo plexo normativo, pero sin la intensidad que necesariamente debería exhibir la desjudicialización de las problemáticas socioasistenciales, que constituyó la espina dorsal de la reforma legal, y de las prolongadas resistencias, avances y retrocesos en su sanción e implementación, al decir de Mary Beloff, impensables si se tratara de otra materia jurídica. La persistencia de causas asistenciales durante el primer semestre de 2008 –y a casi un año de la derogación de la Ley de Patronato– resulta un dato más que significativo.

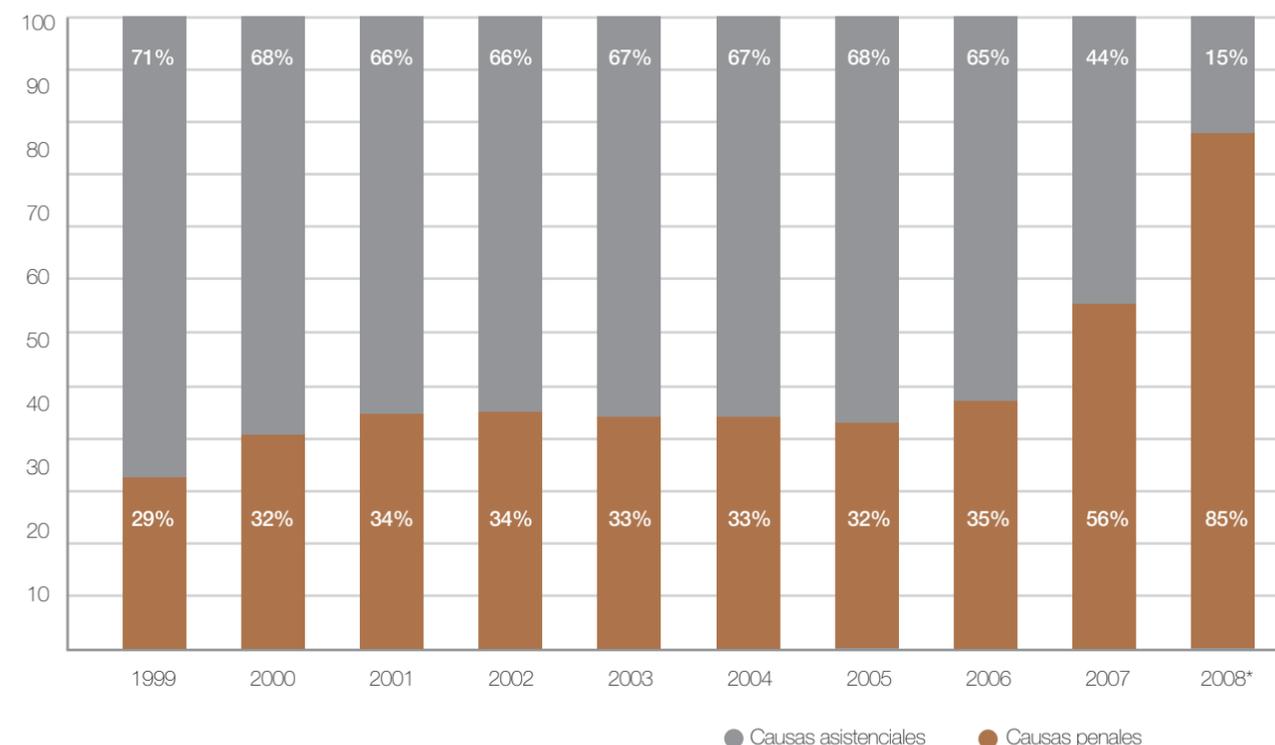
Resulta indiscutible que todo momento de transición, máxime con la profundidad que la reforma legal en materia de infancia significó para el andamiaje institucional del Estado, comporta una dificultad adicional en la interpretación de los datos disponibles. Asimismo, como se sostuvo *ut supra*, la información suele ser nula, parcial o poco sistemática entre las diversas agencias (policía, Poder Judicial y Poder Ejecu-

Gráfico 2. Cantidad de causas según tipo - Fuero de Menores, Pca. de Bs. As. (1999-2007)



Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

Gráfico 3. Cantidad de causas según tipo, en porcentaje - Fuero de menores, Pcia. de Bs.As. (1999-2008)



(*) 2008: Porcentuales correspondientes al primer semestre.

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

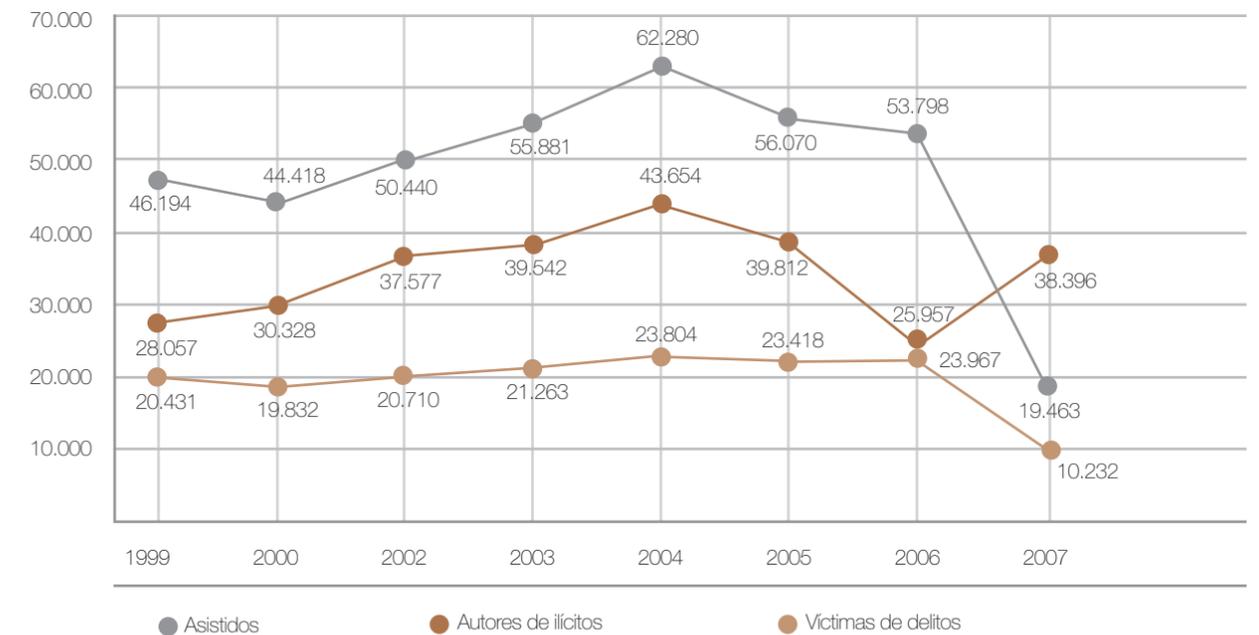
tivo), que deberían dar cuenta de los comportamientos macro generales del universo de personas bajo su alcance y de su propio despliegue institucional. Por ello, la información aquí brindada está sujeta a esta problemática “dual”: por un lado, una reciente transición burocrática muy profunda, y por otro, la interpretación de la misma bajo una producción de datos insuficiente y desarticulada entre las agencias estatales. Ello no desmerece la lectura y el análisis tendencial de las prácticas institucionales a través de aquella performance que los datos señalan, pero sí puede estar sujeta a imprecisiones estadísticas, propias de la naturaleza del problema ya descrito.

Aún cuando se supondría que durante los ocho meses restantes de 2007 no deberían haberse registrado causas “Asistenciales”—en tanto la normativa vigente a partir de abril de dicho año prohíbe expresamente la judicialización de niños por razones de tipo “Socioasistencial”—se registraron 23.824 causas de esta naturaleza, de las cuáles 14.954 corresponden a “Orfandad, salud, seguridad, educación y moralidad”, 8.551 a “Víctimas de delitos” y 319 a causas civiles. Las causas asistenciales involucraron a 29.695 NNyA, de los cuáles 19.463 (el 66%) correspondían a “Orfandad, salud, seguridad, educación y moralidad” y solo 10.232 (el 34%) a “Víctimas de delitos”, único ítem que se supone pervivencia para judicialización en el nuevo esquema legislativo, ahora a través de los Juzgados de Familia²¹. No obstante ello, el año 2007 comienza con una importante merma en las causas asistenciales respecto de 2006, en que se habían registrado 57.579 causas. Las de carácter asistencial reconocieron un ascenso sostenido desde 1999, con 49.871, hasta el año 2004, en que alcanzó el registro más alto del período con 64.847 causas iniciadas, para descender levemente en 2005 a 61.608, expresando este año el inicio de la tendencia descendente. De todos modos, resulta curioso que durante el primer semestre de 2008, con plena vigencia de la Ley 13.298 y la 13.634, la misma fuente señala la apertura de 2.230 causas asistenciales, que se desagregan en 1.443 causas por “Orfandad, salud, seguridad, educación y moralidad”, 635 por “Víctimas de delitos” y 152 de índole civil. Estas causas involucraron a 2.546 NNyA; de ellos, 1.784 por “Orfandad, salud, seguridad, educación y moralidad” y 762 por “Víctimas de delitos”, reproduciéndose la misma problemática señalada respecto de 2007²².

En parte es probable que ello ocurra en cuanto la implementación institucional del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia se postergó hacia mediados de 2008, iniciándose el 15 de julio de dicho año en solo cuatro departamentos judiciales, implementándose en el resto de los departamentos en forma escalonada y gradual, concluyendo los últimos recién el 28 de noviembre de 2008. Aún cuando la Ley 13.634 anuncia que todo procedimiento debe ajustarse a la Convención sobre Derechos del Niño y a sus propios preceptos, se han generado controversias entre las diferentes posturas, una de las cuáles interpretaba que hasta tanto no se implemente la estructura institucional del nuevo fuero en el departamento judicial correspondiente, no se debían iniciar las gestiones con ajuste a la nueva ley, mientras que otro sector del Poder Judicial interpretó lo contrario. Al respecto y aún sin una postura unánime, se expidió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCPBA) en la Acordada 105.502²³.

Eximiéndonos en la pertinencia de la interpretación en tanto doctrina jurídica del caso, que excede la formación y especialización de quienes escriben, es posible que esta suerte de “punto ciego” interpretativo generado por el desfase temporal entre

Gráfico 4. Cantidad de personas menores de edad involucradas por tipo de causa - Fuero de menores, Pcia. de Bs. As. (1999-2007)



Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

la puesta en vigencia de la norma y la instauración del andamiaje institucional correspondiente (distancia que en el caso de los últimos departamentos judiciales llegó a ser casi de un año) explique en parte la persistencia en la generación de causas asistenciales y el alto porcentaje de niños “no víctimas de delitos” involucrados en ellas, aún durante 2008. Probablemente este fenómeno termine de explicarse por la implícita (y explícita) resistencia de algunos actores al profundo cambio en el conjunto de instituciones estatales encargadas de la intervención sobre infancia, sin por ello expedir en este artículo valoraciones sobre el desempeño histórico y actual de las diferentes instituciones y esferas del poder estatal²⁴.

En cuanto a la distribución de causas totales por departamento judicial, para 2007 los tres primeros en cantidad fueron Lomas de Zamora, con el 15,05% del total de causas de la provincia para ese año, seguido por San Isidro con el 10,72% y Morón con el 10%. Para el primer semestre de 2008 estas tendencias parecerían mantenerse, aunque no resultan datos de gran fiabilidad, en tanto —según la fuente consultada— algunos departamentos judiciales no habían remitido esta información al momento de construirse los datos. No obstante, aun los datos de 2007 son preliminares y sujetos

a modificaciones según establece la misma fuente. En el polo opuesto, los departamentos judiciales con menor cantidad de causas respecto del total son Tres Arroyos (dependiente de Bahía Blanca) con el 0,49% de las causas, seguido de Pergamino con el 0,50% y Tandil (dependiente de Azul) con el 0,71%.

Respecto a la proporción de causas según tipo (asistencial o penal) por cada departamento judicial, es notable para el primer semestre de 2008 la diferente proporción entre causas penales y asistenciales al interior de cada departamento judicial, inclusive teniendo en cuenta que estaba derogada la Ley 10.067, que posibilitaba la apertura de este tipo de causas.

En esta dirección, los datos provenientes del Poder Judicial señalan que el promedio de causas por juez durante el 2005 fue de 1.753 y en 2006 de 1.764; volumen que comienza a descender en 2007 con 1.020 causas por juez y 570 en 2008 (proyección elaborada en base a promedio por juez del primer semestre de 2008, ubicado en 285 causas). Estos promedios se calcularon sobre un total fijo de 52 jueces para todos los períodos referenciados.

Analizando con mayor minuciosidad los datos disponibles respecto de la cantidad de NNyA atravesados por la agencia judicial, se desprende del Gráfico 5 que en 1999, sobre el total de NNyA judicializados, el 49% era “Asistencial”, el 21% “Víctima de delitos” y el 30% “Autores de ilícitos”. Esa misma cifra para 2006 fue de 51,87% para “Asistencial”, 23,11% “Víctima de delitos” y 25,03% “Autores de ilícitos”, mientras que en 2007 registró 28,58%, 15,03% y 56,39% respectivamente. Dicho guarismo para el primer semestre de 2008 se ubica en 9,52% para “Asistencial”, 4,07% “Víctima de delitos” y 86,41% por “Autores de ilícitos”.

Por último, en el Gráfico 5 se puede observar la decreciente participación de NNyA “asistidos” involucrados en causas judiciales, que si bien irrumpe la tendencia histórica de dichas variables, aún luego de instaurado el nuevo esquema técnico-legal, pervive con un 10% de NNyA sujetos a este tipo de intervención en 2008.

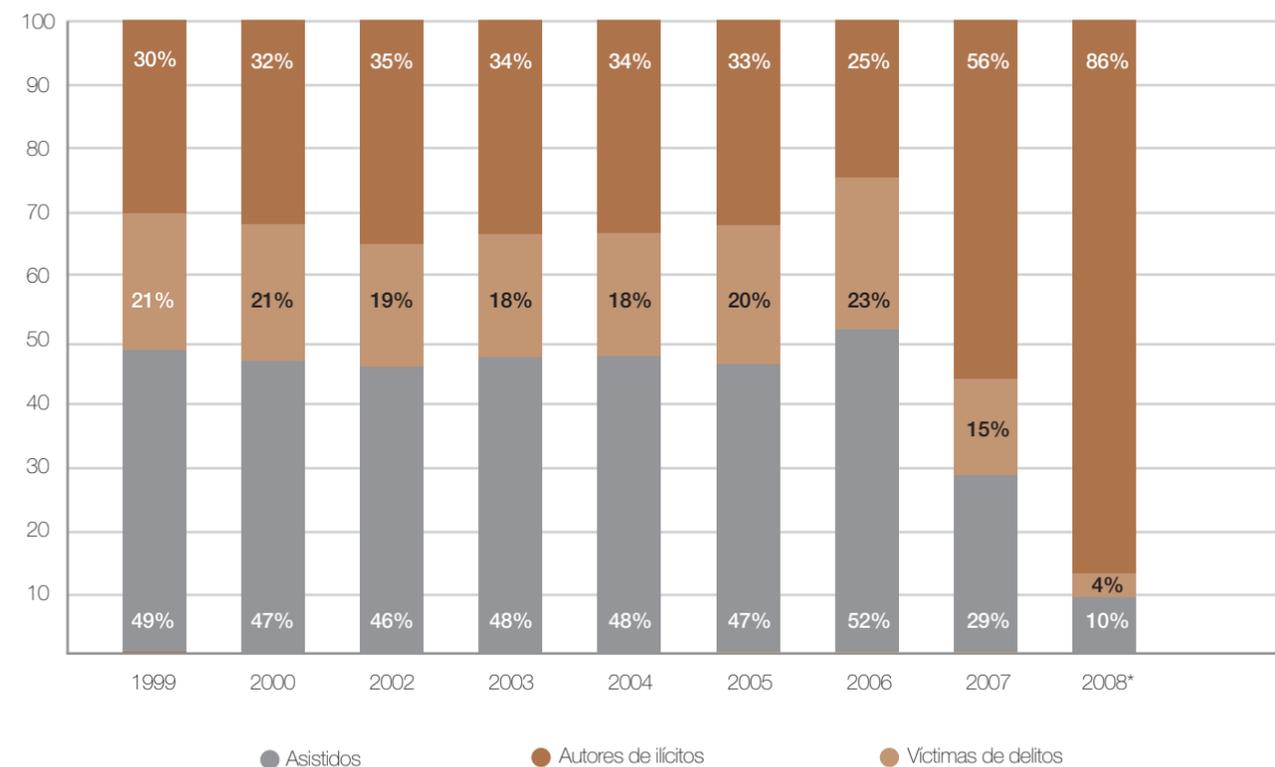
Realizado este paneo general, a continuación abordaremos en diferentes acápite las especificidades de las causas asistenciales y penales respectivamente.

4.2 - Causas asistenciales: entre la desjudicialización y la desinformación

Analizando específicamente las causas de tipo asistencial, se destaca que éstas han descendido un 60% entre 2006 (89.181 causas) y 2007 (22.730), vinculando esta merma a los cambios legislativos antes mencionados. Durante el período previo, la tendencia señalaba un aumento sostenido de las causas en esta materia, que pasaron de 49.871 en 1999 a 64.847 en 2004 y 61.608 en 2005 (ver Gráfico 2). No obstante, resulta llamativo que según los datos obtenidos, al lógico descenso cuantitativo acelerado de las causas asistenciales y de los menores involucrados, no se acompaña en igual medida la merma en la línea que grafica la cantidad de internaciones por razones asistenciales. De allí que es dable inferir que la práctica de internación no necesariamente acompañó la cadencia realizada por variables como cantidad de causas y NNyA involucrados en cuestiones judiciales por problemáticas socioasistenciales. A pesar de ello, se registra una merma del 40% en los NNyA internados por causas asistenciales entre 2006 y 2007 (ver Gráfico 6)²⁵.

En cuanto a las causas de tipo A (“Orfandad, salud, seguridad, educación y mora-

Gráfico 5. Cantidad de personas menores de edad involucradas por tipo de causa, en porcentaje - Fuero de menores, pcia. de bs. as. (1999-2008)



(*) 2008: Porcentuales correspondientes al primer semestre.

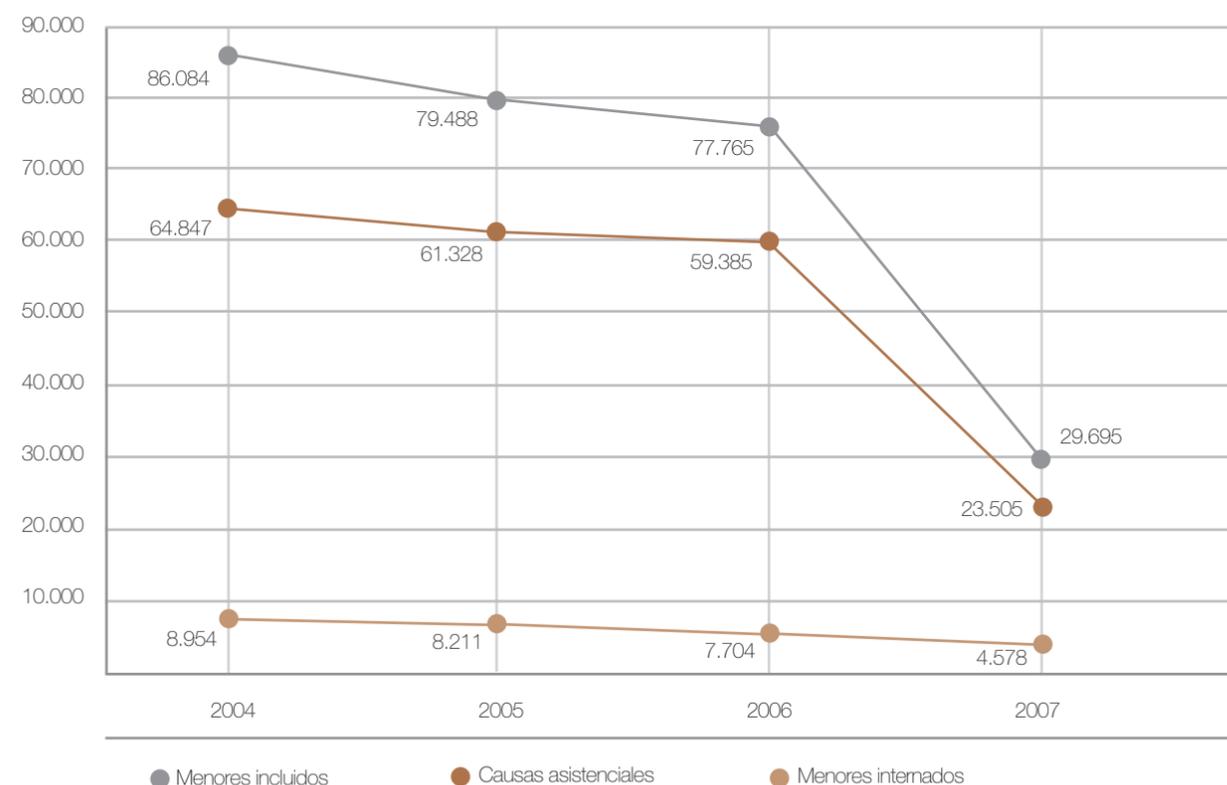
Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

lidad”), estas pasaron de 39.596 en 2006 a 14.954 en 2007, involucrando respectivamente 53.798 y 19.463 NNyA.

Entre las causas que involucran a NNyA “Víctimas de delitos” (tipo B), al desagregar por tipo de delito se desprende que las lesiones culposas, abuso deshonesto y “otros” (según fuente original) eran las categorías que esgrimieron un mayor crecimiento entre 2005 y 2006, todas ellas mermando en 2007 pero a causa de la desjudicialización normativa de las mismas. Si sólo analizamos la composición para 2007 de las causas en las cuales han sido víctimas NNyA, se destaca una preeminencia de lesiones (2.903 causas), lesiones culposas (1.380 causas) y abuso deshonesto/sexual (1.418 causas). Lamentablemente, 3.372 causas figuran en la categoría de “otros”, sin poder realizar un análisis mayor de aquellas que dieron origen a la intervención judicial (ver Cuadro 1). En cuanto a la cantidad de NNyA, este tipo de causas tuvo por víctima de delitos a 23.967 NNyA durante 2006 y 10.232 NNyA durante 2007, con la misma tipología de delitos en sus categorías de mayor frecuencia.

La cantidad de NNyA internados por causas asistenciales para 2007 fue de 4.578, de los cuáles el 46% (2.114) fueron mujeres y el 54% restante (2.464) varones. Esta

Gráfico 6. Cantidad de causas asistenciales, menores incluidos e internados por año - Pcia. Bs. As. (2004-2007)



Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA. En el número de causas asistenciales de este gráfico se han descontado aquellas correspondientes a materia civil, ya que dicha cifra no contiene la cantidad de NNyA involucrados.

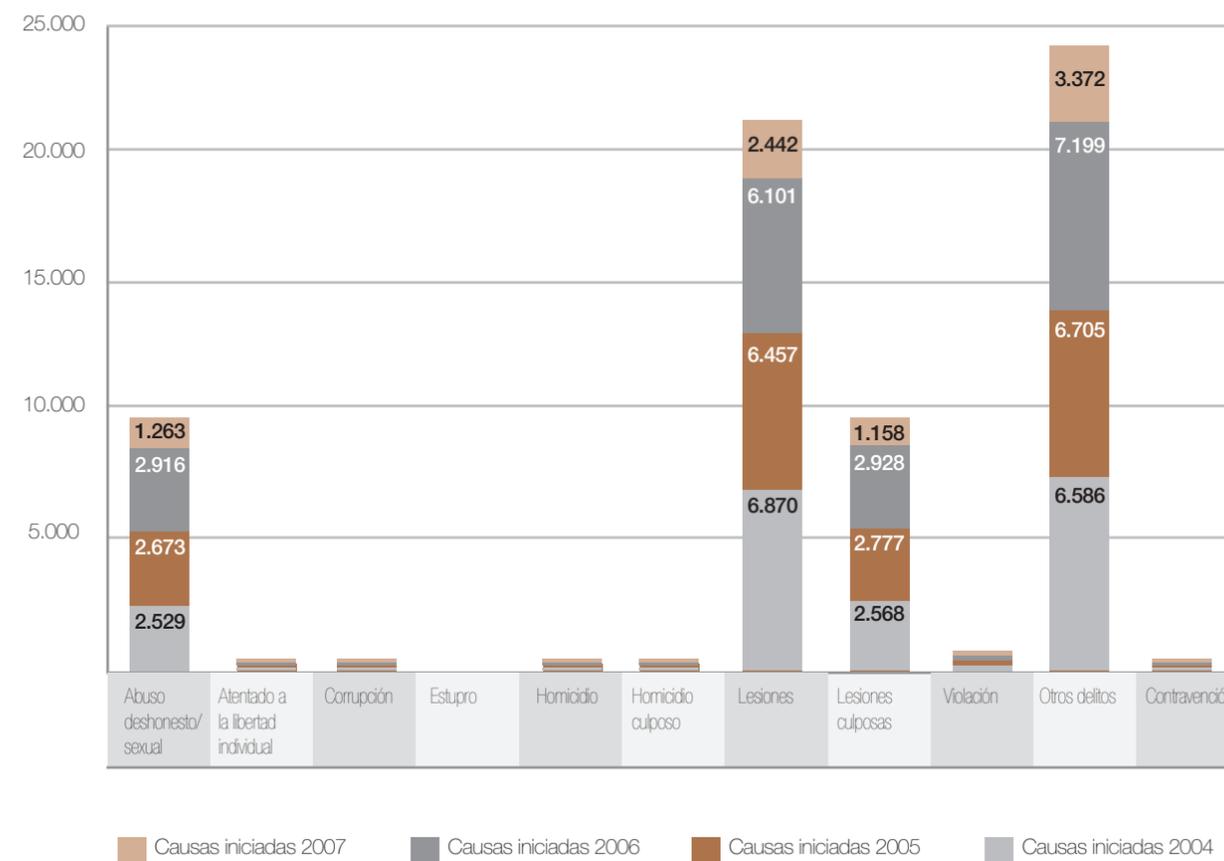
misma proporción entre géneros se mantiene para el primer semestre de 2008. En cuanto a la cantidad promedio de NNyA por causa asistencial, ésta fue de 1,26 NNyA promedio por causa en 2007 y 1,23 en 2008, cifra en descenso durante los últimos años (1,33 en 2004, 1,30 en 2005 y 1,31 en 2006).

Hasta aquí entonces se ha descrito el panorama general a partir de las cifras sobre materia asistencial del Poder Judicial. El mismo, que marca la desjudicialización de problemáticas asistenciales, lamentablemente no cuenta con un correlato de la transición, producto de la ausencia de otro tipo de estadísticas proveniente del Poder Ejecutivo, que desde 2007 progresivamente tomó a su cargo este tipo de problemáticas. A continuación realizaremos la presentación y análisis de los datos disponibles sobre causas de tipo penal que involucran a NNyA autores o presuntos autores de delitos.

4.3 Causas penales: la compleja transición hacia un sistema de responsabilidad penal juvenil

Específicamente en cuanto a las causas penales, el período 1999-2007 exhibe un incremento del 45% en la cantidad de causas iniciadas por esta materia, en el orden de 20.205 en 1999 y 29.371 en 2007, con picos de 31.883 y 29.548 en 2004 y 2005

Gráfico 7. Cantidad de causas asistenciales tipo B (víctimas de delitos) por año, según detalle - Pcia. de Bs. As. (2004-2007)



Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

respectivamente. Para el primer semestre de 2008 la cantidad de causas penales iniciadas fue de 12.570, cifra que proyectada a la totalidad del período (12 meses) se ubicaría en 25.140 causas totales, marca medianamente por debajo de la registrada en 2007 (diferencia negativa del -14%, es decir, 4.064 causas).

En cuanto a la cantidad de menores de edad involucrados en causas penales, mientras que en 2004 sumaban 43.654 adolescentes (en promedio 1,37 adolescentes por causa), en 2007 esta cifra fue de 38.396 menores, es decir, un promedio de 1,31 adolescentes por causa. Para el primer semestre de 2008, la cantidad de adolescentes involucrados en causas penales fue de 16.184, es decir, en promedio 1,28 adolescentes por causa, marcando la tendencia decreciente de la proporción entre cantidad de causas penales y adolescentes implicados.

Al comparar causas penales, NNyA incluidos e internados por igual materia (ver Gráfico 8), se destaca una importante merma de NNyA incluidos en 2006 (25.957) que sobresale por sobre la tendencia histórica marcada —a modo de ejemplo— en 39.812 en 2005, que vuelve a dichos niveles en 2007 con 38.396 NNyA involucra-

Cuadro 1. Cantidad de NNyA por causas asistenciales tipo B (víctimas de delitos) por año según detalle, Pcia. de Bs. As. (2004-2007)

	2004		2005		2006		2007	
	CI	MI	CI	MI	CI	MI	CI	MI
A) Orfandad, salud, seguridad, educacion, moralidad	45268	62280	41968	56070	39,596	53,798	14,954	19,463
B) Por víctima de delitos	19579	23804	19360	23418	19789	23967	8551	10232
Abuso deshonesto/Sexual	2529	2987	2673	3073	2,916	3,402	1,263	1,418
Atentado libertad indiv.	135	144	62	76	73	93	33	41
Corrupción	25	31	40	52	21	25	5	6
Estupro	11	12	12	12	0	0	3	3
Homicidio	113	128	95	104	84	97	32	37
Homicidio culposo	148	176	147	165	135	160	69	69
Lesiones	6870	8146	6457	7739	6,101	7,306	2,442	2,903
Lesiones culposas	2568	3142	2777	3308	2,928	3,508	1,158	1,380
Violación	414	455	266	290	220	252	128	146
Otros delitos	6586	8332	6705	8424	7,199	8,975	3,372	4,172
Contravenciones	180	251	126	175	112	149	46	57
TOTAL A + B	64847	86084	61328	79488	59385	77765	23505	29695

CI: Causas iniciadas MI: Menores incluidos

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA. En el número de causas asistenciales de este gráfico se han descontado aquellas correspondientes a materia civil ya que dicha cifra no contiene la cantidad de NNyA involucrados.

dos. Inversamente, la cantidad de causas penales entre 2006 y 2007 desciende en un 7,5%, es decir, de 31.602 a 29.204 respectivamente. En cambio, esta merma es mucho más pronunciada en el descenso de la cantidad de NNyA internados por esta causa, que se ubica en un -40% (de 1.539 en 2006 a 956 en 2007).

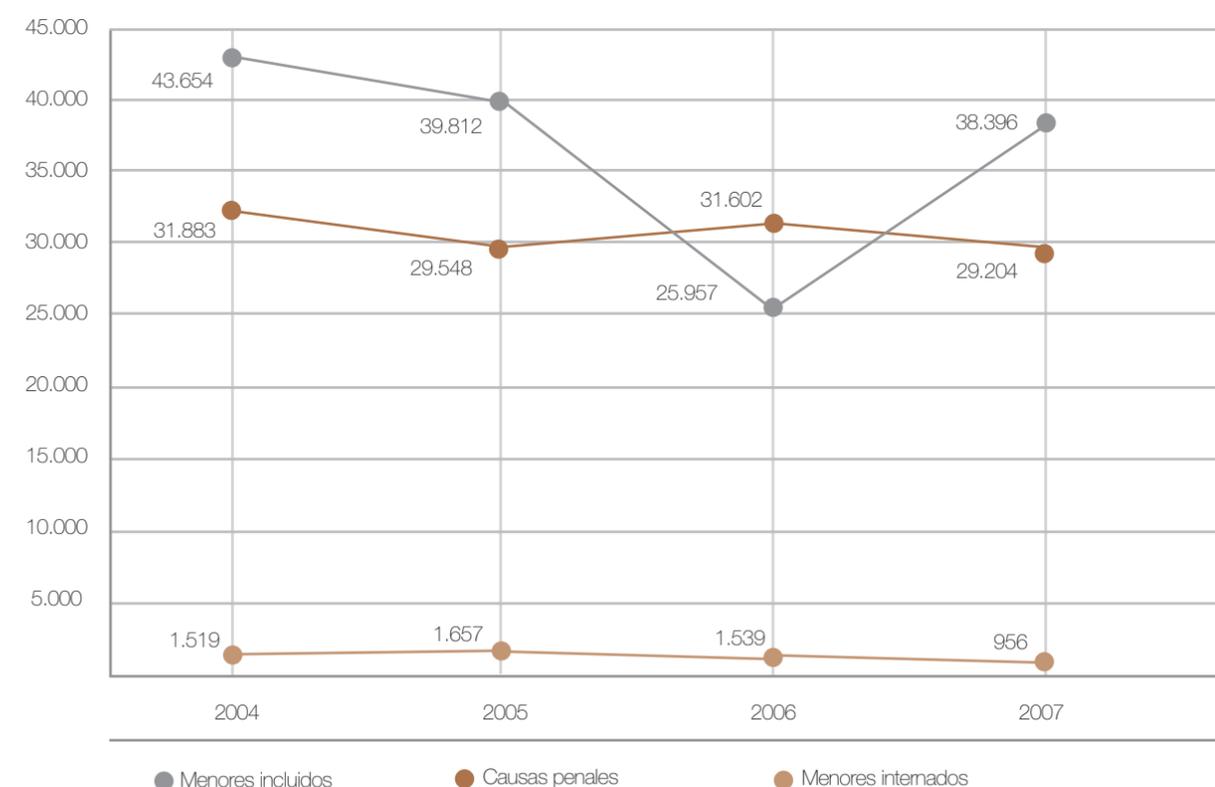
En cuanto al tipo de delito imputado a los adolescentes con causa penal (ver Gráfico 9), las cifras señalan que para 2007 el 47,66% de las causas se deben a delitos contra la propiedad²⁶, el 13,27% delitos contra la integridad física²⁷, el 2,39% de accidentes y contravenciones²⁸, el 0,99% de delitos contra la vida²⁹, 0,74% contra la integridad sexual³⁰, 0,13% de suicidios y abortos y un 34,83% restante que se incluye en la fuente original en la categoría de “otros”, sin posibilidad de determinar la naturaleza del delito imputado en más de un tercio de las causas. Este desproporcionado engrose de la categoría “otros” en el tipo de delito imputado es una falencia histórica de la fuente de información judicial. Lamentablemente, este ítem residual del “otros” es del 16,8% en el año 1999 y asciende en forma sostenida hasta 2008, en el cual

dicho ítem engloba al 39,5% de los delitos imputados.

Es imprescindible señalar que este sostenido decrecimiento en la calidad de la información disponible respecto de los menores de edad imputados de la comisión de hechos tipificados como delitos (y especialmente sobre qué tipos de delitos se les imputa) atenta para el diseño y debate de la política penal trazada para este conjunto poblacional, siendo cada vez más difícil debatir y reflexionar sobre la temática con fuentes válidas que describan esta situación. Esto propicia la inflación de las emotividades punitivas, que parecieran marcar la rítmica de los debates sobre los “menores delincuentes” y las decisiones de política criminal que los involucra.

Aun con las imprecisiones señaladas, para el primer semestre de 2008, las causas

Gráfico 8. Cantidad de causas penales, menores incluidos e internados, por año - Pcia. de Bs. As. (2004-2007)



Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

penales por tipo de delito imputado se distribuían en: 41,80% de delitos contra la propiedad, 14,86% delitos contra la integridad física, el 2,05% de accidentes y contravenciones, 1,11% de delitos contra la vida, 0,62% contra la integridad sexual, 0,06% de suicidios y abortos y un amplio 39,50% de “otros”.

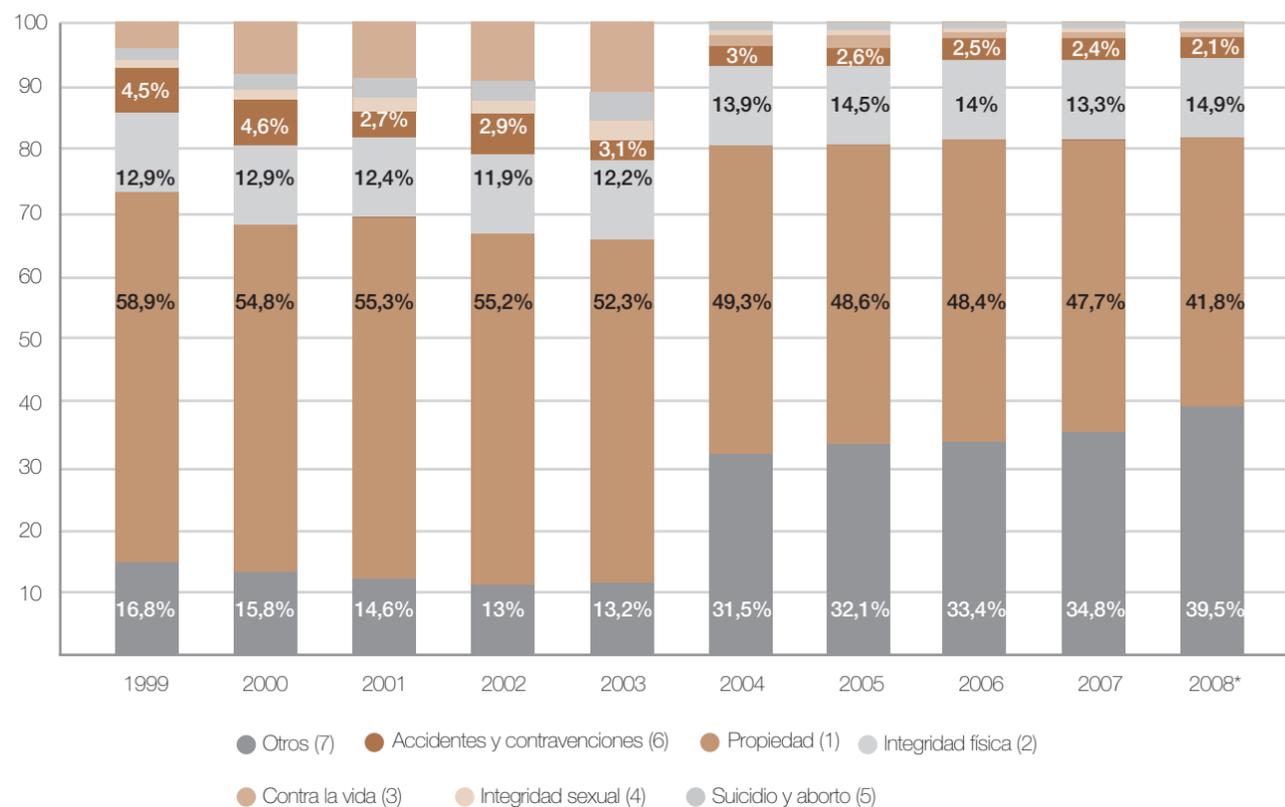
Al analizar el porcentaje de menores de edad incluidos en causas penales por tipo de delito, las cifras oficiales del Poder Judicial para 2007 señalan que sobre el total de

adolescentes imputados, el 50,14% (19.250) lo fue por delitos contra la propiedad, 13,35% (5.127) por delitos contra la integridad física, 2,18% (838) por accidentes y contravenciones, el 0,90% (347) por delitos contra la vida, el 0,66% (255) por delitos contra la integridad sexual, 0,11% (41) por suicidios y abortos y un 32,65% (12.538) restante en la categoría de “otros”.

Estas mismas cifras para el primer semestre de 2008 señalan que sobre el total de adolescentes imputados, el 44,90% (7.267) lo fue por delitos contra la propiedad, el 14,35% (2.323) por delitos contra la integridad física, el 1,85% (300) por accidentes y contravenciones, el 1,04% (169) por delitos contra la vida, el 0,55% (89) por delitos contra la integridad sexual, el 0,05% (8) por suicidios y abortos y un 37,25% (6.028) restante en la categoría de “otros”.

A continuación se abordará específicamente los datos disponibles referidos a “privación de libertad”, tanto asistencial como penal, destacando este ítem como uno de los desafíos actuales en materia de mejoramiento de atención institucional a NNyA.

Gráfico 9. Cantidad de causas penales por tipo de delito agrupado, en porcentaje- Pcia. de Bs. As. (1999-2008)



1) Incluye hurto, robo, asociación ilícita, daños y violación de domicilio // 2) Incluye lesiones, lesiones culposas y hábeas corpus
 3) Incluye homicidio y homicidio culposo // 4) Incluye violación // 5) Incluye suicidio y aborto
 6) Incluye accidentes, faltas y contravenciones // 7) Otros según propios datos de la fuente, sin aclaraciones

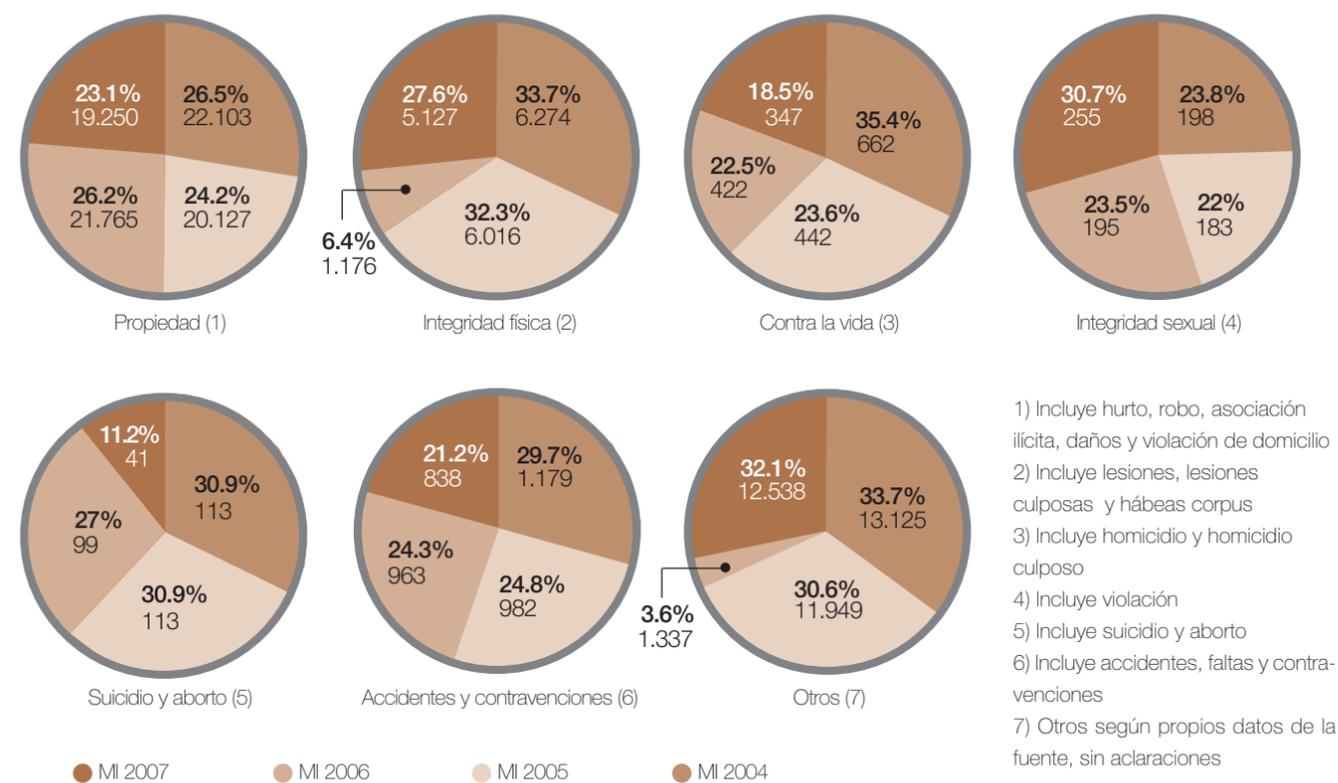
(*) 2008: Porcentuales correspondientes al primer semestre.

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

4.4 Privación de libertad: pocas cifras para un problema complejo

Antes de analizar los datos cabe enunciar las definiciones vigentes en la interpretación de este concepto, habida cuenta de la profusión de la noción de privación de libertad como medida de *ultima ratio* que suele acompañarse de una interpretación (y medición) parcial de la misma. Por ello, damos por base que se considera la aplicación de la regla 11.b de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, que explicita el significado unívoco de la misma en tanto refiere a: “*Toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública*”. Reforzando esa definición, el *Manual para Cuantificar los Indicadores de Justicia* de UNICEF de 2008 agrega que: “*Un niño está privado de libertad cuando se le coloca bajo cualquier forma de detención o encarcelamiento en un marco público o privado del que no se le permite, por orden de una autoridad competente, salir por propia voluntad (...)* Entre estas instituciones pueden figurar establecimientos educativos o de rehabilitación, hogares tutelares de menores, y reformatorios (...) Un niño puede por tanto ser físicamente capaz de salir de una institución de privación de libertad debido a la falta de medidas de seguridad, o el carácter mínimo de éstas.

Gráfico 10. Cantidad de NNyA incluidos en causas penales por año, según detalle - Pcia. de Bs. As. (2004-2007)



1) Incluye hurto, robo, asociación ilícita, daños y violación de domicilio // 2) Incluye lesiones, lesiones culposas y hábeas corpus
 3) Incluye homicidio y homicidio culposo // 4) Incluye violación // 5) Incluye suicidio y aborto
 6) Incluye accidentes, faltas y contravenciones // 7) Otros según propios datos de la fuente, sin aclaraciones

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

Sin embargo, si esta salida infringe una orden de una autoridad competente, el niño debe ser considerado como privado de libertad”³¹.

Lamentablemente, las escasas cifras disponibles del Poder Ejecutivo no consideran a los adolescentes en regímenes de semi-libertad ni otro tipo de instituciones (comunidad terapéutica, hogares, etc.). No obstante, y asumiendo la incompletitud de los datos en relación a la definición suscripta, a continuación desarrollaremos el análisis específico de la temática.

Mientras que las causas totales mermaron en un 42% entre 2006 y 2007 y los NNYA involucrados descendieron en un 34%, los NNYA internados (eufemismo para denominar la privación de libertad) descendieron un 40% entre ambos años.

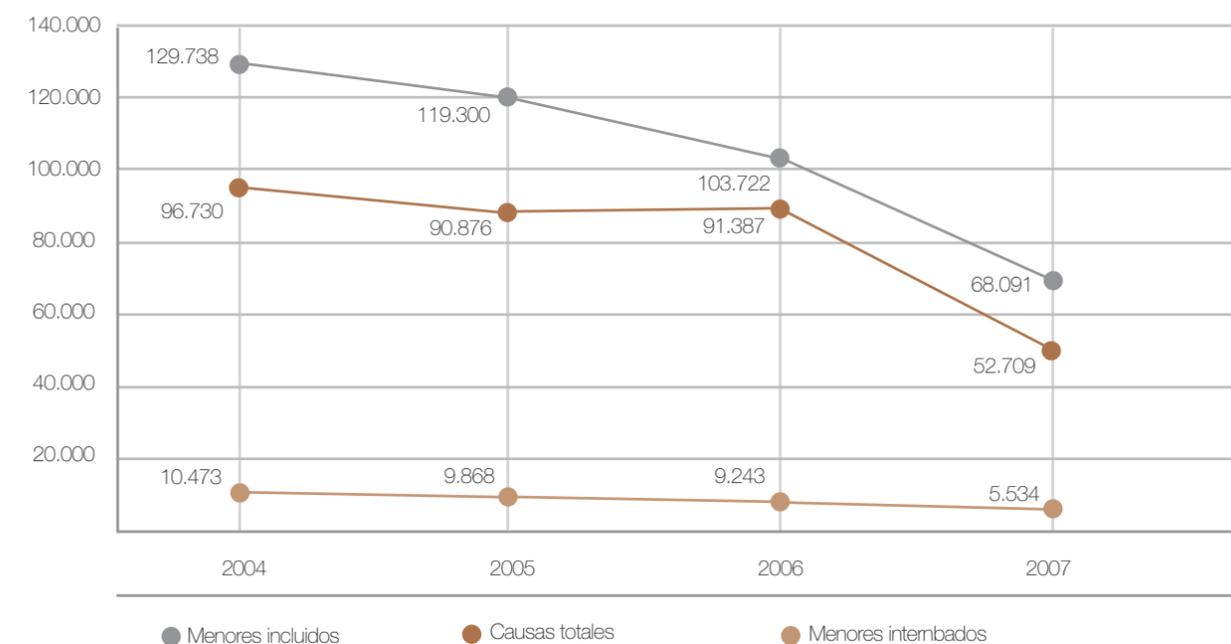
Esta cifra refiere a los NNYA “internados” por causas judiciales, independientemente de la naturaleza asistencial o penal: mientras en 2001 se contabilizaron 8.691 adolescentes “internados” por causa asistencial (83% del total), los NNYA “internados” por causa penal ascendieron a 1.776, es decir, representaron el 17% de los NNYA privados de libertad. Para 2007 esta proporción se mantuvo en el mismo orden, registrando una leve modificación en la primera mitad del año 2008, con 19% (776) de adolescentes “internados” por causas penales y 81% (3243) por causas de tipo asistencial (ver Gráfico 12).

En cuanto a los lugares de alojamiento para los adolescentes “internados” privados de libertad con arreglo a la regla 11.b por causa penal, para un total de 497 adolescentes “internados” en 2007, 32 se alojaron en unidades carcelarias y 465 en institutos de menores. La misma cifra para el primer semestre de 2008 es de 18 adolescentes en unidades penales (6%) y 299 en institutos (94%), datos que proyectados a la totalidad del período 2008 –12 meses– asumirían los valores de 36 y 598 NNYA respectivamente. Sobre este punto es imprescindible señalar que –aun en las estadísticas oficiales– se registran menores de edad alojados en comisarías hasta el año 2006 (9 adolescentes, correspondientes al 0,75% de “internados” de dicho período), aun cuando esta modalidad de “alojamiento” está expresamente prohibida por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires desde el año 2004, cuando acontece la muerte de cuatro adolescentes calcinados en la comisaría Primera de Quilmes³².

Desagregado por sexo, sobre el total de menores de edad “internados” en 2007, el 59% eran varones y el 41% mujeres. Estas cifras, discriminadas por tipo de causa, arrojan que en las de tipo penal el 85% de los “internados” son varones y un 15% mujeres. En cambio, entre las internaciones por causa asistencial, solo el 53% correspondía a varones y el 47% a mujeres para el mismo período. Esta medición para el primer semestre de 2008 se mantiene para la totalidad de causas, con un 58% de internados varones y un 42% de mujeres y para las causas asistenciales (en el orden de 53% de varones y 47% de mujeres). En cambio, las internaciones por causa penal en este período cambian respecto del 2007, registrándose un aumento del 5% en las mujeres, que abarcan el 20% de las internaciones por causa penal, siendo el restante 80% de varones (ver Gráfico 14)

Al efectuar el análisis de las internaciones al interior de cada género, se observa que para 2007, sobre el total de mujeres internadas por causa judicial, el 6% correspondía al ámbito de lo penal y el 94% restante a causas asistenciales. Este guarismo aumenta levemente durante el primer semestre de 2008 para las internaciones femeninas por

Gráfico 11. Cantidad total de causas, menores incluidos e internados por año - Pcia. Bs. As. (2004-2007)



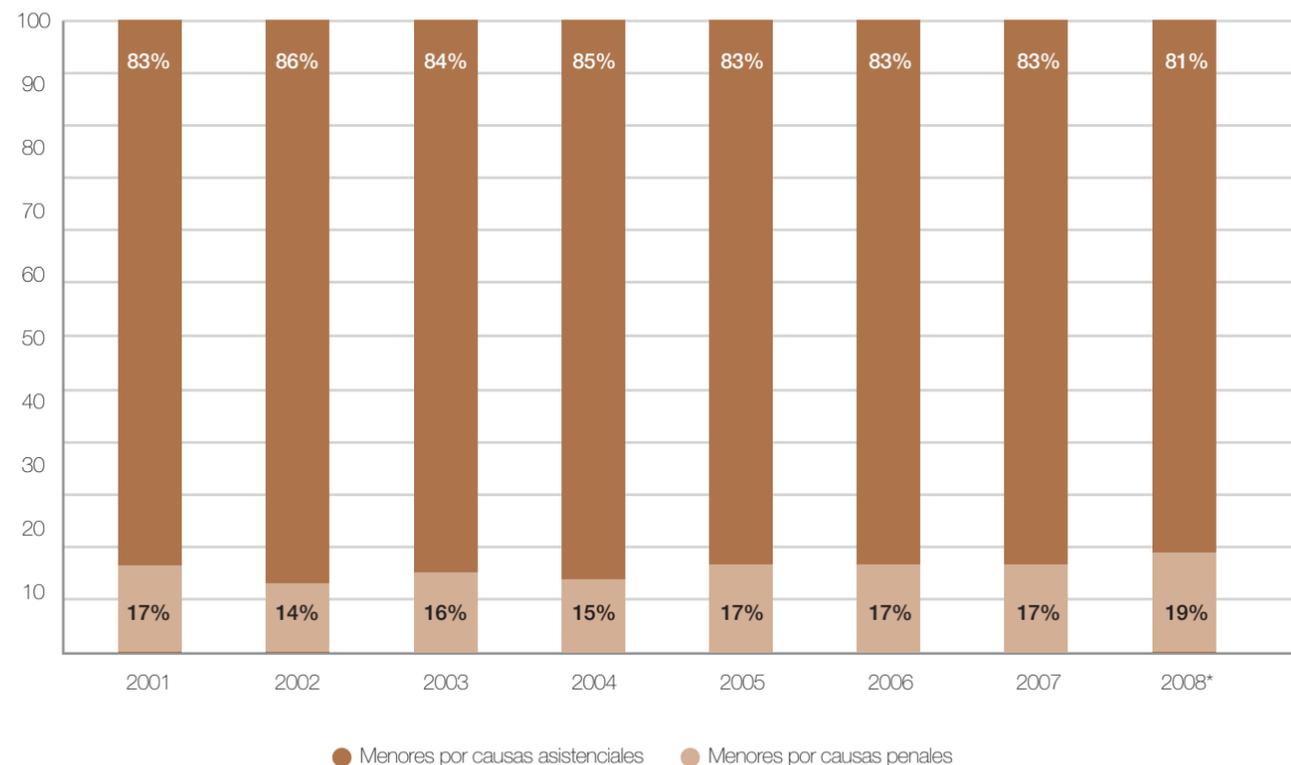
Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA

La cantidad de causas totales presentada en este gráfico para el año 2007 difiere en -608 casos respecto de las cifras generales (Gráfico 1). Ello se debe a una inconsistencia de la fuente en los N de la información desagregada en relación a los N totales. de todos modos esta aclaración es a fin de no generar confusión pero resulta poco significativa estadísticamente en este caso.

causa penal, que se ubican en el orden del 9% (siendo el 91% restante de tipo asistencial). En cambio, al analizar el tipo de internación al interior del conjunto de varones, se observa que para 2007 el 25% se hallaba privado de libertad por causas penales y el 75% restante por causas asistenciales. El mismo registro para el primer semestre de 2008 señala un leve aumento de las internaciones por causa penal, que se ubican en el 27% respecto del 73% restante de internaciones por causa asistencial.

Al analizar los datos en forma comparada, se establece que para el año 2007 (excluyendo las causas civiles) se registraron 52.709 causas totales, que involucraron a 68.091 NNYA, de los cuáles 5.534 fueron internados. Ello significa que del 100% de menores incluidos en causas durante el 2007, el 8,13% fue internado, cifra que para el año 2006 había sido de 8,91%; de 8,27% para el 2005 y de 8,07% para el 2004, o sea que venían decreciendo las internaciones pero también las causas iniciadas. La proporción de institucionalizaciones por causas iniciadas se mantuvo más o menos constante: 1 de cada 12 NNYA que ingresaban a los Juzgados de Menores obtenía como respuesta judicial la derivación a internación. Sin embargo, este guarismo de

Gráfico 12 - Cantidad de menores internados según causa, en porcentaje - Pcia. de Bs. As. (2001-2008)



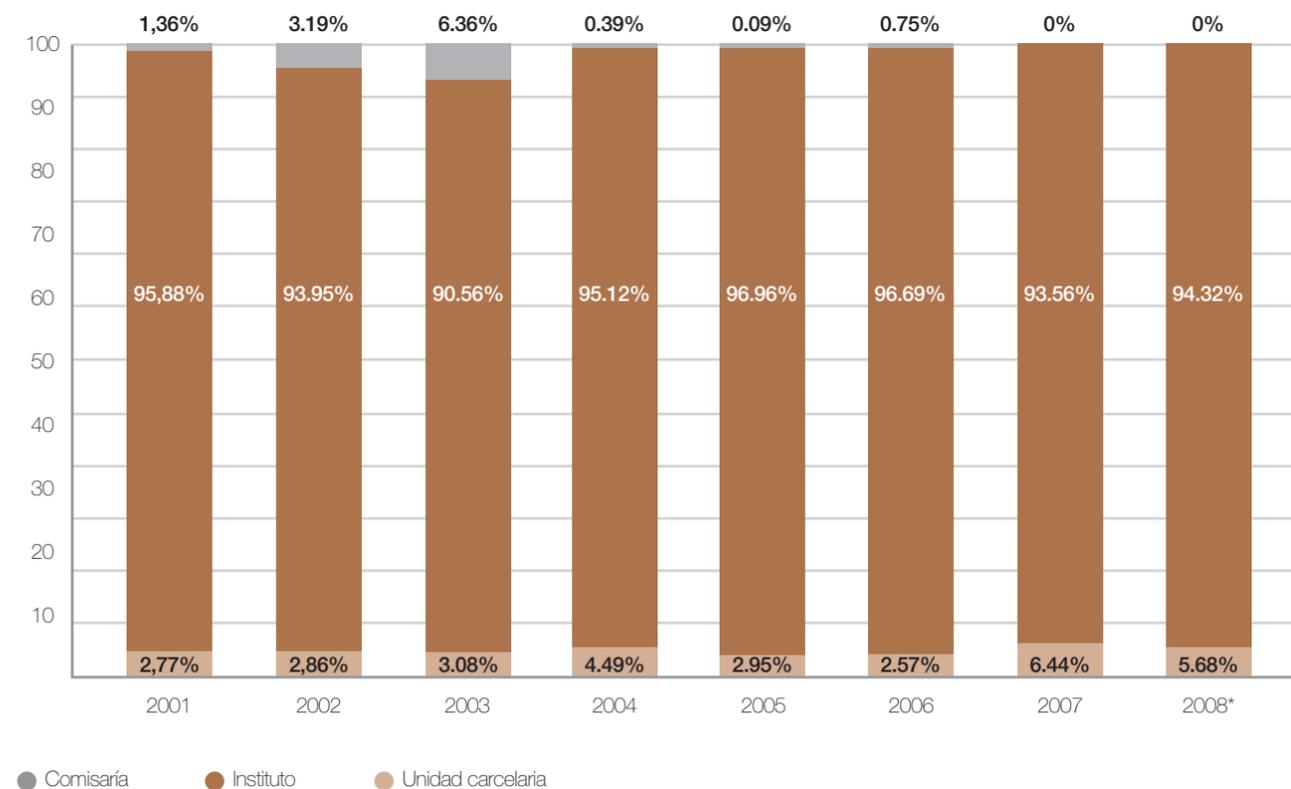
(*) 2008: Porcentuales correspondientes al primer semestre.

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

porcentaje de internados que fluctúa entre el 8% y 9% entre los años 2004-2007 define un fuerte revés durante el primer semestre del año 2008, en el que la proporción de internados sobre el total de involucrados en causas asciende al 21,46%. Esta importantísima suba es sumamente difícil de interpretar a la luz de los datos disponibles y de las implicancias y transformaciones resultantes de los cambios legislativos e institucionales antes reseñados. No obstante, aún con imprecisión estadística, podemos advertir que la privación de libertad constituye para las leyes 13.298 y 13.634 (además de los tratados internacionales, CDN y Constitución Nacional) una medida excepcional y de *ultima ratio* sobre la cuál debe desplegarse una especial vigilancia y control, máxime a la luz de estas rudimentarias tendencias, construidas artesanalmente con los escasos datos disponibles.

No obstante, al desagregar esta comparación entre menores de edad incluidos en causas e internados por tipo de causa, se desprende que solo el 4,79% de los adolescentes internados en el primer semestre de 2008 lo estaban por causas penales, correspondiendo la enorme cantidad de NNyA restantes a internaciones de tipo asistencial. Efectivamente, teniendo en cuenta los datos del Poder Judicial, en este pe-

Gráfico 13. Cantidad de menores internados por causa penal según lugar de alojamiento, en porcentaje - Pcia. de Bs. As. (2001-2008)



(*) 2008: Porcentuales correspondientes al primer semestre.

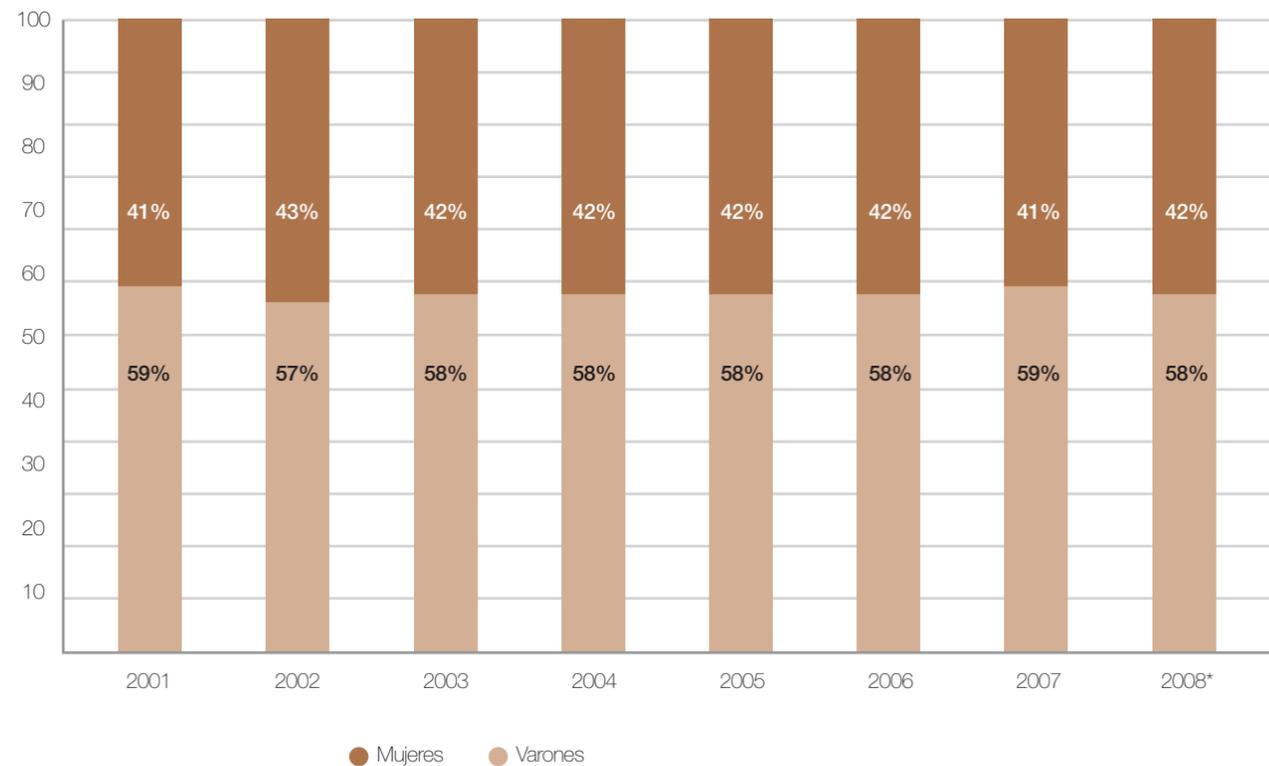
Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

ríodo se abrieron 2.078 causas asistenciales que involucraron a 2.546 NNyA. Sin embargo, y para ese mismo período y según la misma fuente, había un total de 3.243 NNyA internados por causa asistenciales, o sea, una cantidad mayor de internados que de causas abiertas. Se presume que este sobredimensionamiento de menores internados por causa asistencial en relación al total de causas ingresadas y NNyA involucrados se debe a la pervivencia de NNyA que originalmente ingresaron al sistema durante el período de vigencia de la Ley de Patronato, y que aún circulan en las mallas de la justicia tutelar. Lamentablemente, la inexplicable ausencia de información oficial sobre la reforma y transición normativo-institucional hace que no podamos dar mayores precisiones sobre los NNyA que ingresaron al sistema antes de su reforma y que han quedado “atrapados” en la transición.

Estas cifras corresponden a las órdenes de internación informadas por los juzgados al Departamento de Estadísticas del Poder Judicial, es decir, refieren a la voluntad internativa judicial. Lamentablemente, el organismo técnico administrativo encargado de la tutela, internación y asistencia institucional de los NNyA bajo orden judicial (Subsecretaría de Niñez y Adolescencia de la PBA) ha dejado de producir estadísticas

a partir del año 2005 hasta la actualidad –esto en el mismo período en el cual se sanciona y pone en marcha la nueva normativa sobre infancia–, las que constituirían un sustrato ineludible de información necesaria para la evaluación, análisis y debate sobre la temática, máxime teniendo en cuenta la desjudicialización de las causas de índole asistencial (y por ende la “pérdida” del registro cuantitativo del devenir de dichos NNyA en tanto no se contabilizan más en el departamento de estadísticas del

Gráfico 14. Cantidad de menores internados según sexo, en porcentaje - Pcia. de Bs. As. (2001-2008)



(*) 2008: Porcentuales correspondientes al primer semestre.

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

Poder Judicial)³³. Aún más, la producción y difusión de esta información estadística constituye una necesidad urgente e imperiosa en el marco del principio de coresponsabilidad entre el Estado (Poder Ejecutivo y Judicial), organizaciones de la sociedad civil y familias, que estructura el nuevo paradigma legal en materia de infancia (principalmente en cuanto a temáticas socioasistenciales, que se pasan a la órbita del Ejecutivo, junto con la descentralización y atención local de los casos). Ello coloca en la “deriva de las sensaciones” al debate que involucre al universo de NNyA. Esta

omisión en la producción de datos estadísticos (que de existir deben ser rigurosos, precisos, desagregados y confiables) constituye una gravísima falta por parte del Estado en su esfera administrativa³⁴.

5 • Conclusiones y reflexiones: la reproducción de la discrecionalidad

La falta de información específica sobre la cantidad y situación de adolescentes del “viejo sistema” que han quedado a la deriva de la transición requiere la confección de información pública y confiable por parte de las instituciones del Estado facultadas a tales fines, con el objetivo primordial de garantizar los derechos y garantías también para este conjunto de jóvenes atrapados entre ambos sistemas y marcos legales. La invisibilización de este grupo en las escasas cifras oficiales constituye, sin dudas, una preocupación central, que nuevamente es arrojada frente a la ausencia de estadísticas a la engañosa arena de las emotividades.

Conviene poner de relieve las impresiones que arroja una mirada en perspectiva sobre el fenómeno de las fuentes de información. Se viene constatando que la cultura del dato, finalmente, se ha instalado. Los motivos no siempre aluden a buenas razones: en muchos casos se trata de informes de auditoría, confeccionados con la pretensión de los formatos de evaluación y diseño que prevén los organismos de ayuda financiera internacional para financiar programas y políticas públicas. La ausencia de datos ha sido un problema muy serio a la hora de confeccionar diagnósticos que dieran fundamentos claros a los problemas a resolver. Los números, si bien todos están a expensas de manipulaciones estadísticas, tienen una contundencia que habilita una elocuencia que los ubica en un alto nivel de credibilidad. La cultura *massmediática* del efecto y el impacto contribuyen a ello.

Hoy por hoy, hay mucha más información disponible, pero por ese mismo motivo también hay mayor fragmentación y atomización. La lectura integrada resulta mucho más difícil y más aún en un país federal como la Argentina, donde la producción local de información reconoce en sí misma grandes heterogeneidades, aunque a nivel país es indudable que hoy existen muchísimas más fuentes de datos y usinas generadoras de información que las que existían hace algunos años atrás. Es paradójico que en la sociedad de la información, con tantas posibilidades tecnológicas de medición y de divulgación, la información en vez de “florecer” y dar soporte argumentativo a discusiones, se marchite en lógicas que promueven el desconocimiento a partir de la omisión, la negligencia o la falta de voluntad.

También es cierto que la temática en particular de la delincuencia juvenil habilita a una especial sensibilidad referida a la activación de los miedos sociales: pánico social, alarma social, etc., y que precisamente por eso, la producción de información confiable, fehaciente y veraz puede contribuir grandemente a reducir la discrecionalidad con la que se habla de los jóvenes y sus estilos de vida.

Es así que a medida que se avanza en el conocimiento de las distintas usinas generadoras de información sobre la adolescencia infractora a la ley penal –en distintos niveles–, también se vislumbra con una claridad meridiana la complejidad y el desafío que supone pensar un sistema integrado de información para monitorear información mínima³⁵.

Soñar con un sistema único de registro de información desagregada, precisa, ri-

gurosa y prolongada en el tiempo no encuentra sus vallas en cuestiones de desarrollo tecnológico, informático, técnico, presupuestario o normativo, sino simplemente en la voluntad política y seriedad institucional que merecen –como mínimo– los NNyA intervenidos por el Estado.

Notas

1 - Las fuentes de información compulsadas provienen de: 1) el Departamento de Estadísticas de la Procuración de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; 2) la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y 3) la Dirección de Institutos Penales de la Subsecretaría de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires.

2 - En cada caso se extendió o restringió el período abarcado por la serie. Así, según disponibilidad de la fuente, algunas series arrancan en el año 1999 y otras en 2004.

3 - Ley 12.067 de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Joven.

4 - Ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños.

5 - Proyecto IM40/SECYT 2002-2005. “Observatorio de Control social institucional policial, judicial, carcelario y administrativo ejercido sobre adolescentes y jóvenes en tres jurisdicciones argentinas. Estudio de caso: Ciudad de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires y Mendoza”, en el se abordaron todas las dimensiones del control social arriba nombradas y que luego, al momento de finalización del subsidio, fue resignificado en su carácter de transferencia social como proyecto con reconocimiento institucional de la FSC/UBA, inscribiéndose en el Programa de Reconocimiento institucional de la Facultad de Ciencias Sociales (Proyecto R07-113 y R08-108) y en tal carácter continúa desarrollando sus actividades en el Grupo de Estudios e Investigación, Infancia y Juventud del Instituto Gino Germani/FSOC/UBA.

6 - Sobre el particular, Guemureman, Silvia, Acuerdo de Cooperación UNICEF-Oficina de Argentina - Instituto Gino Germani “Anexo1: Proyecto A: Sistema de producción de información para el monitoreo de adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal en Argentina, 2004”; también, Guemureman, Silvia y Daroqui, Alcira, *La niñez ajusticiada*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. Además, otros documentos: Guemureman, Silvia, “Información fehaciente sobre niños y adolescentes autores de delitos: insumo necesario e impostergable para el diseño de una política penal responsabilidad juvenil” Documento para UNICEF - Oficina de Argentina, 1999; y Guemureman, Silvia y Gugliotta Adriana, “Relevamiento sobre el estado del arte de la información y de las fuentes de datos en relación a diferentes problemáticas infanto-juveniles”, Documento para UNICEF - Oficina de Argentina, 1997.

7 - Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

8 - Tal como podrá observarse en el apartado tercero, en cada caso de explicita la fuente utilizada.

9 - Azcarate, Julieta y Guemureman, Silvia, “Organismos técnicos administrativos del derogado Patronato: un panorama cuantitativo de la situación de personas menores de edad privadas de libertad por la comisión o presunta comisión de delitos”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia, n.º 34, Editorial Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

10 - Un antecedente insoslayable es “Situación de niños, niñas y adolescentes privados de libertad en la Provincia de Buenos Aires”, investigación del CELS, UNICEF y la Universidad de Buenos Aires,

2003; luego “Privados de libertad: Situación de niños, niñas y adolescentes en la Argentina”, informe del Ministerio de Justicia / Secretaría de Derechos Humanos, 2006; y finalmente, “Adolescentes en el sistema penal, situación actual y propuestas para un proceso de transformación”, informe elaborado en forma conjunta por SENNAF, UNICEF y la Universidad de Tres de Febrero, 2008, que proporciona información general sin discriminación por jurisdicción.

11 - Beloff, Mary, “Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía”, presentación en el IV Séminaire “Perspectives régionales: intégration économique et une protection sans discrimination des droits sociaux et économiques dans les Amériques”, organizado por el Centre d'Études sur le Droit International et la Mondialisation, Montreal, Université de Québec, 25/11/2005, bajo el título “Les droits sociaux et économiques des enfants: les paradoxes de la souveraineté”.

12 - Damos por descontado el carácter selectivo del sistema de control socio penal. Al respecto véase: Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI editores, Bs. As, 1989 y Pavarini, Massimo, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México, 1983.

13 - Cabe destacar que existen datos más actualizados correspondientes a la última onda de la EPH realizada en 2008. No obstante, la disponibilidad de estos datos es restringida por el organismo oficial de estadística pública. Se ha intentado solicitar los datos desagregados al organismo nacional y al departamento estadístico provincial para el conjunto poblacional de menos de 18 años en esta medición, resultando esta una gestión sin ningún éxito.

14 - Fuente: INDEC. Dirección Nacional de Estadísticas Sociales y de Población. Procesamientos especiales de la Dirección de Estadísticas Sectoriales, disponible en: www.indec.mecon.gov.ar

15 - Este número resulta del cálculo del porcentaje de NNyA bajo línea de pobreza para GBA en la EPH del segundo semestre de 2005 (44,5%) en relación a la cantidad de NNyA que habitaban en GBA según el censo 2001 (2.690.932). Los últimos datos aparecidos hacen pensar que la situación de pobreza e indigencia habría aumentado en forma significativa en la jurisdicción bonaerense, afectando coextensivamente a una mayor cantidad de NNyA.

16 - Nota: la “privación material” es uno de los componentes del Índice de Privación Material de los Hogares que suma a todos los hogares que tienen algún tipo de privación. El Índice de Privación Material de los Hogares clasifica a los hogares según su situación de privación material, considerando dos dimensiones: patrimonial –que tiene en cuenta las condiciones habitacionales– y de recursos corrientes –que considera la capacidad económica del hogar–. La combinación de estas dimensiones define cuatro grupos de hogares: sin ningún tipo de privación, con privación sólo patrimonial, con privación sólo de recursos corrientes y con privación convergente (cuando presentan privación patrimonial y privación de recursos corrientes simultáneamente). Fuente: INDEC, Dirección Nacional de Estadísticas Sociales y de Población. Procesamientos especiales de la Dirección de Estadísticas Sectoriales en base a información derivada del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas. 2001

17 - Porcentaje de hogares con niños, niñas y adolescentes bajo LP y bajo LI respecto al total de hogares bajo LP y bajo LI en cada región. Fuente: INDEC, Dirección Nacional de Estadísticas Sociales y de Población. Procesamientos especiales de la Dirección de Estadísticas Sectoriales en base a información derivada de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) continua; segundo semestre de 2005.

18 - Informe disponible en: www.abc.gov.ar/LaInstitucion/Organismos/Planeamiento/pdfreportesestadisticos/2006_educacionypobreza.pdf

19 - Fuente: Departamento de Estadísticas de la SCPBA.

20 - Al respecto de las vicisitudes en la sanción y entrada en vigencia de dicha normativa, véase Guemureman Silvia y Azcarate Julieta, “Informe sobre la cuestión legislativa en la Provincia de Buenos

Aires”, en: <http://www.observatoriojovenes.com.ar>, 2005, y López, Ana Laura, “Los largos y sinuosos caminos de la reforma: Acerca de la transformación legislativa e institucional de la Provincia de Buenos Aires. Poder, resistencias, desidia y, por último, derechos de la infancia”, en: <http://www.observatoriojovenes.com.ar>, 2008.

21 - Las cifras anunciadas excluyen a los NNyA involucrados en causas civiles (patria potestad, adopción, venias supletorias y “otros”), que para el año 2007 registraron 319 causas y para el primer semestre de 2008 152 causas (la fuente no registra la cantidad de NNyA involucrados en este tipo de causa).

22 - Ídem anterior respecto de causas civiles.

23 - El 18/03/09 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires emitió la Acordada 105.502 referida a: “Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil. Causas iniciadas antes de su vigencia”. Allí la SCPBA se expidió sobre la incidencia de la implementación de los órganos del fuero de la responsabilidad penal juvenil en el desarrollo de las causas penales iniciadas antes de la plena vigencia del fuero en esa jurisdicción. Para más información ver: www.scba.gov.ar/sitio/jurisprudencia

24 - No es posible, por cuestiones de extensión, abordar este interesantes análisis en este artículo, ya que necesitaría un profuso desarrollo teórico e histórico a la luz de la evidencia empírica correspondiente.

25 - Esta información está disponible desde el año 2004.

26 - Estos datos resultan del agrupamiento de algunas de las categorías establecidas por la fuente de información original. En la categoría agrupada “delitos contra la propiedad” se han incluido los siguientes ítems de la fuente original (SCPBA): hurto, robo, asociación ilícita, daños y violación de domicilio.

27 - Aquí se ha agrupado lesiones, lesiones culposas y hábeas corpus.

28 - Aquí se ha agrupado accidentes, faltas y contravenciones.

29 - Aquí se ha agrupado homicidio y homicidio culposo.

30 - Aquí solo se incluye violación.

31 - UNICEF, *Manual para Cuantificar la Justicia de Menores*, New York, 2008.

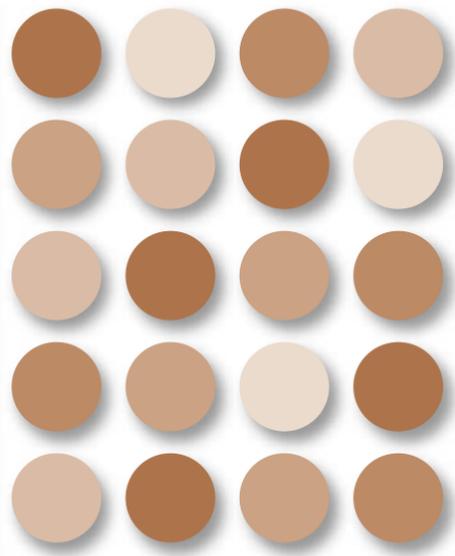
32 - En octubre del año 2004 los calabozos n.º 1 y 2 de la Seccional Primera de Quilmes, destinados a alojar menores de edad, se incendiaron. Como consecuencia de dicho incendio nueve jóvenes fueron internados en los servicios de terapia intensiva de distintos establecimientos (Hospital I. Iriarte de Quilmes, Clínica del Niño de Quilmes, Htal. de Gonnet de La Plata); cuatro jóvenes fallecieron y los cinco restantes fueron dados de alta habiendo padecido lesiones de diferente consideración. En ese momento se dicta la Resolución 1.623/04 del Ministerio de Seguridad, entonces a cargo del Dr. León Arslanián, que prohíbe el alojamiento de personas menores de edad en comisarías, ratificando la Acordada 2.768/97 de la Suprema Corte de Justicia de la PBA. Asimismo, el Ministerio de Desarrollo Humano, entonces a cargo del Dr. Juan Pablo Cañero, saca la disposición 1.212/04 que acota las demandas de internación ya que establece en uno de sus Anexos, los “Lineamientos para la tramitación y la gestión de ingresos de adolescentes con causas judiciales penales en el sistema internativo”. Sobre este tópico, Cf. Azcárate-Guemureman, “Informe de la Dirección Provincial Tutelar. Situación de las personas menores de edad privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires”, 2006, publicado en www.observatoriojovenes.com.ar/publicaciones/informesobservatorio.

33 - Existen cifras hasta el año 2004, elaboradas por el ahora ex Consejo del Menor, que reunía estadísticas y datos referentes a diversas variables de los NNyA tutelados por este organismo. Sobre la última información de este tipo que fue posible obtener correspondiente al año 2004, se efectuó el análisis presentado en el artículo “Informe sobre Población alojada en institutos de seguridad y asistenciales. Una mirada necesaria” de Guemureman y Azacarte (2005), disponible en: www.observatoriojovenes.com.ar

Durante el último año se han efectuado intensos intentos de obtener esta información por parte del organismo técnico administrativo (ex Consejo del Menor, actual Subsecretaría de Niñez y Adolescencia) sin haber podido obtener los mismos. La única información obtenida después de dichas gestiones fue la cantidad actual de adolescentes intervenidos, habiéndose informado que dicha institución carece de las series históricas discontinuadas desde el 2004.

34 - Sobre la importancia de la producción de indicadores de justicia penal juvenil véase *Manual para Cuantificar la Justicia de Menores*, UNICEF, New York, 2008.

35 - Es interesante que la implementación de sistemas de información forma parte de todas las agendas de los organismos internacionales de Naciones Unidas y de los programas de cooperación 2010-2014.



Nueva organización judicial y puesta en funcionamiento del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

Articulación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial

Flavia Valgiusti

Flavia Valgiusti

Directora del Instituto del Menor y la Familia del Colegio de Abogados de San Isidro.

Ex jueza de menores del departamento judicial de San Isidro.

1 • Introducción

La entrada en vigencia del nuevo marco legislativo en la Provincia de Buenos Aires, con la sanción de la Ley 13.298 de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños de la Provincia de Buenos Aires y sus complementarias 13.634 y 13.645, evidencia un enorme cambio en las relaciones jurídicas, institucionales y sociales de la comunidad en relación a los niños y adolescentes. También implica una fuerte apuesta a nuevas reglas de juego, que modifican sustancialmente las responsabilidades políticas de los distintos actores y que apuntan, fundamentalmente, a nuevas prácticas institucionales.

Se trata de un desafío sin precedentes que requiere de un proceso de deconstrucción de un sistema inscripto en la lógica tutelar y de co-construcción de un nuevo modelo que privilegia las garantías jurídicas y el protagonismo de los verdaderos actores: los jóvenes, la familia y la comunidad, con un fuerte anclaje en las políticas públicas y su correlato de responsabilidades políticas.

Sin embargo, es necesario visualizar que un cambio de paradigma como el apuntado no se limita al cambio normativo, sino que requiere de una estructura institucional que provea de solidez y sustento al nuevo foco de intervención: la restitución de derechos vulnerados en el marco institucional de prácticas inscriptas en el contexto jurídico más amplio de los derechos humanos.

A su vez, si lo que enunciamos es un cambio de paradigma, debemos recordar que el autor de la teoría de las revoluciones científicas, Thomas Kuhn, nos revela que el cambio se produce a través de verdaderos quiebres epistemológicos resultado de la crisis del sistema anterior, que ya no puede dar respuesta a los fenómenos observables, lo cual genera un emplazamiento normativo de la nueva cosmovisión. Sin embargo, este pasaje no es pacífico sino que, por el contrario, produce una verdadera “revolución” en la forma de percibir la realidad y su tratamiento. Si a su vez complejizamos aún más esta línea de pensamiento, podemos observar que los cambios no son lineales y homogéneos sino que por el contrario, en términos de proceso, pueden darse avances y retrocesos en los distintos subsistemas, que se desarrollan en tiempos y espacios que no necesariamente sintonizan. De allí que el “ruido” que produce el cambio, producto de la parcialidad de los distintos puntos de observación, no nos permita visualizar con claridad el sentido que adopta el mismo en las distintas fases del proceso.

Humberto Maturana y Franciso Varela¹, epistemólogos constructivistas, señalan que lo importante del cambio es lo que se conserva. Podemos afirmar que ahora tenemos una perspectiva distinta del niño en cuanto a su centralidad en los procesos que lo afectan, sin embargo, hay algo que hemos conservado desde la Ley Agote

hasta ahora, y es el concepto valor de protección de la infancia. Aunque ahora, y a la luz de la experiencia transcurrida en estos casi 90 años, este principio adquiere dimensiones totalmente nuevas. Hemos comprendido que el niño es un sujeto pleno de derechos y que nuestra función es garantizar el ejercicio de esos derechos. Esta nueva perspectiva implica un lugar diferente para el operador y la construcción de un marco ético nuevo desde la intervención institucional. A pesar de ello, se hace necesario visualizar el nexo histórico que nos une a esa visión primigenia a fin de contextualizar los cambios que se van produciendo, tanto en la forma de definir el campo de intervención como la modalidad de la misma. Es necesario que el nuevo modelo no se construya “en oposición” al anterior, sino que superada la etapa de revisión crítica, se avance en la consolidación de prácticas institucionales que efectivicen el nuevo orden.

2 • Modelos de justicia penal juvenil

Un aspecto a tener en cuenta es el relacionado con la eficacia normativa. Este se refiere a la naturaleza particular de las legislaciones de infancia, ya que éstas abarcan a más de una generación por su duración en el tiempo y son modeladoras de las relaciones sociales. En ese sentido, deben ser leyes que garanticen un estándar parejo de aplicación y que puedan ser comprendidas por los clientes del sistema, los niños, los adolescentes y sus familias. Es necesario tener en cuenta que la norma operará en distintos contextos socioculturales, por lo tanto, es importante anticipar y regular el impacto que producirá su aplicación en las instituciones existentes y en la comunidad.

En el nivel normativo, la reforma introducida en la Provincia de Buenos Aires – a través de las leyes 13.298/05, 13.634/07, 13.645/07, 13.772/07, 13.797/08, 13.814/08, 13.821/08, los decretos 66/05, 300/05, 44/07, 151/07 y las resoluciones del Ministerio de Desarrollo Humano 166/7 y 172/7– constituye un nuevo modelo de justicia penal juvenil acorde a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, especialidad, contradicción, adecuación, mínima ofensa del proceso, no estigmatización y residualidad de la detención.

¿De qué modelo de justicia penal juvenil estamos hablando? Si partimos de la distinción que efectúan James Dignan y Michel Cavadino² entre modelo de justicia, modelo de bienestar, modelo de mínima intervención y modelo de justicia restaurativa, podemos concluir que el nuestro es de naturaleza mixta. Sustancialmente, es un modelo de justicia en tanto se relaciona con el comportamiento criminal tal y como es definido en la ley penal, y la reacción del Estado es proporcional a la gravedad del crimen y a la determinación de culpabilidad, resultando la respuesta penal el corolario de un proceso técnico a través de profesionales de la ley. A su vez, involucra instituciones de bienestar social (medidas de integración social y educativas), respetando el principio de mínima intervención (artículo 40 de la Ley 13.634) con algunos elementos de justicia restaurativa (mediación víctima-infractor como medida alternativa).

Por otra parte, como afirma Frieder Dünkel³, los modelos raramente se presentan en su forma pura, generalmente se trata de sistemas mixtos con mayor o menor grado de incorporación de elementos de los modelos de bienestar, justicia restaurativa y mínima intervención.

El mismo Dünkel, al analizar las políticas criminales juveniles europeas, nos alerta de la tendencia manifestada inicialmente en países como Inglaterra, por la que las “4 Rs” (responsabilidad, restitución, justicia restaurativa y retribución) están reemplazando las “4 Ds” de los años ‘60 y ‘70 (diversificación, descriminalización, desinstitucionalización y debido proceso) en la misma línea de lo que Cavadino y Dignan referencian como modelo “neo-conservador”.

Ahora bien, un modelo mixto de estas características requiere, en primer término, de un ordenamiento legal que regule la cooperación entre los dos sistemas: justicia y bienestar. A su vez, este esquema necesita, fundamentalmente, de la creación de la infraestructura adecuada, tanto desde el punto de vista de la calidad y capacitación de recursos humanos, cuanto en relación a la dotación de profesionales para afrontar la escala y complejidad de la problemática. En países como Austria, Alemania y los Países Bajos, los programas de reforma fueron sometidos previamente a una verificación empírica de los proyectos de practicidad y aceptación, los cuales fueron sistemáticamente controlados antes de la puesta en funcionamiento del nuevo sistema. Siempre es esperable un cierto grado de resistencia a la aplicación del nuevo menú de medidas, renuencia que puede ceder mediante la capacitación intensiva y continua junto al monitoreo de las nuevas prácticas.

En una reforma de tal magnitud resulta fundamental la inversión en investigación para poder proveer al sistema, en su conjunto, del horizonte y la perspectiva necesaria para corregir las desviaciones que puedan producirse y redefinir, llegado el caso, el modelo en función de las prácticas generadas.

Otra perspectiva a tener en cuenta es que un modelo del tipo mixto ofrece salidas del proceso que necesitan ser monitoreadas con efectividad, lo que produce un *feed back* que debe retroalimentar el sistema justicia. Este aspecto ofrece dos caras. Por un lado, permite la flexibilización y adecuación de la respuesta penal al joven en su situación particular. Pero por otra parte, si la intervención no cuenta con una estructura institucional que recepte la medida y controle su cumplimiento, tendrá efectos en los índices de reincidencia y, a mediano plazo, puede reforzar un endurecimiento del sistema penal, que al no encontrar efectividad en la respuesta, toma reaseguro a través de medidas más restrictivas.

Esto se debe a que en toda reforma de semejante envergadura se hace necesario realizar un análisis prospectivo del diseño y de las distancias de curvatura que separan las distintas trayectorias de realización del proyecto en función de los distintos contextos en que se concreta. Sin lugar a dudas, la calidad institucional que requiere la incorporación de elementos del “modelo de bienestar” será el vector de más incidencia en las nuevas prácticas. No en vano las Recomendaciones del Consejo Europeo sobre las nuevas maneras de lidiar con los jóvenes infractores y el rol de la justicia criminal, de 2003, ponen énfasis en la prevención temprana y en el método de sentencia efectiva y científicamente basada en lo que funciona, con quién funciona y bajo qué circunstancias.

De esta manera, la magnitud del cambio operado nos obliga a poner el foco en la construcción de la nueva institucionalidad en sus dimensiones organizacionales, culturales y políticas, que dado el carácter sistémico de la reforma impacta en el diseño y funcionamiento tanto de instituciones estatales como no gubernamentales de tras-

cendencia para el conjunto social.

Así, el cuadro de situación actual obliga a un mapeo de las configuraciones territoriales y organizacionales en función del nuevo diseño, ya que por un lado emergen nuevos nodos de intervención, como los Servicios Locales y Zonales y los Centros de Referencia, y por otra parte hay una redefinición de los roles y competencias también de las organizaciones civiles. De este modo, el nuevo plexo normativo revela la matriz de un nuevo sistema de competencias y responsabilidades para el conjunto social.

3 • Características del sistema. Niveles de jerarquización

Todo sistema está compuesto de estructura y funciones. Se trata de procesos dinámicos de interacción con mayor o menor grado de interdependencia, según la intensidad del intercambio en función de la tarea en común. En términos de proceso se pueden llegar a visualizar fases de sinergia o desacople de los subsistemas en función del cumplimiento de los objetivos que rigen al mismo.

La ley 13.298, en su artículo 14, define su status y condiciones: *“Un Sistema de Promoción y Protección integral (...) es un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones en el ámbito provincial y municipal, destinado a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino (...) El sistema funciona a través de acciones intersectoriales desarrolladas por entes del sector público, de carácter central o desconcentrado, y por entes del sector privado (...) Para el logro de sus objetivos el sistema debe contar con los siguientes medios: a) políticas y programas... b) organismos administrativos y judiciales c) recursos económicos d) procedimiento y e) medidas de protección de derechos (...).”*

Si bien es cierto que en los artículos subsiguientes la ley desgana las competencias y funciones de los diferentes apartados enumerados como medios para el logro de los objetivos, lo cierto es que este primer artículo del Título II, que es la idea directriz, no logra comunicar eficazmente una jerarquización de los enunciados. En efecto, ubica en un mismo plano los organismos, entidades y servicios, así como al enumerar los medios coloca en un mismo nivel los organismos administrativos y judiciales junto a los recursos económicos, el procedimiento y las medidas de protección.

Lo importante en cualquier sistema es el flujo que se produce entre los integrantes del mismo. Para anticipar las articulaciones se hace necesario discriminar y jerarquizar las estructuras dentro del sistema. Es esperable que la norma regule la modalidad e intensidad de las interacciones de los subsistemas, porque hay un correlato de responsabilidad de diferente grado correspondiente a la atribución de competencias jurídicas.

De igual manera, es necesario precisar que los diversos subsistemas necesitan establecer un patrón de interacciones previsibles para evitar la superposición de acciones y objetivos que pueden llegar a colisionar si cada uno no tiene claro su emplazamiento y misión dentro del conjunto.

¿Cuál es el peligro si no se logra sintonizar y articular los diferentes tiempos, espacios y acciones? La fragmentación, cuya visibilidad resulta patente desde la perspectiva de los clientes, quienes tienen que lidiar con los diferentes subsistemas.

En definitiva, la deficiente jerarquización y discriminación de funciones constituye un factor perturbador al momento de discernir responsabilidades en la intervención.

Más allá de analizar si el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil es un subsistema del Sistema de Promoción y Protección Integral o si por el contrario se trata de un sistema per se, que mantiene puntos de contacto con el Sistema de Protección Integral, el enfoque que aporta más claridad es el de las Reglas de Beijing⁴, cuando ubica a la administración de justicia de menores en el marco general de la política social y establece el objetivo de promover el mayor grado de bienestar posible del joven. Idea directriz que amplía la Observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño en su acápite 15 cuando identifica las cuestiones básicas que debe abarcar una política de justicia de menores. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 33 de la Ley 13.634 al individualizar los principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal: *“... La protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima; también que asuma una actitud responsable ante la sociedad...”*.

Como señala Miguel Cillero Bruñol⁵, si bien se producen tensiones entre el principio interés superior del niño, la protección de la infancia y el Sistema Penal Juvenil, es preciso proceder a un análisis hermenéutico del texto de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (CDN), artículos 3 y 49, a fin de *“... promover una interpretación que haga compatible el interés superior del niño y responsabilidad penal (...) considerarlos como un conjunto de garantías que limitan el poder punitivo del Estado y aseguran la protección de los derechos del niño”* y continúa *“... esta combinación de principios y garantías permitirá redefinir y limitar la aplicación a los adolescentes de sanciones y responsabilidades del sistema penal adultos y, a su vez, que la aplicación de garantías del sistema penal impedirá cualquier uso abusivo de mecanismos coactivos/ sancionatorios...”*. De esta manera, se señala como rasgo característico la complementariedad entre el Sistema Penal Juvenil y el Sistema de Protección.

4 • La organización del fuero penal juvenil

La Ley 13.634, en su Título III, Capítulo I, estructura el diseño del nuevo fuero de responsabilidad juvenil. El artículo 18 señala su integración.

a) Las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal

Como surge del mismo texto, no son especializadas y el artículo 16 indica que entenderán: en el recurso de apelación contra las decisiones de la etapa de Investigación Penal Preparatoria; contra las decisiones que durante el trámite del proceso expresamente se declaren impugnables o causen gravamen irreparable; en el recurso contra el fallo previsto en el artículo 61, referido a la resolución del artículo 56 y a la sentencia del artículo 57, bajo las formas y plazos establecidos en la Ley 11.922 y modificatorias así como en las cuestiones de competencia previstas en el Código Procesal Penal que se susciten entre los Juzgados y/o Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil. Asimismo, y a fin de preservar la garantía de imparcialidad, la ley señala que la sala que haya prevenido en el recurso de apelación no podrá entender en los recursos contra el fallo.

b) Los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil

El artículo 27 señala que la competencia estará dada por los delitos previstos en los artículos 79 (homicidio simple), 80 (homicidio agravado), 119 párrafos 3 y 4 (abuso sexual agravado), 124 (abuso sexual seguido de muerte), 142 bis (privación ilegítima de la libertad agravada), 165 (robo seguido de muerte) y 170 (secuestro extorsivo). El tribunal se constituirá con tres jueces de responsabilidad penal juvenil del respectivo departamento judicial. En los departamentos judiciales que no contaren con tres jueces, el tribunal se integrará con el juez de garantías del joven que no hubiese intervenido en el proceso. En los departamentos judiciales que solo cuenten con un juez de responsabilidad, el tribunal será presidido por éste e integrado con jueces de responsabilidad de otros departamentos judiciales.

c) Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil

Según el artículo 28 serán los órganos de juzgamientos en todos los casos no previstos por el artículo 7, referidos a la competencia de los Tribunales de Responsabilidad Juvenil.

d) Juzgados de Garantía del Joven

El artículo 29 le otorga igual competencia a la asignada al artículo 23 de la Ley 11.922, con la especificidad respecto a los niños.

e) El Ministerio Público del Joven

A los fiscales y defensores especializados, el artículo 31 les atribuye las mismas funciones asignadas por la Ley 12.061, artículos 17, 21 y 22, con la especificidad de serlo respecto de niños. Con igual criterio, el artículo 24 establece que deberán acreditar ante el Consejo de la Magistratura especialización en derechos del niño y conocimiento del Sistema de Protección Integral.

5 • Cuerpo Técnico Auxiliar y práctica interdisciplinaria

El artículo 25 de la Ley 13.634 establece que cada departamento judicial contará con un Cuerpo Técnico Auxiliar único, con el objetivo de asistir profesional y exclusivamente tanto a los órganos jurisdiccionales como a los del Ministerio Público. Está integrado por médicos, psicólogos y trabajadores sociales y se conforma con los recursos humanos de los planteles técnicos de los ex Tribunales de Menores. El artículo 70 de la misma ley sistematiza su función al enunciar que para la determinación de las medidas a aplicar⁶ se deberán tener en cuenta “*los resultados de los informes técnicos solicitados en la causa*”. Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, mediante el Acuerdo 3370, y con el fin de adecuar orgánica y funcionalmente la Ley 13.634 en este aspecto, resuelve la implementación de los cuerpos técnicos auxiliares departamentales del fuero de responsabilidad penal juvenil, los que integrarán cada asesoría pericial dependiendo de la Dirección General de Asesoría Pericial. Como elemento nuevo, incorpora en su artículo 3 la intervención del Cuerpo Técnico en las causas con menores víctimas de hechos delictivos. Este último párrafo viene a corregir una laguna de la ley al producirse la dilación de la puesta en marcha de los Juzgados Unipersonales de Familia. La intervención es generalmente

a pedido de la parte que solicita la pericia psicológica, resultando este abordaje diferente al que se realizaba en el sistema anterior, que incluía un mayor nivel de interdisciplina en función de las medidas jurisdiccionales de protección.

Aunque la ley regula en un solo artículo la constitución del nuevo equipo técnico auxiliar, lo cierto es que este nuevo emplazamiento orgánico de los profesionales modifica sustancialmente la dinámica de trabajo tal como se venía ejerciendo en los antiguos Tribunales de Menores y abre numerosos interrogantes acerca del nuevo rol. Un aspecto positivo del nuevo emplazamiento es la independencia de los órganos jurisdiccionales en tanto los viejos equipos, al depender directamente del juez, podían verse contaminados por la visión de éste. En el nuevo sistema ese peligro se encuentra conjurado por la independencia del Cuerpo Técnico Auxiliar y la intervención de los nuevos órganos del Ministerio Público: el fiscal y el defensor especializado. En virtud del nuevo procedimiento, en especial el artículo 73 pone en cabeza del defensor la obligación de controlar mensualmente la evolución de las medidas impuestas al niño, debiendo constatar que las circunstancias en que se cumplen no afecten su proceso de reinserción social.

Otro aspecto que merece análisis es que el nuevo texto de la ley ha suprimido la categoría de equipo interdisciplinario. No obstante, existe una experiencia anterior que, a mi criterio, debe ser valorada e incorporada al nuevo tipo de abordaje. Es la visión interdisciplinaria que por su complejidad y dinámica requiere del intercambio y la puesta en común de los profesionales, facilitando el desarrollo de un pensamiento contextual para la comprensión del caso, imprescindible al momento de la valoración del diseño de las estrategias propuestas y la toma de decisión respecto de las mismas.

Quizás, una de las dificultades en reubicar la práctica interdisciplinaria en el nuevo sistema es que ha desplazado su centro de acción. Así como antes la misma reportaba directamente al juez y era éste el que colectaba la información articulándola, ahora el pedido de intervención proviene de diferentes actores. Una primera observación nos permite concluir que es mayor la distancia entre equipo y requirente, pero lo fundamental sigue siendo dónde se ubica la instancia articuladora, aquella que produce el intercambio de puntos de vista y la síntesis, que no es pensamiento unívoco, sino que toma en cuenta los diferentes puntos de vista y alternativas.

En efecto, en mi experiencia como juez de un Tribunal de Menores, este tipo de enfoque es el que permite más encajes con la realidad y la inclusión de nuevos elementos de análisis que posibilitan una mayor apertura frente a las estrategias posibles del caso y, en particular, de las medidas alternativas a adoptar. Si bien el juez es el decisor, el que interpreta la ley ajustándola al caso concreto, esto no implica contradicción alguna con el ejercicio de la interdisciplina, pues la decisión final se madurará en el contexto del proceso interdisciplinario, alimentado por las distintas vertientes disciplinarias. Función e interdisciplina deben encontrar un punto de equilibrio y sintonía en las incumbencias de los profesionales intervinientes. Esto se logra cuando hay claridad acerca de los objetivos que rigen la intervención de los distintos roles y estos confluyen con las metas fundantes del Sistema de Protección Integral.

Es necesario no perder de vista que paralelamente a la causa penal hay otras dimensiones de la intervención relacionadas con el desarrollo de procesos de implicancia subjetiva, que en el decir de Marta Gerez Ambertín se plasman⁷ en la posibilidad

de todo sujeto de hacerse responsable de sus actos, condición que habilita la tercerización de la ley, esto es la comprensión de que la decisión es producto de la interpretación y aplicación de la ley y no de la arbitrariedad de los jueces: “*Si el sujeto no reconoce y se hace cargo de su falta será difícil que pueda otorgar significación alguna a las penas que se le imponen y, por lo tanto, a las consecuencias de su acto criminal (...) La falta de reconocimiento y significación de la pena lleva a redoblar la tendencia al pasaje al acto criminal...*”⁸. Los aportes de otras disciplinas, como en este caso el psicoanálisis, resultan clave para la comprensión de la conducta en función del sentido y la efectividad de nuestra intervención.

A nivel internacional, las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, Directrices de Riad, en el capítulo de prevención general refieren: “*Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que comprendan (...) g) Estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de ejecución de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes (...)*”.

Resulta un acierto la incorporación de la metodología interdisciplinaria en normas orientadoras de carácter internacional referidas a la justicia de menores. Esto nos lleva a reflexionar acerca de los procedimientos y la interacción de los equipos técnicos en los diferentes niveles dentro de cada institución y en los distintos niveles de articulación entre agencias. Implica un nivel de coordinación horizontal a través de equipos de diferentes instituciones y una coordinación vertical a través de equipos de diferentes disciplinas en una misma organización gubernamental. La sincronización interdisciplinaria dentro de la institución y entre instituciones favorece el mejor aprovechamiento de recursos económicos, humanos y organizativos revelándose como cualidad de un sistema que optimiza la eficacia de sus intervenciones.

6 • Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil

Se encuentra regulado en la Ley 13.298 y su complementaria 13.634 y en los decretos 151/07 y 172/07.

El artículo 2 del Decreto 151 define la integración y el ámbito de competencia del sistema. El mismo se integra “... *por un conjunto de organismos, entidades y servicios que, en el ámbito provincial y municipal, formularán, coordinarán, orientarán, supervisarán, ejecutarán y controlarán las políticas, programas y medidas, destinados a promover, implementar y coordinar acciones de prevención del delito juvenil, asegurar los derechos y garantías de los jóvenes infractores a la ley penal y generar ámbitos para la ejecución de medidas socioeducativas que, centradas en la responsabilidad del joven infractor, posibiliten su real inserción en su comunidad de origen*”.

6.1 Centros de Referencia

El Anexo IV de la Resolución 166 crea, en el ámbito de la Dirección Tutelar, los Centros de Referencia, cuya modalidad es la atención ambulatoria de menores de 18 años, pudiendo definirse como ámbitos regionales de gestión provincial, para la implementación y coordinación de acciones de prevención del delito y para la eje-

cución de medidas socioeducativas alternativas a la privación de libertad. Incluyen modalidades innovadoras de atención y contención de jóvenes infractores a la ley penal: orientación y apoyo sociofamiliar; mediación; operadores comunitarios que orientan y acompañan a los adolescentes en espacios externos a la institucionalización, permitiendo el cumplimiento de medidas, como prestación de servicios comunitarios, mediación, libertad asistida, régimen de semilibertad e imposición de reglas de conducta. Se trata de modelos de cogestión entre el Estado provincial, los gobiernos municipales y las ONG, que posibilitan la real inserción de los jóvenes en sus comunidades de origen⁹.

Los artículos 9 y 11 de la Resolución 166/07 establecen que la desconcentración de objetivos y acciones de la Subsecretaría de Minoridad, relativas al Sistema de Responsabilidad Juvenil, se llevará a cabo a través de los Centros de Referencia, que dependerán orgánica y funcionalmente de la actual Dirección Provincial Tutelar. Por su parte, el artículo 78 de la Ley 13.634 establece la obligación de presentar al juez o Tribunal un informe del caso cada dos meses, encuadrando jurídicamente la periodicidad de la información en el seguimiento.

Los ejes fundamentales del trabajo de los Centros de Referencia son:

- 1) Diseño y ejecución: son los encargados de llevar a cabo la medida impuesta.
- 2) Cogestión: deberán articular las acciones con diferentes instituciones.
- 3) Prevención: trabajo con las familias y la comunidad.

Estos centros articulan:

- 1) Con el Poder Judicial: en función del diseño y propuesta de las medidas socioeducativas alternativas a la privación de libertad y su ejecución.
- 2) Con los Centros Cerrados: para el diseño de estrategias tendientes a trabajar el contexto familiar y social para la posible morigeración de las prisiones preventivas.
- 3) Con los Servicios Zonales y Locales, ONG y servicios de la comunidad de residencia del joven. Resolución 172/07, Anexo III, Acápito 3.

El rol que ocupan los Centros de Referencia en el nuevo sistema es central tanto por la misión que tienen en el ámbito de la prevención especial y general, cuanto a su posición privilegiada de articulación con los Servicios Locales y Zonales, lo cual lo instituye en polo dinamizador del nuevo sistema.

6.2 Centros de Recepción

Tal como lo define el Anexo II de la Resolución 172/07, son establecimientos de régimen cerrado para el cumplimiento de la detención y de medidas privativas de la libertad ordenadas por los juzgados en el marco de un proceso penal. La función principal es la evaluación de los jóvenes a quienes se les haya impuesto una medida judicial cautelar, sancionatoria restrictiva o privativa de la libertad ambulatoria, y de derivación a un establecimiento adecuado.

Llegado a este punto resulta necesario señalar que al momento actual estos centros funcionan como centros cerrados y que su población incluye jóvenes con prisión preventiva y aquéllos que cumplen sentencia, pese a que el artículo 46 de la Ley

13.634 señala que los niños detenidos antes del juicio deberán ser separados de los condenados.

La arquitectura de estos centros, en función de su clasificación primigenia, no cuenta con espacios específicos para el área de educación, talleres y esparcimiento. Las actividades físicas se desarrollan en los patios que no son cubiertos pero sí se encuentran cercados por rejas. El espacio libre no dispone de seguridad, por lo que su uso está limitado. Originalmente los jóvenes debían pasar un tiempo breve en los Centros de Recepción y luego ser derivados a instituciones que contaran con toda la infraestructura necesaria para las actividades y tareas educativas en un ámbito de seguridad. En la Provincia de Buenos Aires las instituciones que cumplen con estos requisitos son Almafuerie y Nuevo Dique, que cuentan con aulas para la escuela, talleres y gimnasio. Aún el Centro Cerrado de Mar del Plata carece de estos espacios y su diseño es idéntico al de Lomas de Zamora y Pablo Nogués, aunque en una planta y con seis celdas por ala. En Pablo Nogués y Lomas de Zamora hay cuatro módulos con catorce habitaciones cada uno, para dos jóvenes por habitación. Recién en 2009 el centro de admisión de Nogués contó con escuela secundaria (a implementar en el horario de 18.30 a 22 hs.), siendo el tercer año en que funciona la escuela primaria. Ese mismo centro se encuentra articulando acciones con la Sociedad de Fomento del Video y Audio Lenguaje y el Centro de las Artes de la Universidad de General Sarmiento, por lo que en abril del 2009 se iniciaron los talleres de radio. También se encuentra pendiente para una tercera etapa el desarrollo de micro emprendimientos empalmados con experiencias cooperativas.

Con respecto al cumplimiento de medidas de seguridad por parte de menores de 16 años, la misma puede ser dispuesta en régimen de semi-libertad o de de privación de la libertad (artículo 64 de la Ley 13.634 y Anexo IV, Resolución 172/07).

En la actualidad el sistema no cuenta con instituciones cerradas para el cumplimiento de medidas de privación de libertad especializadas en razón de la edad, por lo que la medida se cumple en los Centros de Recepción.

Es necesario resaltar la imperiosa necesidad de que se respete la función inicial de estos centros, pues resulta de fundamental importancia la fase de admisión, ya que constituye la oportunidad de una evaluación interdisciplinaria sistemática y completa que permita la derivación adecuada dentro del sistema. Por ejemplo, es el momento oportuno para el diagnóstico psiquiátrico o del grado de dependencia a sustancias psicotrópicas que aconsejen tratamientos especiales para garantizar el derecho a la salud. También es necesario contemplar que los equipos técnicos de admisión no cumplen la misma función que los equipos del resto de los centros, puesto que fundamentalmente su tarea es de evaluación diagnóstica. Tampoco hay que desmerecer el factor arquitectónico en función del cumplimiento del artículo 81 de la Ley 13.634, que establece la obligatoriedad de las actividades sociopedagógicas durante el período de privación de libertad.

6.3 Centros de Contención

Son establecimientos de régimen abierto o de semi-libertad (artículo 80 de la Ley 13.634) para el cumplimiento de medidas cautelares o sancionatorias restrictivas de la libertad ambulatoria, ordenadas por autoridad judicial competente. En general son

casas con un equipo técnico que albergan hasta un máximo de 12 jóvenes. Merece destacar la gran efectividad que ha demostrado este dispositivo desde su implementación, dado que por su pequeña y profesionalizada estructura permite un abordaje socializador de los jóvenes, con fluidos contactos con la familia y la comunidad. Los adolescentes pueden concurrir a establecimientos educativos y actividades fuera de la institución, con un margen de autonomía que posibilita la asunción progresiva de responsabilidades.

La derivación a estos Centros de Contención puede realizarse desde el inicio de la prisión preventiva o puede constituirse en etapa intermedia entre el Centro Cerrado y la libertad asistida. Es por esto que la intervención adecuada de estos centros depende en mayor grado que el resto de una adecuada articulación con los Centros de Referencia, para preparar la reinserción comunitaria del joven, y con los Centros Cerrados, pues el pasaje de un régimen de privación de libertad a uno de semilibertad implica el logro de niveles de autocontención del joven que permitan el sostenimiento de la morigeración de la medida. Es importante que los distintos equipos puedan sistematizar indicadores y acciones con el fin de aunar criterios que doten de coherencia a las respuestas del sistema a lo largo del proceso.

6.4 Centros Cerrados

Son establecimientos para el cumplimiento de las medidas privativas de libertad ordenadas por la Justicia en el marco de un proceso penal. Dentro de este sistema existe una ulterior tipificación en relación a los que son de máxima seguridad, como el Instituto Almafuerie, en Melchor Romero, cercano a Abasto, que posee celdas individuales y medidas de seguridad reforzadas. Esto presenta dos aspectos, por una parte ofrece mayor intimidad al joven pero por el otro resulta un factor negativo por el aislamiento del mismo.

Hay nueve instituciones dependientes de la Dirección de Institutos Penales, divididas en dos áreas: los Centros de Recepción (CR) y los Centros Cerrados (CC).

Hay tres Centros de Recepción: La Plata (36 vacantes), Lomas de Zamora (112 vacantes) y Malvinas Argentinas, en Pablo Nogués (112 vacantes). Todos son Centros de Recepción para varones.

Hay seis Centros Cerrados: el ya mencionado CC Almafuerie en Melchor Romero (42 vacantes, 12 de pre-egreso), el CC Nuevo Dique en Abasto (40 vacantes), el CC Leopoldo Lugones en Azul (25 vacantes) el CC Mar del Plata, en Batán, (24 plazas) que también cumple funciones de Centro de Recepción, el CC Castillito, de Abasto, (12 vacantes) y el único Centro Cerrado para mujeres que es el CC de Merlo (12 vacantes).

6.5 Algunas consideraciones sobre el Sistema Administrativo de Responsabilidad Penal Juvenil

El Anexo I de la Resolución 172/07 define los objetivos y estructuras del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil en la órbita del Poder Ejecutivo. De esta manera, la Subsecretaría de Promoción y Protección de Derechos del Niño (Ex Subsecretaría de Minoridad) centra su acción fundamentalmente en el diseño, promoción y co-

ordinación de políticas públicas de infancia y juventud. De ella dependen la Dirección Provincial de Coordinación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil y la Dirección de Institutos Penales.

Entre las numerosas acciones que despliega el texto de la resolución se subraya la articulación en dos sentidos. Por un lado, la articulación con la Dirección de Coordinación de Servicios Zonales y la Dirección de Coordinación de Servicios Locales, lo que implica una estrecha vinculación con el Sistema de Promoción y Protección de Derechos. Por otro lado, el dictado de pautas para la elaboración y presentación de informes periódicos a la autoridad judicial, que den cuenta de la evolución y resultados de la medida socioeducativa restrictiva o privativa de la libertad. Se trata, en definitiva de una articulación formal con el Sistema de Justicia Penal Juvenil.

De todas formas, más allá de la articulación del sistema hacia “afuera” es necesario visualizar que uno de los mayores obstáculos que se plantean en la práctica es la articulación dentro del sistema. No es casual el empleo del término “circuito” para referirnos a las sucesivas etapas del proceso que transita un joven infractor a la ley penal. Claro que estas fases están íntimamente relacionadas con las evaluaciones de los equipos técnicos de las distintas instituciones, el proceso individual del joven y los espacios interinstitucionales de intercambio de información y diseño de estrategia. No hay que perder de vista que cada instancia institucional tiene su propio equipo técnico, por lo tanto hay un historial de entrevistas, situaciones e información sensible que debe ser procesado y transmitido al siguiente eslabón. La superposición de equipos, si no se articula y otorga sentido coherente a la intervención a lo largo del proceso, puede volverse iatrogénica para el joven, porque lo sitúa en el lugar de objeto de informes y no le restituye el lugar de sujeto, el único posible para recuperar su capacidad de aprendizaje y socialización. En este mismo sentido se pronuncia la Observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño al enunciar en su apartado 94 que *“deberá fomentarse de manera continua la coordinación efectiva de las actividades de todas las unidades, servicios y centros especializados”*.

Si prevenir es reentrar a través de nodos inteligentes¹⁰, finalmente la capacidad institucional de construcción de una red de contención lo suficientemente densa será la condición primordial para sostener los procesos de inclusión social de los jóvenes infractores a la ley penal.

7 • Análisis de la reforma legislativa

Como características destacables respecto del nuevo fuero penal juvenil, conforme lo establecido por medio de la Ley 13.634, se debe tener en cuenta, como ya fuera mencionado, que el proceso es acusatorio, adoptándose el Código de Procedimiento Penal previsto para los mayores de 18 años (Ley 11.922).

Se incorporan los principios jurídicos y garantías constitucionales de oralidad, debido proceso, oposición, bilateralidad, igualdad ante la ley, imparcialidad, apelabilidad amplia y juzgamiento por juez no instructor.

Se estipula como regla general la aplicación de una amplia gama de medidas alternativas, mientras que la privación o restricción de la libertad es tomada como último recurso, conforme lo prescribe la legislación internacional en la materia.

La prisión preventiva solo puede tener una duración máxima de ciento ochenta

días, prorrogable en casos excepcionales y debidamente fundados por igual período. Las fuerzas policiales o de seguridad no pueden realizar interrogatorios a los encausados.

Respecto de los menores de 16 años, el artículo 64 habilita al fiscal a solicitar al juez de garantías la aplicación de una “medida de seguridad restrictiva de la libertad” para casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema así lo aconsejen, que implica la privación de libertad.

El régimen para el cumplimiento de las medidas restrictivas de la libertad contempla la libertad asistida, el régimen de semi-libertad y la privación de la libertad.

Por último, en lo que se refiere al procedimiento durante la etapa de elevación de la causa a juicio oral (con los particulares condicionamientos que el fuero impone), los pasos básicos, consecutivos y naturales hacia la finalización del proceso son:

- 1) Constitución del Juzgado de Responsabilidad Penal (o en su caso integración del Tribunal) y citación a juicio.
- 2) Fijación, en caso de ser necesario de la audiencia de prueba.
- 3) Determinación de la prueba cuya incorporación al juicio oral se ha de efectuar por lectura o exhibición, y de la que se volverá a producir durante la audiencia. Fijación de la fecha de juicio oral.
- 4) Apertura del debate. Acusación fiscal y líneas de defensa.
- 5) Recepción de las pruebas.
- 6) Discusión final. Alegatos de las partes.
- 7) Palabras finales del menor enjuiciado, bajo sanción de nulidad.
- 8) Cierre del debate.
- 9) Dictado del veredicto.
- 10) Sentencia de responsabilidad penal (para el caso de no encontrarse en las condiciones previstas por el artículo de la Ley Nacional 22.278).
- 11) Sentencia absolutoria o declarativa de responsabilidad penal con aplicación de medidas judiciales.
- 12) Control de la ejecución de la sanción penal impuesta hasta su finalización y archivo de las actuaciones.

8 • Cronología de Sistema de Justicia de Responsabilidad Penal Juvenil

8.1 Etapa del Patronato

Es el sistema tutelar penal y asistencial regido por el Decreto Ley 10.067¹¹ y que, conforme lo establece su artículo 1, era ejercido en forma concurrente y coordinada por los jueces de menores, asesores de incapaces y la Subsecretaría del Menor y la Familia. Tiene por norma subsidiaria a la Ley 3.589 (Código de Procedimiento Penal, también llamado “Código Jofré” en referencia a su codificador). Actualmente, este sistema debe ser readecuado al nuevo ordenamiento. En virtud de lo establecido por el artículo 3 de la Resolución 179/07 de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, los asesores de incapaces podrán declinar su intervención a favor de la Defensa Oficial cuando al momento del cese de la operatividad del Decreto Ley 10.067 aún no hubiese mediado el dictado del auto al que se refiere su artículo 33 (equivalente al de procesamiento) o se tratase de procesos que por imperio de la ley o elección del imputado deban finalizar mediante juicio oral y público.

8.2 Etapa de transición

Es el período de adaptación entre el viejo sistema y el nuevo sistema, estableciendo el procedimiento previsto por el nombrado Código Jofré de manera transitoria (habiendo sido derogado el Decreto Ley 10.067). Sin dudas resulta ser la etapa de más difícil asimilación y en la que se han presentado las mayores dificultades interpretativas y de aplicación, en virtud de ciertas lagunas jurídicas que la técnica legislativa no permitió esclarecer, siendo lo expresado por los magistrados a través de sus sentencias lo que ha iluminado las distintas inquietudes procesales producto de la readecuación al nuevo sistema. A modo de ejemplo podemos enunciar la aplicación, en materia de coerción, de los institutos previstos por la Ley 11.922, conforme rigen al respecto los artículos 2 de la Ley 13.645, 3 y cdte. de la Ley 12.059, a pesar de la aplicación del procedimiento de la Ley 3.589 y sus modificatorias (Causa 31.393 del Tribunal de Menores n.º 5 del departamento judicial de San Isidro, conforme fallo de la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de San Isidro del 17/04/07).

Se mantiene un procedimiento básicamente escrito e inquisitivo, atendiendo al interés superior del niño (CDN). Se introduce la figura de fiscal y defensor, resultando el mismo juez quien, en principio, inicia la investigación y termina el proceso con el dictado de la sentencia (también suscitándose en éste punto en particular interpretaciones jurisprudenciales dispares). Contempla la posibilidad de juzgamiento en instancia única y en juicio oral solo cuando se trate de “delitos graves”, a petición del acusado y prescribe la obligatoriedad del juicio oral para el caso de juzgamiento de hechos imputados como dolosos y que hayan causado la muerte de una persona (artículo 224, párrafos 1 y 3 respectivamente del Código Procesal Penal, Ley 3.589 y modificatorias). Corresponde a las causas iniciadas desde la entrada en vigencia de la Ley 13.298 (18/04/07) y hasta la entrada en vigencia de la Ley 13.634 (Conforme el período de transición establecido en la Ley 13.645, la cual sustituyera los artículos 14 y 95 de la Ley 13.634).

8.3 Etapa del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil

Es el nuevo encuadre legislativo establecido para el fuero de minoridad. Establece un sistema procesal del tipo acusatorio, con las características particulares y definitorias de éste, absolutamente diferenciado de las etapas anteriores. Se rige a través de lo dispuesto por la Ley 11.922 (Código de Procedimiento Penal de mayores), con Juzgados de Garantías del Joven y Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil (es decir, juzgados de juicio oral). La investigación de la causa se encuentra en manos del fiscal de menores, con el control de legalidad del juez a cargo del Juzgado de Garantías prenombrado. Finalizada la instrucción, se procede al juzgamiento en juicio oral, con tribunal colegiado para el caso de hechos cuya calificación legal prevea penas de suma gravedad (conformación de Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil). Corresponde a las causas iniciadas desde la entrada en vigencia de la Ley 13.634, el 1 de diciembre de 2007 (conf. Ley 13.298). Asimismo, se crea un cuerpo técnico pericial auxiliar centralizado, compuesto por los ex equipos técnicos asignados a cada uno de los Tribunales de Menores disueltos.

En cada una de las tres etapas aquí enumeradas, la instancia revisora no es otra que la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de cada departamento judicial

de la Provincia de Buenos Aires. En cuanto a la ejecución penal, será competente el órgano judicial que dispuso la medida (artículo 30 de la Ley 13.634).

Finalmente, pero no por ello menos destacable, la vigencia de la Ley Nacional 22.278¹² plantea puntos de tensión con sus especiales caracteres de orden tutelar y con disposiciones que, cuanto menos, han de ser motivo de adaptaciones a la legislación provincial (especialmente cuando supedita la imposición de una pena respecto de un menor a que éste haya cumplido dieciocho años de edad o se haya sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad, conf. artículo 4, incisos 2 y 3 de la citada ley).

9 • Antecedentes de la reforma

Tal vez una extraña manera de contrastar la dimensión e importancia de lo que se pretende cambiar por medio de una reforma legal, sea analizar el camino recorrido para que un proyecto de ley se transforme en norma positiva.

A finales del año 2000, el 29 de diciembre, se sanciona la Ley 12.607, denominada Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Joven. Sin embargo, dos meses después, el 1 de marzo de 2001 es presentado por parte del procurador general de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires un recurso de inconstitucionalidad.

El objetivo básico de dicha norma era derogar la Ley de Patronato (Decreto Ley 10.067/83) y adecuar la legislación local a la CDN, la Constitución Nacional y los tratados internacionales. La ley fue aprobada en la Legislatura Provincial por unanimidad el 29/12/00, promulgada por el Decreto 36/01 del Poder Ejecutivo del 12/01/01 con observaciones de los artículos 68, 79, 83, 173 y publicada en el Boletín Oficial 24.208 del 26/01/01.

Sin embargo, y debido al recurso presentado por el procurador, la Ley 12.067 se suspende por aplicación de una medida cautelar de la Suprema Corte, restableciéndose al Poder Judicial todas las facultades transferidas al Poder Ejecutivo por la norma. Así, el 15 de marzo de 2001 se sanciona la Ley 12.666, que modifica el artículo 186 de la Ley 12.607, determinando que las causas pendientes y las nuevas seguirán regidas por el Decreto Ley 10.067.

Recién dos años después, el 14 de mayo de 2003, y con votación dividida, la Suprema Corte resuelve la cuestión de fondo por medio del Acuerdo 2078, declarando la constitucionalidad de la Ley 12.607, pero se mantiene vigente la Ley de Patronato. Sin embargo, se produce a través del Poder Legislativo la suspensión de la norma en cuestión (12.607), ya que por medio de la Ley 13.064 (del 27/05/03) se deroga la 12.666 y se suspende por ciento ochenta días la aplicación de la 12.607. Asimismo, luego se sanciona la Ley 13.162 (del 08/01/04) prorrogándose la suspensión de la Ley 12.067 por noventa días más.

Los argumentos para ello eran que no estaban dadas las condiciones necesarias, por la complejidad del cambio normativo e institucional, para que se instrumente el nuevo régimen. Por lo que en definitiva, en cuatro años se habían sancionado cuatro leyes, con tres suspensiones y seguía en régimen el Sistema de Patronato.

Finalmente, el 29 de diciembre de 2004 se sanciona la Ley 13.298, llamada Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, promulgada por el Decreto 66/05 del 14/01/05, con observaciones del párrafo 2 del artículo 22; inc.

d. del artículo 28; artículo 40, párrafo 2, con sus apartados 1, 2, 3 y 4; artículo 41, artículo 49, y artículo 50. Fue publicada en el Boletín Oficial 25.090 del 27/01/05. Esta ley deroga el Decreto Ley 10.067, junto con la Ley 12.607.

Pero apenas transcurrido poco más de un mes, es decir el 7 de febrero de 2005, basándose en la falta de recursos financieros, humanos y técnicos para la implementación y en la inexistencia de articulación entre el sistema vigente y el nuevo, se suspende su aplicación por medio de una medida cautelar presentada por la procuradora general de la Suprema Corte de Justicia provincial.

Ante ello, el 11 de febrero de 2005 el Poder Ejecutivo impugna la medida por medio de un recurso de reposición, manteniendo la Suprema Corte la suspensión y llamando a audiencia pública a las partes (Resolución 6 del 16/03/05), la que nunca se efectuó, prorrogando el máximo tribunal provincial la audiencia pública por otros cuarenta y cinco días más.

A pesar de ello, y mientras la Ley 13.298 se encuentra suspendida, el Poder Ejecutivo la reglamenta por medio del Decreto 300/05 con fecha 7 de marzo de 2005, resultando el Ministerio de Desarrollo Humano la autoridad de aplicación. También el Congreso Nacional, con fecha 28 de septiembre de ese mismo año, sanciona la Ley Nacional 26.061, denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Por último, luego de pasado más de un año, y como complemento de la ya receptada Ley 13.298, el 28 de diciembre de 2006 (y nuevamente pocos días antes de la finalización del año en curso) se sanciona la Ley 13.634, promulgada por el Decreto 44/07 del 18/01/07 con observaciones de los artículos 12, 25, 40, 43, 48, 56, 68, 70, 72, 100 y 104, publicada en el Boletín Oficial 25.588 del 02/02/07 y cuya fecha de entrada en vigencia fue el 1 de diciembre de 2007.

Esta última ley deroga el Decreto Ley 10.067 (Ley de Patronato), eliminando los Tribunales de Menores y creando los Juzgados Unipersonales del fuero de familia y el fuero penal juvenil. Además, modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 5827) y la del Ministerio Público (Ley 12.061). A consecuencia de la misma, se firma el Decreto 151 del 13/02/07 que crea el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil (con su Resolución 166/07, por medio de la cual se crean los Servicios Zonales, las Casas de Abrigo y los Centros de Referencia Penal- y las resoluciones 171/07 y 172/07) y la Suprema Corte emite las acordadas del 14 de febrero del mismo año reconociendo a la Ley 13.298 como válida. De esta manera, el 28 de febrero de 2007, por medio de la Resolución 55 de la Suprema Corte de Justicia, se levanta la medida cautelar que pesaba sobre la pionera y reformadora Ley 13.298 y “se declara extinguida la controversia por abstracta”.

Como réplica de hora final, una semana después, el 8 de marzo de 2007, la Procuración General de la Suprema Corte provincial presenta un recurso de revocatoria *in extremis*, impugnando la mentada Resolución 55, fundamentando ésta en el vacío legal existente respecto de la implementación del artículo 95 de la Ley 13.634.

No obstante lo descrito y concluyendo la presente cronología, el 18 de abril de 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechaza la petición de la procuradora general, ante lo cual se produce el fin de la Ley del Patronato de Menores de la Provincia de Buenos Aires, y del sistema legal e institucional reglado por ella, puntualizándose también la extensión de la vigencia de la etapa de transición

10 • La Corte Interamericana de Justicia y la efectividad de los derechos

La Opinión Consultiva (OC) 17 representa, sin lugar a dudas, la reafirmación de la condición jurídica de la infancia en nuestro continente y representa un punto de partida insoslayable al momento de establecer que “... los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores 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”¹³.

En relación a la implementación de la reforma, resultan relevantes los puntos 6 y 8 de la OC 17. El punto 6 aborda la consulta del capítulo de instituciones y personal, tomando en los párrafos 78 y 79 como punto de partida el artículo 3, párrafo 3 de la CDN, y desarrolla el concepto de la obligación de los Estados respecto de su responsabilidad en brindar protección a la infancia a través de instituciones especializadas y calificadas, introduciendo el tema de las condiciones materiales, medios idóneos y experiencia probada como estándar organizacional adecuado, focalizando en el párrafo 79 la importancia de la capacitación y las prácticas al enunciar: “... No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que se supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos”. Resulta contundente este último enunciado al relacionar la efectiva aplicación de las garantías con la capacitación de los operadores del sistema.

El apartado 8 de la OC 17 desarrolla el capítulo referido a las obligaciones positivas de protección en los párrafos 87 a 91. Sin duda es uno de los más relevantes de la Opinión ya que la cuestión planteada se dirigía a profundizar el contenido de las medidas especiales de protección del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es así que la Opinión se expide acerca de que la verdadera y plena protección de los niños significa el pleno disfrute de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales asignados en los diversos instrumentos internacionales. Por otra parte, define la responsabilidad de los Estados Parte al señalar que tienen la obligación de adoptar medidas positivas que aseguren la protección de los derechos del niño. Esto último representa un avance al reconocer que el Estado puede comprometer su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana¹⁴, tanto por acción como por omisión.

En relación al cumplimiento efectivo de los derechos, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Caso Velásquez Rodríguez del 29 de julio de 1988, marca un hito fundamental en la responsabilidad que asumen los Estados en relación al efectivo cumplimiento de los derechos y garantías de toda persona sujeta a su jurisdicción, obligación que implica según el propio texto de la sentencia: “El deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos...”. Y refuerza el concepto de rol activo del Estado en el acápite 167: “... La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

11 • Algunas reflexiones finales

Como dijera Beatriz Cruz Márquez¹⁵, “el desafío más importante del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil reside en la pretensión de combinar el elemento penal y el educativo al diseñar la intervención ejercida sobre el joven infractor, y mantener un verdadero equilibrio entre ambos elementos”.

Efectivamente, esta síntesis dependerá de cuánto del modelo de bienestar podamos integrar al modelo de justicia. Sin lugar a dudas un modelo de mínima intervención como el propuesto es superador del anterior esquema en tanto se ajusta a las garantías legales que superan el modelo tutelar, pero su efectividad reclama fuertes niveles de intervención en la prevención temprana del delito a través de políticas públicas comprometidas y efectivas. Estas políticas deben traducirse en instituciones altamente profesionalizadas y dimensionadas a la escala actual de la problemática infanto juvenil.

Nos alerta el Prof. Frieder Dünkel¹⁶: “... abandonar la idea de educación o –en términos menos dramáticos– la prevención especial como ‘leitmotiv’ de la justicia juvenil podría resultar no sólo en una intensificación injustificable de las sentencias, sino también en la amenaza contra la autonomía de la justicia juvenil respecto a la justicia penal en términos generales”.

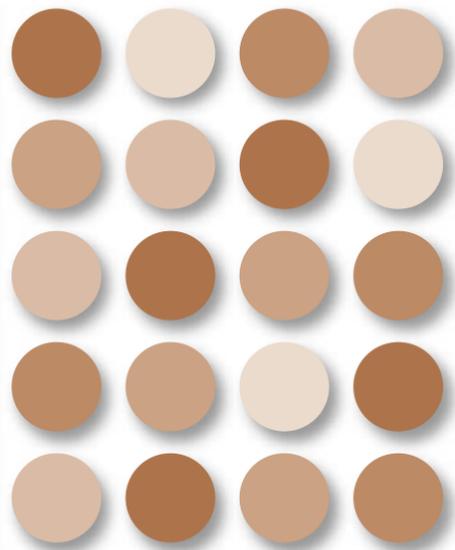
Habrá que, necesariamente, ahondar y trabajar la tensión entre lo pedagógico y lo penal otorgando sentido y contenido a las medidas especiales de protección en un nivel superior, propiciando intervenciones efectivas cuyo piso sea el bloque federal de derechos y garantías pero que en su nivel máximo apunte a la restitución de derechos sociales, culturales y económicos. El cambio normativo es sólo una dimensión, el cambio es cultural, institucional y sistémico. La vigencia normológica no siempre acompaña la práctica sociológica, ésta se encuentra íntimamente ligada a las prácticas y culturas organizacionales. Es ese el verdadero punto de quiebre y campo de batalla donde se dirime el cambio de paradigma de la protección integral.

Para finalizar, no he encontrado mejores palabras que las de Ignacio Lewkowicz¹⁷, brillante pensador lamentablemente fallecido joven, quien nos permite vislumbrar nuevas claves para comprender nuestro contexto actual: “... para pensar la infancia es necesario des-suponer la infancia y postular que hay chicos (...) y esto significa partir de que los chicos no están excluidos en estos tiempos de conmoción social, no están anclados a estructuras sino que están pensando, tan frágiles, tan desesperados, tan ocurrentes como cualquiera de nosotros, que tenemos la misma fragilidad que ellos. En la era de la fluidez hay chicos frágiles con adultos frágiles, no chicos frágiles con instituciones de amparo. Y con esas fragilidades estamos trabajosamente tramando consistencias, tramando cohesiones (...) Destituída la infancia, las situaciones infantiles se arman entre dos que se piensan, se eligen, se cuidan y se sostienen mutuamente. Ya no se trata de fragilidad por un lado y solidez por el otro: somos frágiles por ambos lados”.

Quizás reconocer nuestra propia vulnerabilidad sea un buen punto de partida para humanizar las prácticas del nuevo orden normativo.

Notas

- 1 - Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *El árbol del conocimiento*, Editorial Universitaria, Santiago, 1985.
- 2 - Dignan, James and Cavadino, Michel, “Towards a framework for conceptualising and evaluating models of criminal justice from victim’s perspective”, *Internacional Review of Victimology*, 1995.
- 3 - Dünkel, Frieder “El futuro de la justicia juvenil-perspectivas europeas”, *Revista de Estudios de la Niñez y Adolescencia* n.º 2, Colegio de Abogados de Costa Rica.
- 4 - Reglas de Beijing 1.4
- 5 - Cillero Bruñol, Miguel, “La responsabilidad Penal de Adolescentes y el Interés Superior del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño* n.º 9, págs. 245, 247, UNICEF.
- 6 - El decreto de promulgación observó la clasificación de medidas de integración social por entender que son medios reservados a ámbitos administrativos fuera del sistema penal.
- 7 - Gerez Ambertín, Marta, *Culpa y castigo en sociedades violentas. En los márgenes de la Ley*, Editorial Paidós, 2007.
- 8 - Ídem, pág. 139.
- 9 - Documento de la Unidad Provincial de Coordinación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, Dirección de Medidas Alternativas.
- 10 - Clases de Raúl Motta. Epistemología de redes Sociales. Unsal 1998.
- 11 - Sanción y promulgación: 25/10/83; publicación: BO 09/12/83.
- 12 - Ley Nacional 22.278 del Régimen Penal de Minoridad. Sanción y promulgación: 25/08/80; publicación: BO 28/08/80.
- 13 - OC 17/2002 - Párrafo 54.
- 14 - OC17/2002 - Párrafo 87.
- 15 - Cruz Márquez, Beatriz, *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007.
- 16 - Dünkel, Frieder, “El futuro de la justicia juvenil-Perspectivas europeas”, *Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia*, Costa Rica, 2008.
- 17 - Lewkowicz, Ignacio, conferencia en el Hospital Posadas, 18 de septiembre de 2002, incluida en *Pedagogía del aburrido*, Editorial Paidós, 2004.



Sobre el debido proceso y nuevos actores procesales (Ley 13.634)

Eduardo A. d'Empaire

Eduardo A. d'Empaire

Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Profesor Adjunto de Derecho Procesal Penal (UNS) y profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Penal (UNS). Agente Fiscal del departamento judicial de Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires.

1 • Introducción

El juez Cançado Trindade, en su voto concurrente de la Opinión Consultiva (OC) 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, afirma que *“como el Derecho reconoce ineluctablemente la personalidad jurídica a todo ser humano (sea él un niño, un anciano, una persona con discapacidad, un apátrida, o cualquier otro), independientemente de su condición existencial o de su capacidad jurídica para ejercer sus derechos por sí mismo (capacidad de ejercicio), podemos, de ese modo, visualizar un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (en los planos tanto interno como internacional) que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana”*¹.

Y es que, tal como ha sido reiteradamente dicho, se debe a los niños, niñas y adolescentes, en tanto sujetos de derechos², un proceso legal, un debido proceso conforme a la Constitución Nacional (CN). No hay ninguna buena razón para que un adolescente imputado de un delito no goce de las garantías judiciales mínimas que se reconocen a los adultos al ser juzgados penalmente. Aun más, resulta claro a esta altura del avance que ha significado la doctrina de la protección integral de los derechos, que los menores de edad no solo gozan de los mismos derechos que los mayores, sino que tienen además derechos especiales derivados de su condición de sujetos en crecimiento. Es decir, en palabras de la Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, citadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en importante precedente³: *“Los menores deben disfrutar por lo menos, de las mismas garantías y protección que se concede a los adultos en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”*⁴. Afirmación que también sostiene el Comité de Derechos del Niño: *“Las garantías del art. 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyen normas mínimas, es decir, que los Estados pueden y deben tratar de establecer y observar normas más exigentes”*⁵.

Estas afirmaciones, que en la actualidad aparecen indubitadas, no eran tan claras en la legislación de la Provincia de Buenos Aires⁶ hasta hace muy poco tiempo. En rigor, hasta la sanción de la Ley 13.634 (publicada en el Boletín Oficial el 2/02/08), el procedimiento penal por el que se sometía a proceso a jóvenes imputables –y también a inimputables, pero ello importa otra inconstitucionalidad–, era de tipo inquisitivo, escrito de principio a fin, a cargo de un juez investigador que además era el mismo que dictaba sentencia, sin un fiscal que formulara acusación alguna⁷, en el que la defensa se confiaba al asesor de menores, órgano dependiente del Ministerio Público Fiscal. Es decir, con ausencia de principios que informan el debido proceso, como la imparcialidad del juzgador, el contradictorio, y la defensa en juicio. Esto, aún

habiendo transcurrido 150 años desde la sanción de la Constitución Nacional, más de 20 años desde la ratificación por parte de nuestro país de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), además de haberse incorporado en 1994 a nuestro derecho constitucional, éste y otros tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

El debido proceso en materia penal está diseñado en la Constitución Nacional. Así, se ha sostenido que nuestra carta magna prevé un procedimiento de tipo acusatorio, con un juez imparcial, en el que participan partes que confrontan contradictoriamente, en igualdad de posiciones, y en el que la defensa en juicio es inviolable. A este esquema deben sumarse las garantías judiciales mínimas de los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y concordantes de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a través del artículo 75 inciso 22 de la CN, entre ellos los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño no puede soslayarse el principio rector del artículo 3, que consagra el interés superior del niño como pauta que debe atenderse en las medidas que tomen, entre otras instituciones, los tribunales. La Corte IDH declaró en la Opinión Consultiva 17/02 que la expresión “interés superior del niño” implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como principios rectores para la elaboración de las normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Por su lado, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo en la Observación General 10 que en todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial⁸. Destacada doctrina ha señalado que en aplicación del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros⁹. La especialista Victoria Pellegrini apunta que se trata de un principio de neto corte garantista, destinado a funcionar como límite y control de la autoridad estatal, sea administrativa o judicial.

No debería perderse de vista que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene una mayor exigibilidad en el sistema interamericano de derechos humanos, desde que la Corte Interamericana ha sostenido que tanto la CDN como la CADH forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños, que debe servir para fijar el contenido y los alcances del artículo 19 de la Convención Americana¹⁰.

Tales garantías judiciales consagradas en la Constitución constituyen el estándar mínimo de derechos en el proceso, que en el caso de los adolescentes imputables deben agregarse a los principios referidos de la Convención sobre los Derechos del Niño, los establecidos en otros instrumentos internacionales receptados no solo por la jurisprudencia, sino también legislativamente en la Provincia de Buenos Aires. Nos referimos a Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, Resolución 43 de la Asamblea General¹¹), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, (Resolución 45/113 de la Asamblea General) y a las Directrices de Riad (Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, Re-

solución 45/112), indicados expresamente como principios interpretativos por la Ley Provincial 13.298 de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños de la Provincia de Buenos Aires. No deberían quedar fuera de esta enumeración las Reglas de Tokio (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, Resolución 45/110).

Y por supuesto, siguiendo como pauta interpretativa las líneas sentadas por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹², tal como resolviera al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹³.

2 • Sobre el debido proceso

2.1 El sistema procesal y los principios de la organización judicial

Rigen en el procedimiento penal juvenil de la provincia de Buenos Aires, previsto en la Ley 13.634, básicos principios procesales.

En primer lugar, se establece un sistema acusatorio, al declarar aplicable a las causas seguidas contra niños, la Ley 11.922, esto es, el vigente Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (CPP).

Dicho procedimiento, complementado por la citada Ley 13.634, prevé básicamente tres etapas: una investigación preparatoria a cargo de un fiscal, el agente fiscal del joven, bajo el control jurisdiccional del juez de garantías del joven; la etapa de juicio, en la que se lleva a cabo el debate oral ante un juez de responsabilidad penal juvenil o ante un Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil –colegiado, de tres miembros–; y una tercera etapa correspondiente a la ejecución de la pena, en la que interviene como juez de ejecución el mismo tribunal que dictó la sentencia condenatoria. En todas las etapas existe la posibilidad de interponer recursos ante la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de cada departamento judicial, cuyos fallos solo son susceptibles de ser recurridos por los recursos previstos en la Constitución provincial, ante la Suprema Corte de Justicia.

Tales los jueces naturales que deben intervenir. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial¹⁴, para luego citar la Regla 6.1 de Beijing en cuanto dispone que teniendo en cuenta las diversas necesidades especiales de los menores, así como la diversidad de medidas disponibles, se debe facultar un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de la justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones. La Ley 13.634 prevé en este sentido tales facultades, tanto en la etapa de la Investigación Penal Preparatoria (conf. artículos 40 y 42), como en la del juicio (artículos 58 y 68) y de ejecución (artículos 79 y 80).

Como puede advertirse, los órganos creados por la ley son especializados, tal como se desprende de la exigencia de los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución.

La garantía de la imparcialidad también se encuentra resguardada, a partir de la intervención en el debate de un juez distinto del que participa en la investigación, y

del recaudo del artículo 26 de la Ley 13.634, que prevé para los recursos ante la Cámara de Garantías que la Sala que hubiera prevenido en la apelación no podrá entender en el recurso contra el fallo, respetando reciente y uniforme doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁵.

2.2 Principios procesales

El principio de inocencia, cuyo fundamento constitucional se deriva de la garantía del juicio previo (artículo 18 de la CN), y se encuentra expresamente reconocido en los artículos 8.2.g del Pacto de San José de Costa Rica y 40.2.b.i de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene su lugar en el procedimiento a través de la norma del artículo 35 de la Ley 13.634 –que exige certeza para formar convicción acerca de los hechos juzgados y la participación y responsabilidad del niño en los mismos–, del reconocimiento del principio *in dubio pro reo*¹⁶ (artículo 1, Ley 11.922), del *onus probandi* o carga de la prueba de la acusación en el Ministerio Público Fiscal (artículo 367, también del CPP), y de la excepcionalidad de la posibilidad de restricción de libertad durante el proceso.

En este sentido, siguiendo los lineamientos de los instrumentos internacionales aplicables en nuestro ordenamiento (artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, regla 13.1 de las Reglas de Beijing, regla 17 de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, principio III de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas), la privación de la libertad es una medida de último recurso, y la prisión preventiva de un niño se impondrá cuando no se pueda aplicar otra medida cautelar¹⁷, tal como expresamente se dispone en los artículos 7, 36 inciso 4 y 43 inciso 4 de la Ley 13.634.

Esto, por cuanto siempre que sea posible, deben adoptarse medidas sustitutivas de la prisión preventiva (regla 13.2 de las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, artículo 40.4 Convención sobre los Derechos del Niño). Así, se establecen en la legislación que analizamos distintas medidas cautelares o asegurativas de su sometimiento al proceso (conf. artículo 42).

La prisión preventiva está limitada a una duración máxima de 180 días, prorrogables hasta por 180 días más, de acuerdo a la complejidad del caso y la pluralidad de presuntos autores. Cumplidos dichos términos, debe cesar la medida cautelar y disponerse la libertad inmediata. Los tiempos, como puede advertirse, son sustancialmente más breves que los previstos para los procesos penales de adultos. Creemos que ello está plenamente justificado, teniendo en cuenta las características de personas en crecimiento, y el reconocimiento que se trata de un procedimiento en el que rige el estado de inocencia hasta que el mismo sea alterado por una sentencia. Y es que, como se ha señalado en doctrina, “*en relación con los niños el tiempo tiene una connotación mucho más específica*”¹⁸.

En caso de detención, el niño debe estar separado de los adultos (artículo 37.c. de la CDN) y de jóvenes condenados (regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, regla 13.4 de las Reglas de Beijing). Así como debe contar con la asistencia necesaria, además de los servicios jurídicos (artículo 37.d de la CDN)¹⁹.

Sobre el particular, el artículo 23 inciso 6 de la Ley 12.061 de Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, dispone que corresponde al asesor de incapaces vigilar la situación de los incapaces alojados por cualquier causa en lugares de detención o establecimientos sanitarios, velando por el respeto de los derechos y garantías, formulando las denuncias y requerimientos pertinentes, y promoviendo su externación cuando corresponda.

La adopción de un procedimiento judicial para el juzgamiento dotado de todas las garantías aseguradas por la Constitución Nacional y Provincial, supone la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Entre las manifestaciones relevantes de este ejercicio de la defensa, encontramos el derecho a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰. Expresamente se prevé su derecho a ser escuchado en cualquier etapa del proceso, a petionar –como todo imputado en causa penal–, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos (artículo 3 de la Ley 13.634). Para ello, se dispone la realización de audiencias orales con la presencia obligatoria del niño cuando se traten cuestiones relativas a medidas cautelares, salidas alternativas al proceso y la requisitoria de citación a juicio (artículos 2 y 36 inciso 7), y se garantiza el derecho a comunicarse personalmente con la autoridad judicial (artículo 36 inc. 5 de la Ley 13.634).

La realización de estas audiencias, con presencia obligatoria de las partes, asegura también la contradicción, garantía judicial reconocida en el artículo 8 de la CADH y la regla 7.1 de las Reglas de Beijing²¹, y la inmediación, que también se exige en la Alzada, desde que en el trámite del recurso de apelación, el tribunal debe “*tomar contacto directo y personal con el niño, bajo pena de nulidad*” (artículo 60 de la Ley 13.634).

La doble instancia (artículo 8.2.h de la CADH y artículo 40.b.2.v de la CDN) y el derecho al recurso se encuentran garantizados con recursos ante la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamentales, cuyos fallos resultan sentencias definitivas a los efectos de los recursos extraordinarios previstos en la constitución provincial²². También el *ne bis in idem* (artículo 8.4 de la CADH y artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), principio reconocido por el artículo 1 del Código Procesal Penal de la Provincia, aplicable a este procedimiento.

2.3 Principio de reserva

Como pudo advertirse, tanto en las audiencias orales previstas para la etapa de la Investigación Penal Preparatoria como en el debate, rigen todos los principios del juicio oral, con excepción del de publicidad. En efecto, rige en este procedimiento el principio de reserva de la intimidad o privacidad, en aras a la protección del niño imputado. En todo el proceso las actuaciones tienen carácter reservado (artículo 4 de la Ley 13.634), es decir, solo son públicas para las partes, quedando prohibida la difusión de la identidad del sujeto encausado²³. Ello resulta de estricta aplicación de las normas internacionales incorporadas en nuestro ordenamiento, que prescriben el respeto de la vida privada de los niños²⁴, en orden a la protección de su intimidad²⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que esta limitación al amplio principio de publicidad que rige en otros casos –no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la obser-

vación pública de los actos procesales— atiende al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura²⁶.

Autores especializados, como Diego Freedman, consideran que debería permitirse al adolescente decidir respecto a la publicidad de su juicio oral. En todo caso, escuchar su opinión, la de sus padres o responsables, de su defensor, y eventualmente del asesor de incapaces. Esta posibilidad no debería ser desdeñada, si tenemos en cuenta que la publicidad como principio procesal no solo se la considera como una forma de control de los actos de gobierno derivada del sistema republicano que nos rige (artículo 1 de la CN), sino también como una garantía para el justiciable, para evitar la arbitrariedad de los actos judiciales. Garantía prevista, por otro lado, en el artículo 169 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y en distintos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional²⁷.

2.4 Principio de subsidiariedad

Por último, citaremos que es pilar en el sistema el principio de subsidiariedad. Así lo dispone expresamente la ley al indicarlo como uno de los principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas, junto a los de mínima intervención, protección integral de los derechos del niño, formación plena, reintegración en su familia y en la sociedad, solución de los conflictos, participación de la víctima y que el niño asuma una actitud constructiva y respetuosa ante la sociedad (artículo 33 de la Ley 13.634).

Derivación de este principio resulta la posibilidad que tiene el agente fiscal del joven de no iniciar la persecución al niño, o incluso abandonar la ya iniciada, cuando considere que resulta conveniente para la mejor solución del conflicto o para el futuro del niño (artículo 40 de la Ley 13.634). Esta amplia facultad discrecional del representante del Ministerio Público no es más que la consagración en este procedimiento del principio de oportunidad, reglado o limitado por la consideración al principio del interés superior del niño.

Se trata, como apunta la OC 17/02 de la Corte IDH, de excluir o reducir la judicialización de los problemas que afectan a los niños, tal como postula la normativa internacional. En este sentido, caben las aclaraciones del Comité de los Derechos del Niño que hacen hincapié en que la remisión de casos solo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, en que el niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento a la remisión del caso (conf. regla 4.3 de las Reglas de Tokio) y en que la remisión efectiva de un niño deberá suponer el cierre definitivo del caso²⁸.

En este principio también se enmarca la posibilidad de la aplicación a este procedimiento del trámite de la suspensión del juicio a prueba —artículo 404 del CPP— y de la mediación —Ley 13.433—.

3 • Actores procesales

Lleva razón Maier²⁹ cuando sostiene que el concepto de sujeto procesal carece de valor sistemático en sí, y que en todo caso debe utilizarse su estudio para describir la función de los principales protagonistas del procedimiento y su posición jurídica

relativa en relación con los demás, según las reglas del derecho procesal penal. Es por ello que resulta más importante enumerar los personajes a tratar de la manera antes dicha y clasificarlos según una forma conveniente para la exposición, que es lo que se intentará seguidamente.

Preliminarmente, debería apuntarse que los protagonistas profesionales, por decirlo de cierto modo, deben contar con especialización en la materia. Más allá de alguna consideración al respecto que debería hacerse en relación al defensor, lo cierto es que la Ley Provincial 13.634 crea un fuero especializado de responsabilidad penal juvenil con órganos jurisdiccionales especiales, al menos para la primera instancia, como el juez de garantías del joven, el juez de responsabilidad penal juvenil y el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil, ante los que actúan miembros del Ministerio Público (agente fiscal y defensores oficiales) que deben también contar con especialización en la materia (artículo 24 de la Ley 13.634). Por cierto que también se destaca la instrucción y capacitación especial en la materia que deben recibir los funcionarios que intervienen en la detención de los jóvenes, como el personal policial en general, y en especial el que trate en forma habitual con niños o en la prevención (conf. artículo 47 de la Ley 13.634).

Ello responde al principio de especialización del fuero penal juvenil, que se deriva de la propia Convención sobre los Derechos del Niño. Así, el artículo 40.3 dispone que “*los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales*”. Del mismo modo lo enfatiza la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 5.5: “*Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados*”, y las Reglas de Beijing (regla 2.3, en la que se agrega que tiene por objeto responder a las necesidades de los menores delincuentes y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos, aplicando cabalmente y con justicia las reglas especiales para estos procedimientos). Resulta claro que se pretende un sistema de justicia penal diferenciado del de los adultos, y en tal sentido se direcciona la Ley 13.634.

Seguidamente entonces, nos ocuparemos de los órganos que dispone la ley provincial para el fuero penal juvenil.

3.1 Agente fiscal del joven

Este magistrado lleva adelante la Investigación Penal Preparatoria del procedimiento de responsabilidad penal juvenil.

Como vimos, cuenta con facultades discrecionales para promover o no la investigación, cuando considera que ello resulte conveniente para la mejor solución del conflicto o para el futuro del niño. Debería aclararse aquí que ello no implica que resulten excluidos en este proceso penal juvenil otros supuestos de aplicación del principio de oportunidad, como los criterios especiales de archivo del artículo 56 bis del CPP (insignificancia, pena natural, cese de investigación de delitos leves frente a otros graves también endilgados a la misma persona), ni aun la herramienta de la mediación de la Ley 13.433. No vemos ningún óbice para la procedencia de este procedimiento, que se trata justamente de la aplicación de justicia restaurativa³⁰.

El fiscal actúa con criterio objetivo (artículo 54 de la Ley 12.061), lo que implica

que puede, o debe, peticionar aun a favor del imputado. No solo no es un acusador a ultranza, sino que debe actuar en el marco de los principios de subsidiariedad y mínima intervención que rigen el procedimiento de la Ley 13.634.

Este nuevo actor creado por la ley también interviene en los hechos en los que junto con jóvenes se encontraran imputados mayores de edad, o hubiera delitos conexos, formulando los requerimientos pertinentes ante los juzgados competentes (artículo 66 de la Ley 13.634). Esta norma viene a subsanar la mala práctica procesal bonaerense de llevar dos investigaciones separadas, a cargo de distintos funcionarios, respecto del mismo hecho, cuando había coimputados mayores y niños, duplicando no solo la persecución sino también la prueba, con el consiguiente desgaste para las víctimas, testigos y demás protagonistas eventuales, como policías o peritos.

3.2 Imputado y defensor

El menor de edad imputable para la ley constituye, junto con su defensor, la contraparte del fiscal. Goza de todos los derechos acordados a los imputados mayores de edad en el Código Procesal Penal (Ley 11.922, artículo 60), más los puntualizados en la Ley 13.634 y, en general, los consagrados constitucionalmente.

Existe obligación de hacerle saber el hecho que se le atribuye, teniendo derecho a contar con un defensor técnico que lo asista, y de prestar declaración libremente. Con respecto a esto último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha apuntado: *“Debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración. En tal caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración”*³¹.

Estas consideraciones especiales, derivadas de la obligación de protección especial de los niños (en el ámbito provincial, bajo el amparo del artículo 36.2 de la Constitución bonaerense), también fueron propuestas por el Comité de los Derechos del Niño: *“Debido a la falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable, si carecen de prueba de su culpabilidad más allá de toda duda razonable”*³².

El niño, en el proceso penal que nos ocupa, solo puede ser interrogado por autoridades judiciales, nunca por autoridades policiales, militares, civiles o administrativas (artículo 36 inciso 2). Tampoco puede ser obligado a declarar en su contra (artículo 36 inciso 1 de la Ley 13.634 y artículos 60 inciso 3 y 310 del CPP, concordantes con los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 40 inciso 2.b.iv de la Convención sobre los Derechos del Niño y la regla 7 de las Reglas de Beijing).

La nueva normativa provincial creó la figura del defensor del joven para actuar ante el fuero de responsabilidad penal juvenil, funcionario que para ser designado –al igual que el fiscal del joven– debe acreditar especialización y amplio conocimiento del Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos del Niño (artículo 24 de la Ley 13.635). Sin embargo, el niño imputado puede designar defensor entre los letrados de confianza (artículo 60 del CPP), que eventualmente podría no aparecer “especializado”, nombramiento al que debe darse prioridad, ya que más allá de la

conveniencia de la actuación de un defensor con conocimientos especiales, la elección de la defensa técnica debe respetarse y tratarse como un acto personal del imputado. Decisión que eventualmente puede tomarse previo asesoramiento de los padres, tutores o responsables, quienes deben ser notificados junto con el menor imputado y el defensor oficial de la apertura de la investigación, *“para que ejerzan el derecho de defensa”* (artículo 49 de la Ley 13.634). La ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes parece contemplar estas consideraciones al regular en su artículo 27 inciso c que se debe garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial la asistencia de un letrado “preferentemente” especializado en niñez y adolescencia.

La comunicación con el defensor resulta confidencial (regla 18.a de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad), secreto del que solo puede ser liberado por el interesado (artículo 236 del CPP).

La ley prohíbe la incomunicación del imputado en este procedimiento (artículo 45 de la Ley 13.634), dándose prioridad a la protección integral del adolescente, en este caso, la comunicación con su entorno familiar (conf. artículo 37.c de la CDN), por sobre las motivaciones de este instituto vinculadas con la investigación del delito. Vimos que esta priorización es una característica del proceso, que se observa también cuando la Ley 13.634 dispone notificar al menor imputado la existencia de la investigación desde el momento de su apertura (artículo 49, ver asimismo Reglas de Beijing, regla 7), comunicación que no es obligatoria en el procedimiento previsto para los adultos.

La información que se brinde al adolescente (respecto de la acusación, del proceso), debe ser comprensible (conf. Reglas de Beijing, regla 14.2). Y claro está, contar con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma (artículo 40.2.b.vi de la CDN, artículo 8.2.a de la CADH y artículo 60 inciso 1 del CPP).

Por último, cuando imputados mayores coprocesados por el mismo suceso fueran absueltos o condenados a una pena inferior a la aplicada al niño imputado, debe procederse a una revisión de oficio, para que se dicte un nuevo pronunciamiento (artículo 67).

3.3 Juez de garantías del joven

Tiene la misma competencia que el juez de garantías en el Código Procesal Penal (artículo 23), con la especificidad, dice la Ley 13.634, de serlo respecto de niños.

La llegada al proceso penal juvenil de un órgano jurisdiccional como éste es producto de basar el procedimiento en el sistema acusatorio provincial de la Ley 11.922. La investigación deja de estar en manos del juzgador –como en el Decreto Ley 10.067–, para reposar en cabeza del acusador. El juez se limita a su función de juzgar, como un tercero imparcial frente a las partes, y a controlar el estricto resguardo de las garantías constitucionales, ya que es quien dispone –a pedido del fiscal– medidas de coerción y diligencias que afectan derechos amparados por la Constitución Nacional.

Las decisiones que toma este juez sobre medidas cautelares, salidas alternativas al proceso y la elevación a juicio, deben adoptarse en audiencias orales (artículo 36 inciso 7 de la Ley 13.634), en las que deben regir los principios que antes mencionáramos.

3.4 Juez de responsabilidad penal juvenil

Es el órgano de juzgamiento en la etapa del juicio, que interviene en todos los hechos delictivos con excepción de los específicamente atribuidos a conocimiento del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil (artículos 27 y 28 de la Ley 13.634), del que nos ocuparemos seguidamente.

Este tribunal unipersonal lleva adelante el juzgamiento del inculcado en debate oral, de carácter reservado, al que solo pueden acceder las partes y las personas excepcionalmente autorizadas por el juez, en decisión inimpugnabile.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el momento de graduarse la sanción que eventualmente corresponda imponer, debe atenderse al grado de madurez emocional del niño. En este sentido, sostuvo el máximo tribunal nacional: *“Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional”*³³.

En este mismo fallo, la Corte se ocupó de la aplicación de la escala de la tentativa prevista por la ley, rechazando la tesis del tribunal *a quo*: *“Para la Cámara de Casación, entonces, la utilización de la escala penal de la tentativa está condicionada a que quien la propugna ofrezca una razón suficiente y la menor edad del autor no lo sería. En ausencia de esta razón suficiente, los tribunales se verían obligados a aplicar la pena máxima. Por el contrario, es mi opinión que una interpretación y aplicación leal de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a una regla interpretativa exactamente inversa: es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es, precisamente, la minoría de edad del autor al momento del hecho. El incumplimiento de la carga, determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve”*³⁴.

También interviene este órgano en la etapa de la ejecución de la pena que eventualmente se hubiera impuesto en la sentencia.

3.5 Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil

Es un tribunal colegiado integrado por tres jueces de responsabilidad penal juvenil que se constituye para el juzgamiento en juicio oral cuando se trata de los delitos de homicidio doloso, violación, abuso sexual agravado por la muerte de la víctima, secuestro extorsivo o robo seguido de muerte.

Aplica en el procedimiento las reglas del juicio común del CPP, con excepción de la publicidad.

También es competente en materia de ejecución respecto de la sanción que eventualmente impusiera.

3.6 Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal

Ciertamente no es un nuevo órgano creado por la ley, pero se le atribuye un importante papel en la conformación del fuero penal de la responsabilidad penal juvenil. Este tribunal, creado por la Ley 11.922, toma intervención en el esquema que nos ocupa en distintas oportunidades: el recurso de apelación contra las decisiones que durante el trámite del proceso expresamente se declaren impugnables o causen gra-

vamen irreparable, el recurso contra el fallo –artículo 61 de la ley– de los Juzgados y Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil, la acción de revisión (en esto se diferencia del CPP, que atribuye competencia al Tribunal de Casación Penal), y las cuestiones de competencia que se plantearan entre los órganos jurisdiccionales del fuero (artículo 26 de la Ley 13.634).

La normativa dispone expresamente que la Sala de la Cámara que hubiera intervenido en el recurso de apelación, no podrá entender en el recurso contra el fallo, receptando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la imparcialidad de los jueces consagrada en los precedentes ya citados.

3.7 Padres, tutores o responsables

Si bien no pueden ser considerados sujetos procesales, la intervención en el procedimiento que nos ocupa de los padres, tutores o responsables del niño es advertida especialmente.

Así, el carácter reservado de las actuaciones no los alcanza (artículo 4 de la Ley 13.634); su presencia puede ser solicitada por el niño imputado en los actos procesales a que sea sometido (artículo 36 inciso 1); deben ser notificados de toda decisión que afecte al niño, excepto que su interés superior indique lo contrario (artículo 37) –no implica que tengan legitimación para recurrir, sino que es impuesto por el derecho a ser informado del trámite del proceso que involucra al menor a su cargo–. Además, deben ser avisados inmediatamente de la aprehensión del niño, información que debe incluir el lugar donde se encuentre y el sitio donde será conducido (artículo 41); también deben ser informados, al momento de ordenarse la apertura de la investigación, de la existencia de la misma y de los cargos que se le imputan al niño para que ejerzan el derecho de defensa (artículo 49) –en todo caso, asesorando al niño, tal como expresáramos con anterioridad–; y son advertidos por el juez o tribunal de las consecuencias que con arreglo a la legislación de fondo, trae aparejado el incumplimiento injustificado de las medidas judiciales impuestas luego de tenerse por comprobada la participación del niño en el hecho punible y declarada su responsabilidad (artículos 69 y 68).

No son los padres sujetos necesarios en el proceso del fuero penal juvenil *bonaefide*, mas su presencia velando por los intereses del niño es remarcada por la ley y requerida en algún caso bajo pena de nulidad, como el supuesto de niños menores de 16 años que pueden ser alcanzados –con dudosa constitucionalidad, insistimos– por medidas de privación de libertad (artículos 64 y 65 de la Ley 13.634).

3.8 Víctima. Particular damnificado

La única referencia específica relativa a la intervención del particular damnificado aparece en la legitimación recursiva que se le concede respecto de las resoluciones que disponen el sobreseimiento, y en los casos de los artículos 448 y 449 del CPP (correspondientes a los motivos de casación). Esto nos lleva a concluir que la ley no soslaya la posibilidad de la existencia del particular damnificado en el proceso seguido a adolescentes imputables.

Sin embargo, algunas dudas nos genera la reforma general de la Ley 13.943 del año 2009, modificatoria del Código Procesal Penal provincial, por la que se habilita al

particular damnificado al ejercicio de la acción cuando el agente fiscal insta el sobreseimiento y el juez no estuviere de acuerdo, o cuando en el debate oral el fiscal desiste de acusar.

No parece que se tratara de la transformación de la acción pública en una de carácter privado que solo puede ser ejercida por medio de querrela, pues ello sería solo resorte del Congreso Nacional al importar una modificación a los artículos 71 a 73 del Código Penal. Más bien, resultaría la habilitación de la continuación del ejercicio de la acción pública cuando fuera promovida inicialmente por el Ministerio Público Fiscal y luego abandonada.

El problema en el traslado de esta facultad acusatoria de la víctima al procedimiento del fuero penal juvenil radica no solo en que alguno de los principios que venimos mencionando pudieran sufrir algún tipo de mengua, como la especialización que dijimos que se requería para el acusador público, sino en la facultad discrecional que tiene el fiscal de abandonar la investigación ya iniciada cuando resulta conveniente para la mejor solución del conflicto o para el futuro del niño, prevista por el artículo 40 de la Ley 13.634.

Lo que no podemos olvidar aquí es que, al decir de Mary Beloff, además de ser éste un sistema de justicia especializado, es además un sistema de justicia distinto del sistema penal de adultos³⁵. En efecto, la persecución penal en este procedimiento tiene una finalidad diferente. Se puede imponer una sanción penal, y bien podría decirse que por ello tiene una función represiva, pero lo cierto es que, a la luz de las convenciones internacionales y las propias constituciones nacional y provincial, tiene una función de protección, educativa, también restaurativa, y que debe tender a favorecer al mejor desarrollo de esa persona en crecimiento.

Hemos recordado antes los principios rectores fijados por la propia Ley 13.634 para la interpretación y aplicación de las normas: la protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos, la participación de la víctima y que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad (artículo 33). Todos ellos, enmarcados en los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 75 inciso 22 de la CN), y conjugados con las Reglas de Beijing, las Reglas de Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Riad (artículo 10 de la Ley 13.298).

De modo tal que cuando el agente fiscal del joven decide –en términos del mejor interés del niño– no continuar con la acción, pareciera que no puede ser proseguida por el particular damnificado, que no persigue en su actuación las finalidades antes mencionadas.

Entre los principios rectores de la Ley 13.634 citamos el de la participación de la víctima. En esta interpretación que propiciamos, dicho principio no es necesariamente dejado de lado, en tanto la decisión que dispone el abandono de la acción penal en términos del artículo 40 puede ser revisada ante el fiscal general a instancias de la víctima o particular damnificado, que debe ser obligatoriamente notificado.

Por otra parte, se prevé en el artículo 334 bis del Código Procesal Penal que el particular damnificado tendrá para el debate las mismas facultades que el agente fiscal. Y no resultaría posible, ni razonable, a la luz de lo que consideramos precedente-

mente, que el particular damnificado ejerciera la facultad discrecional del artículo 40 de la Ley 13.634.

3.9 Cuerpo Técnico Auxiliar

La ley crea un denominado “Cuerpo Técnico Auxiliar”, dependiente de las Asesorías Periciales Departamentales, integrado por médicos, psicólogos y asistentes sociales para llevar adelante los distintos estudios que pudieran requerirse respecto del joven sometido a proceso. Mediante el Acuerdo 3370 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se implementaron como “Cuerpos Técnicos Auxiliares Departamentales del Fuero Penal Juvenil”, disponiéndose que tendrán como finalidad asistir profesional y exclusivamente, tanto a los órganos jurisdiccionales como a los del Ministerio Público.

Las diligencias que realizan deben enmarcarse en los exámenes periciales reglados por los artículos 244 y siguientes del Código Procesal Penal, por lo que deben notificarse previamente al imputado y su defensor, así como al particular damnificado, para dar oportunidad a su debido control –art. 247 del CPP–.

3.10 Policía

Actúa en la investigación penal como auxiliar del Ministerio Público Fiscal, confiriéndole el Código Procesal Penal distintas facultades –artículo 294–, que incluyen medidas de coerción como aprehensiones, requisas o secuestros, por citar solo algunos ejemplos.

La Ley 13.634 no prohíbe la actuación policial, aunque la limita considerablemente siguiendo principios de la normativa internacional de derechos humanos aplicable a este procedimiento. Así, se prohíbe, bajo pena de nulidad de lo actuado, que el niño sea sujeto a interrogatorio por parte de autoridades policiales acerca de su participación en los hechos (artículo 38). También queda prohibido a la policía llevar antecedentes sobre delitos atribuidos a niños (artículos 39 y 36 inciso 6)³⁶.

Ya hemos apuntado que, según la Ley 13.634, el personal policial en general, y en especial el que trate en forma habitual con niños o se dedique a la prevención, deberá recibir la instrucción y capacitación especial en la materia.

4 • A modo de conclusión

Hemos intentado describir el sistema “legal”³⁷ previsto para el fuero penal juvenil de la Provincia de Buenos Aires a través de los principios que informan el debido proceso y los actores que intervienen conforme las previsiones normativas.

Éstas, incluso, se extienden a resoluciones administrativas adoptadas por el Poder Ejecutivo Provincial, como las que crean y reglamentan los distintos institutos y establecimientos para el cumplimiento de las medidas judiciales³⁸, que por cierto aún no fueron puestos en funcionamiento.

Y es que la cuestión finalmente fincará en el modo en que funcione el sistema “real” del fuero penal juvenil bonaerense, que dependerá de los magistrados y funcionarios que actúen en cada caso concreto, aplicando la normativa con sentido de justicia.

No descartamos que a pesar del demostrado fundamento convencional y constitucional de la legislación procesal que se comenta, en nombre de la protección in-

tegral se puedan dictar resoluciones de fuerte contenido tutelar. Pese a ello, el camino a seguir es el de ir marcando decididamente límites reales a dicha doctrina de la situación irregular, y abriendo paso a una verdadera protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes que parta de la base del reconocimiento de su dignidad como personas, fundamento de los derechos que se les deben respetar y garantizar.

Las leyes 13.298 y 13.634 constituyen sin duda un reconocimiento de los estándares internacionales de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, así como un avance progresivo que impide definitivamente retrocesos, al menos legales. Son los distintos actores procesales que hemos enumerado los que tienen en sus manos su “realización”. Respetar garantías mínimas en un proceso como el diseñado por la Constitución Nacional tampoco exige demasiado.

Notas

1 - Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02 sobre las Condiciones Jurídicas y Derechos Humanos de los Niños, voto del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade - Párrafo 71.

2 - Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02 - Párrafo 41.

3 - CSJN, “M., D. E. y otro”, sentencia del 7 de diciembre de 2005.

4 - La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires también sostuvo con énfasis el mismo criterio: “Las garantías vigentes para enjuiciar a los mayores son el umbral mínimo que debe tomarse como punto de partida” (SCJBA, causa “C., A. s/ homicidio en ocasión de robo”, sentencia del 16 de agosto de 2007, voto del Juez Juan Carlos Hitters).

5 - Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General 10 sobre Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores - Párrafo 40.

6 - A pesar de la base constitucional sentada con la reforma provincial de 1994, cuando se incorporaron entre los “derechos sociales”, derechos de la niñez. Dispone el art. 36.2 de la Constitución de la Provincia que: “Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo, y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos”.

7 - Este cuestionamiento motivó la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Provincial 10.067 en el fallo citado en la nota 4.

8 - Conf., párrafo 10.

9 - Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y adolescentes, Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 89.

10 - Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), sentencia del 19 de noviembre de 1999 - Párrafo 194.

11 - El art. 27 de este instrumento declara aplicables los principios pertinentes de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, por lo que debe tenerse presente también este cuerpo normativo, expresamente aludido por la CSJN en el precedente “Verbitsky”, fallo del 3 de mayo de 2005.

12 - La Comisión Interamericana ha dictado recientemente la Resolución 1/08 sobre Principios y

Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en cuyo articulado aparecen normas vinculadas a niños y niñas privados de libertad, como el Principio III.

13 - Confr. CSJN, entre otros, “Giroldi”, sentencia del 7 de abril de 1995; “Bramajo”, sentencia del 12 de septiembre de 1996 (que se refiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque en “Acosta”, sentencia 22 de diciembre de 1998, surgiría que sus decisiones no son vinculantes); “Mignone”, sentencia del 9 de abril de 2002; “Simón”, sentencia del 14 de junio de 2005.

14 - Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02 sobre las Condiciones Jurídicas y Derechos Humanos de los Niños - Párrafo 120.

15 - Conf. fallos “Llerena, Horacio Luis”, sentencia del 17 de mayo de 2005, y “Dieser, María G. y otro”, sentencia del 8 de agosto de 2006, entre otros.

16 - Específicamente aplicado a niñas, niños y adolescentes puede verse su referencia tanto en la OC 17/02 de la Corte IDH (párrafo 127), como en la OG 10 del Comité de Derechos del Niño (párrafo 42).

17 - Ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: “El marco punitivo al que se refiere el derecho penal juvenil, fuertemente condicionado por el principio de mínima suficiencia, dispone que la detención de menores debe limitarse a casos excepcionales. Debe restringirse en cantidad (“último recurso”), en tiempo (“el más breve plazo posible”) y sin excluir la posibilidad que el menor sea puesto en libertad, aun antes del cumplimiento de la condena, por resultar más vulnerables a las influencias negativas del encierro” (Sala Penal, causa “C., L. D. s/ homicidio simple -recurso de casación-”, sentencia del 29 de septiembre de 2006).

18 - Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 201.

19 - Véase Corte IDH, Caso “Instituto de Reeduación del Menor” contra Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafos 162 a 172.

20 - Véase también art. 27 Ley 26.061.

21 - Conf. Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02 - Párrafo 132.

22 - En relación al recurso contra el fallo -art. 61 Ley 13.634-, resultan atinentes las consideraciones de María Graciela Cortazar y José Luis Ares al analizar el recurso de apelación contra las sentencias definitivas de los Juzgados Correccionales: “La única interpretación constitucionalmente válida al examinar los alcances del recurso de apelación, es entender obligatorio que se superen la rigidez y limitación del trámite y se entienda que deberá incluso adaptarse el mismo ampliando su diseño en la dinámica judicial concreta, con el objeto que pueda cumplir la función de revisión integral que la CSJN requiere de todo recurso contra la sentencia definitiva” (autores citados, “El nuevo sistema de recursos en el proceso penal bonaerense. Análisis de las modificaciones introducidas por las leyes 13.812 y 13.818”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 9, septiembre de 2008, Abeledo Perrot, pág. 1605/1613).

23 - La Ley 13.634 introdujo una modificación en el Código de Faltas provincial (Ley 8.031), incorporando el art. 94 quater por el que se crea una figura contravencional que reprime con hasta 30 días de arresto al que “*revelare la identidad de los niños sujetos a actuaciones administrativas o judiciales, cualquiera sea su carácter y con motivo de dichas actuaciones, en informaciones periodísticas y de toda índole. Se consideran como informaciones referidas a la identidad: el nombre, apodo, filiación, parentesco, residencia y cualquier otra forma que permita su individualización*”.

24 - Arts. 16 y 40.2.b.vii Convención sobre los Derechos del Niño.

25 - Reglas 8.1 y 8.2 de las Reglas de Beijing.

26 - Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02 - Párrafo 134.

27 - Art. 10 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

28 - Observación General 10 – Párrafo 27.

20 - Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Tomo II Sujetos procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 40.

30 - En el ordenamiento nacional, donde no existe normativa expresa que regule el procedimiento de la mediación, se entendió procedente la aplicación del instituto, enmarcado en el art. 4 y concordantes de la Ley 22.278 y la Convención sobre los Derechos del Niño (Tribunal Oral de Menores n.º 2 de la ciudad de Buenos Aires, causa “L., M. y otro s/robo”, del 13 de abril de 2007, voto del juez Talon).

31 - Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02 – Párrafo 130.

32 - Observación General 10 – Párrafo 42.

33 - CSJN, “M., D. E. y otro”, sentencia del 7 de diciembre de 2005, voto de la mayoría, considerando 37.

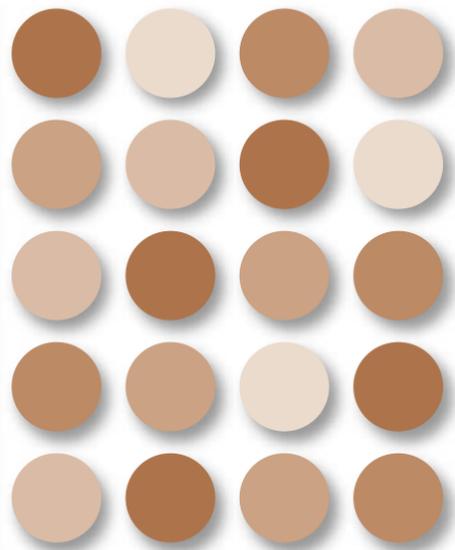
34 - CSJN, “M., D. E. y otro”, sentencia del 7 de diciembre de 2005, voto de la Dra. Carmen M. Argibay, considerando 14.

35 - Beloff, Mary, ob. cit., pág. 40.

36 - El único registro posible a los efectos de este procedimiento es el Registro de Procesos del Niño (conf. art. 51 Ley 13.634), creado en el ámbito del Poder Judicial con el objeto de centralizar y sistematizar la información vinculada con la existencia de procesos pendientes, a los efectos de su acumulación y control por parte del Juez de Garantías del Joven, que por resolución de la SCJBA funciona en la órbita del Ministerio Público.

37 - Tomamos esta idea de la comparación que hace en el derecho de la ejecución penal el profesor español Iñaki Rivera Beiras.

38 - Ver Resolución 172 del Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires, BO 4/04/07.



Medidas cautelares y alternativas a la privación de la libertad en el régimen penal juvenil de la Ley 13.634

Diego Freedman

Diego Freedman

Abogado, docente de la Facultad de Derecho (UBA), departamentos de Derecho Penal y Criminología, Derecho Económico –Derecho Tributario– y de Práctica Profesional –Penal Juvenil–. Integrante del equipo docente de la Prof. Mary Beloff en cursos de grado y de posgrado (Universidad de La Plata, UCES). Becario del Centro de Estudios para la Justicia de las Américas (OEA). Asesor del Consejo de la Magistratura de la Nación, de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación y de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Integrante de la Comisión de Reforma del Código de Justicia Militar del Ministerio de Defensa de la Nación. Consultor de UNICEF y de la Asociación por los Derechos Civiles. Investigador de la Fundación CIPPEC. Ganador del Concurso CLADEM. Autor de diversos artículos sobre derecho penal, derecho tributario y derechos humanos.

1 • Introducción

El régimen penal juvenil de la Ley 13.634¹ constituye una oportunidad para que las prácticas judiciales –además de garantizar un juicio más justo a los jóvenes infractores de las leyes penales y la aplicación de sanciones penales más adecuadas– reduzcan el uso del encarcelamiento de los adolescentes durante el proceso² (prisión preventiva) y como sanción (pena privativa de la libertad). En ese sentido, creo que la reducción del uso y aplicación del encarcelamiento debe considerarse un indicador esencial para evaluar la aplicación de este nuevo régimen penal.

Es menester señalar que la legislación provincial no propone un “salto al vacío”, sino que prevé diversas medidas cautelares (que cumplen la misma función que la prisión preventiva) y sanciones alternativas a la pena privativa de la libertad.

A continuación desarrollaremos esta temática con mayor profundidad precisando de qué forma la reducción del uso de la privación de la libertad cumple con los estándares internacionales de derechos humanos.

2 • Estándares en materia de medidas cautelares contra el imputado en el proceso penal

Las normas constitucionales³ y el derecho internacional de los derechos humanos reconocen expresamente el principio de inocencia⁴. Este implica que nadie puede ser sancionado ni privado de su libertad antes de ser condenado por haber cometido un delito.

2.1 Prisión preventiva

A pesar de la existencia del principio recién mencionado, se admite excepcionalmente⁵ el uso de la prisión preventiva cuando su aplicación esté prevista en las normas procesales, quedando sujeta a control judicial⁶.

Esta medida cautelar sólo puede extenderse por un plazo razonable⁷, que no puede ser determinado en forma abstracta, sino que debe ser fijado en el caso concreto⁸. Para ello, es necesario hacer una valoración de la complejidad del caso y la diligencia de la investigación, que deberá ser más estricta y limitada en comparación con la realizada para determinar el plazo razonable de duración del proceso penal. Esto se justifica en que el plazo razonable de duración de la prisión preventiva debe ser necesariamente menor que el destinado para todo el juicio⁹. En relación con las actividades procesales del imputado y su defensa, se consideró que no deben ser valoradas para justificar la extensión del plazo razonable de prisión preventiva¹⁰. Con respecto a la severidad de la pena aplicable, no debe ser considerada necesariamente

para justificar la extensión de la prisión preventiva¹¹.

Pese a estas consideraciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fijó como criterio rector el plazo de “*dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado*”¹², a menos que se haya fijado un plazo menor en la legislación procesal local¹³. En el caso que se supere el plazo fijado por la Comisión Interamericana, queda sujeto a un criterio más exigente de justificación, pero si se traspasa el plazo legal, no se admite prueba en contra con respecto a la afectación de duración razonable de la prisión preventiva y al deber de liberar al imputado¹⁴. Sin embargo, este criterio rector no implica que se afecte esta garantía de duración razonable de la prisión preventiva cuando ésta se haya extendido un plazo menor de forma injustificada y desproporcionada (por ejemplo, cuando el delito imputado es de muy sencilla investigación por haber sido detenido el imputado en flagrancia).

Recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁵ ha precisado que procede la prisión preventiva cuando existen “*elementos de prueba suficientes que vinculen al imputado con el hecho investigado*” y con motivos procesales (peligro de fuga o de obstaculizar la investigación)¹⁶ fundados en elementos objetivos en el caso concreto (sólo se admiten presunciones legales *iuris tantum*)¹⁷. Con respecto al peligro de fuga que genera la amenaza de una pena privativa de la libertad, la Comisión Interamericana ha precisado que la severidad de la pena no puede ser utilizada para justificar un plazo prolongado de detención¹⁸ y que se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista por la ley para valorar la coacción moral que genera en el imputado¹⁹. Además, pueden considerarse las circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento para determinar así la mínima respuesta punitiva que amenaza al imputado²⁰.

También se ha señalado que no deben crearse categorías de hechos delictivos que queden excluidos del régimen general de la prisión preventiva y que no estén basados en criterios objetivos y legítimos de discriminación, impidiendo así que se ordene la libertad del imputado y el uso de otras medidas cautelares²¹. De este modo, se trata de limitar los “delitos inexcusables”²².

La Comisión Interamericana hizo aplicación del principio de proporcionalidad²³ por el cual “*una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta*”²⁴. Concluye la Comisión Interamericana que “*no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. También se deberá considerar en abstracto, si de haber mediado condena los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada*”²⁵. Al igual que al valorar la amenaza de pena al momento de determinar si existe peligro de fuga, se exige aquí que se tenga en cuenta el mínimo legal de la clase de pena más leve aplicable al hecho delictivo imputado²⁶.

La prisión preventiva es provisional, por lo cual, sólo debe regir “*durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto*”²⁷. El juez, según el estándar fijado por la Comisión Interamericana, debe revisar periódicamente si subsisten los requisitos para mantener la prisión preventiva²⁸. En caso que no sea ya indispensable el uso de la prisión preventiva, debe recurrir a otras medidas cautelares alternativas

que garanticen los fines procesales²⁹, siendo aplicables lo antes posible³⁰.

Finalmente, se fijan ciertos estándares en materia de ejecución de la prisión preventiva, debiendo asegurarse la separación de las personas privadas de la libertad por medio de la prisión preventiva con las personas condenadas³¹. Aparte, el imputado no debe ver vulnerada su dignidad. Esto, según la interpretación que hacemos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se traduce en que debe sufrir sólo las restricciones a sus derechos inherentes a la aplicación de la prisión preventiva. Por ende, se le debe asegurar la posibilidad de trabajar, de estudiar, de mantener el contacto con su familia y de acceder a servicios de salud, entre otras prestaciones³².

A la vez, es menester diseñar una política pública de monitoreo y prevención de hechos de violencia, ya que las personas privadas de la libertad se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

Desde ya, la situación de las personas procesadas nunca puede ser peor que la de una persona condenada a una pena privativa de la libertad, a la cual le resultan aplicables los estándares fijados por la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos³³.

2.2 Otras medidas cautelares

En el ordenamiento procesal se deben prever una serie de medidas cautelares³⁴ a aplicar en aquellos casos en que no es indispensable la prisión preventiva (desde el inicio del proceso o cuando ya ha avanzado y perduran los peligros procesales) y cuando se extiende en forma irrazonable su duración³⁵. Esto implica que el magistrado siempre debe valorar si corresponde la aplicación de estas medidas y, cuando encuentre argumentos que justifiquen que sean desechadas, recién ahí debe disponer la prisión preventiva del imputado.

Estas medidas son muy variadas y deben ajustarse al caso concreto y a las circunstancias particulares del imputado. Pueden ser: el arresto domiciliario, el uso de un dispositivo de localización (muñequera o tobillera electrónica), la prohibición de salir del país, la obligación de comparecer a alguna institución pública periódicamente (comisaría, juzgado), el embargo o la inhibición de bienes.

El hecho que la restricción a la libertad del imputado sea menor que la ejercida por el uso de la prisión preventiva no implica que las medidas cautelares queden exentas de las limitaciones antes enunciadas respecto de la prisión preventiva. Por lo tanto, deben estar previstas por el orden legal y quedar sujetas al control judicial.

La extensión de la duración de las medidas cautelares debe ser razonable y, para ello, debe tenerse en cuenta el grado de restricción a la libertad personal del imputado. Debería ponderarse en concreto cada medida cautelar para determinar cuándo excede el plazo razonable de duración, teniendo como piso el plazo razonable de duración de la prisión preventiva y como tope el plazo razonable de duración del proceso penal.

Además, se requiere que haya ciertos elementos de cargo que vinculen al imputado con el hecho delictivo y que las medidas adoptadas en concreto sean indispensables para garantizar los fines procesales³⁶.

Resulta aplicable, también, el principio de proporcionalidad, por el cual “[l]a medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad”³⁷, tiene carácter provisorio

y debe utilizarse la medida menos restrictiva posible (principio de mínima intervención).

Finalmente, la Comisión Interamericana recomienda que participe la sociedad y la familia y que se provean los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia³⁸.

3 • Estándares en materia de medidas cautelares respecto de los adolescentes

Los estándares antes mencionados son aplicables en forma plena a los adolescentes. Esto se debe a que, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰, éstos tienen los mismos derechos que las personas adultas. Aparte corresponde analizar si tienen derechos específicos o si se le da un mayor alcance a los derechos reconocidos a los adultos para garantizar la protección especial que exigen las normas internacionales de derechos humanos.

3.1 Prisión preventiva a los adolescentes imputados en procesos penales

En relación con la aplicación de la prisión preventiva, el artículo 37 inciso a de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) prohíbe que se aplique la prisión preventiva en forma ilegal o arbitraria en perjuicio del adolescente. Esto se traduce en la aplicación de los estándares antes descriptos para la aplicación de la prisión preventiva, a saber: su uso para satisfacer fines procesales⁴¹, cuando existen elementos de cargo que vinculan al adolescente imputado con el hecho delictivo, su empleo como último recurso posible⁴², la duración mínima⁴³, la proporcionalidad y la provisionalidad⁴⁴.

El adolescente en prisión preventiva debe estar separado de las personas adultas (a menos que se contraría su interés superior)⁴⁵ y de otros jóvenes condenados⁴⁶. En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) también se exige que el adolescente esté separado de los adultos en establecimientos o en recintos distintos⁴⁷. No debe ser alojado en una comisaría, sino que debe cumplir la prisión preventiva en establecimientos especialmente aptos⁴⁸. Se dispone que en todo momento se asegure el contacto del adolescente con su familia⁴⁹ y que se le permita el acceso a la defensa jurídica y a derechos tales como actividades educativas, laborales, culturales, deportivas, religiosas y recreativas, y a servicios médicos⁵⁰.

Sin embargo, en la práctica judicial hay casos en que por medio de la disposición tutelar se admiten *“los encierros preventivos de niños, [que] en general, no son dictados luego de un análisis razonado de los elementos convictivos arrojados por la investigación, ni en virtud de la ponderación de aspectos del accionar del niño que pudieran obstaculizar la acción de la justicia: son privados de su libertad independientemente de su condición procesal, ya que a su respecto se dicta auto de mérito (procesamiento) pero sin el dictado de la prisión preventiva a su respecto”*⁵¹.

3.2 Otras medidas cautelares aplicables a adolescentes en procesos penales

Los Estados, a criterio del Comité de Derechos del Niño, deben prever una serie de medidas cautelares que funcionen como alternativas a la prisión preventiva⁵². La especificidad está dada en que se prevén medidas cautelares adecuadas a las características de los niños. Por ejemplo, en las Reglas de Beijing se enumeran como me-

didias cautelares a la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación del adolescente a una familia o su traslado a un hogar o a una institución educativa⁵³.

Hay que remarcar que las medidas cautelares quedan sujetas a los principios limitadores antes detallados. De lo contrario, se corre el riesgo que la inclusión de las medidas cautelares no reemplace a la prisión preventiva, sino que se materialice en un mayor campo de coerción procesal, comprendiendo a casos que antes quedaban exentos de la privación de la libertad. Por ejemplo, el uso de una pulsera de localización por un delito de bagatela, que no hubiera implicado la aplicación de la prisión preventiva por el principio de proporcionalidad.

Además, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del joven, el magistrado debe utilizar las medidas menos restrictivas del abanico de posibilidades que brinda el orden jurídico. Evaluar la posibilidad de requerir la obligación de comparecer periódicamente a una institución pública antes que ordenar un arresto domiciliario es un ejemplo de ello.

También es necesario que el magistrado sea cuidadoso al momento de fundar la medida cautelar y no actúe por una decisión casi automática, sin detallar el análisis de los elementos presentes en el caso para determinar su procedencia.

4 • Medidas cautelares en la Ley 13.634

En forma genérica, se establece que toda medida cautelar, incluso la prisión preventiva, debe ser decidida en una audiencia oral con la participación del defensor del joven y del agente fiscal⁵⁴. Por este medio se trata de asegurar la debida contradicción e inmediación en esta decisión judicial que significa el ejercicio de la coerción procesal.

4.1 Prisión preventiva a adolescentes en la Ley 13.634

La Ley 13.634 recepta los estándares internacionales sobre la privación de la libertad del adolescente durante el proceso penal al disponer que ésta debe ser excepcional, aplicada como último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada⁵⁵.

A fin de contrarrestar las prácticas tutelares de la justicia de menores, se exige que durante el proceso penal nunca se podrá fundamentar una medida privativa de la libertad en cuestiones vinculadas a la pobreza del adolescente⁵⁶.

El dictado de la prisión preventiva implica que el magistrado justifique que en el caso concreto las otras medidas cautelares aplicables no son suficientes para neutralizar el peligro procesal (principio de excepcionalidad)⁵⁷. Además, es necesario que el delito imputado tenga una pena en expectativa no susceptible de aplicación de condena condicional. De este modo, se procura respetar el principio de proporcionalidad⁵⁸. Una cuestión a debatir es si para determinar si es aplicable la condena condicional se debe tener en cuenta la escala penal atenuada de la tentativa, ya que la Corte Suprema en el caso “Maldonado, Daniel” ha considerado que es imperativa la reducción de la sanción penal aplicable a un adolescente⁵⁹.

La medida será fundada sólo si se verifican ciertos indicios vehementes sobre la existencia del hecho y la participación del adolescente y si, previamente, el adolescente declaró o se negó a hacerlo⁶⁰. De esta forma, se le permite al joven dar su versión de los hechos y ejercer su defensa contradiciendo a la imputación efectuada. En

consecuencia, en la causa judicial se habrá producido un cierto avance en la investigación penal, que permite ser la base de una decisión fundada.

Además, deberá verificarse el peligro procesal, o sea, que haya motivos para suponer que el adolescente pueda evadir la justicia o entorpecer la investigación penal. De todos modos, nos queda la duda de si en el caso de personas menores de edad, que en general no tienen acceso a recursos económicos y a quienes no les resulta muy fácil salir del país —si se los compara con los adultos—, aún pueda justificarse el uso de esta medida cautelar para impedir su fuga y no resulta suficiente, en cambio, cualquiera de las otras medidas.

Otra problemática que advertimos, que en realidad no sólo afecta a la justicia penal juvenil, es que los criterios para determinar el peligro de fuga corren el peligro de ser discriminatorios contra las personas pobres⁶¹. En general, se evalúa si tienen una vivienda estable (lo cual perjudica a un niño de la calle o que viva en un villa de emergencia) o si asisten a un establecimiento educativo (en general, los sectores pobres tienen un menor índice de permanencia en las instituciones educativas). Por ello, creemos que al fundar la prisión preventiva el magistrado deberá ser suficientemente cauto como para utilizar indicadores objetivos para acreditar el peligro de fuga (como un intento de evasión previa); de lo contrario se puede caer en un “derecho penal de autor” cuando se ejerce la coerción procesal.

Esta medida privativa de la libertad no puede exceder el lapso de 180 días, prorrogable a pedido del fiscal en otro período igual cuando sean complejos los hechos investigados o sean varios los autores del hecho⁶². Transcurrido ese lapso el proceso penal continúa, pero el adolescente debe ser puesto en libertad indefectiblemente. Es necesario señalar que como el plazo fijado por la ley es un tope, es posible que en ciertos casos donde la investigación es simple no se justifique esa extensión temporal de la medida cautelar. Creemos que en los casos en que fue detenido por flagrancia, este plazo es claramente excesivo en el caso que la medida cautelar fuera dispuesta para recoger los elementos de prueba.

Se observó, por medio del decreto que promulgó la Ley 13.634, la posibilidad de una permanente impugnación de la medida cautelar, por parte de la defensa y cada tres meses. Esto hubiera favorecido el ejercicio del derecho de defensa, obligando a justificar que se mantiene el peligro procesal durante el proceso penal y que no corresponde sustituir la prisión preventiva por otra medida menos lesiva.

El adolescente debe estar alojado en un centro especializado separado de los condenados y de los adultos⁶³, como lo exige la CDN en el artículo 37 inciso c. Esto significa que no debe compartir una celda, ni un pabellón, ni un centro penitenciario con adultos privados de su libertad. Tampoco pueden ser alojados en dependencias no aptas, como las comisarías u otras dependencias policiales. Lo que nos causa cierta preocupación es que no cualquier localidad cuenta con los recursos necesarios para tener establecimientos separados para adultos y jóvenes y, a su vez, dividir a procesados y condenados. Téngase en cuenta que el joven no debería ser enviado lejos de su domicilio para mantener el contacto con su familia, por lo cual no puede ser trasladado a otra localidad con un centro penitenciario especial. Se exige, además, que el personal encargado de los jóvenes y de la prevención de hechos de violencia esté especialmente capacitado⁶⁴.

En el Decreto Reglamentario 300/2005 se prohíbe que se alojen en instituciones de atención a los niños que sufrieron afectaciones a sus derechos sociales, económicos y culturales, salvo expresa autorización fundada del Ministerio de Desarrollo Humano, en miras al interés superior del niño (artículo 46). De esta forma, se permite que convivan en una misma institución los adolescentes que son imputados de cometer delitos con los que están en una situación de vulnerabilidad por la falta de efectividad de sus derechos económicos, sociales y culturales. Es imposible dejar de hacer paralelismos con el modelo tutelar, por el cual se aplicaba la institucionalización a niños en situación irregular comprendiendo tanto a los adolescentes en conflicto con la ley penal como a los niños “abandonados” o en “peligro material o moral”.

Desde ya, el joven privado de la libertad en forma preventiva goza, como piso, de los derechos que tiene un adolescente condenado a prisión⁶⁵. Un aspecto que no ha sido abordado por el régimen legal es si resultaría admisible la aplicación del régimen de salidas transitorias a los jóvenes durante la prisión preventiva⁶⁶. A nuestro juicio, aplicando el principio de que el adolescente privado de su libertad por medio de la prisión preventiva no puede ser puesto en peor condición que el joven condenado, debiera poder gozar de salidas transitorias (por ejemplo, para mantener un mejor contacto familiar). Debe tenerse en cuenta que el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires permite la atenuación de la coerción procesal⁶⁷.

4.2 Otras medidas cautelares en la Ley 13.634

La Ley 13.634 prevé diversas medidas cautelares en el artículo 42, a saber: “a) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que el Juez determine; b) Prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; c) Prohibición de aproximarse al ofendido, a su familia o a otras personas; d) Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; e) Obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine; f) Arresto domiciliario”.

Algunas de estas medidas están destinadas a neutralizar el peligro de fuga, como la del inciso a, y otras apuntan a evitar que se obstaculice la investigación, por ejemplo, la del inciso c. Esto implica que en ciertos casos en donde concurren ambos peligros procesales, pueda ser admisible el uso de concurrentes medidas cautelares.

Un interrogante pendiente es si estas medidas son taxativas o se pueden aplicar otras que surgen de las disposiciones internacionales (como las Reglas de Beijing), del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires (como la caución juratoria) o diseñadas por el propio magistrado y adecuadas para el caso concreto.

En relación con el arresto domiciliario, resulta de relevancia analizar las características y el compromiso del grupo familiar para verificar si esta puede contribuir con la vigilancia del joven.

5 • Uso de sanciones no privativas de la libertad en la CDN y en las normas

Los estándares fijados por las normas internacionales coinciden en que debe demostrarse que otros tipos de castigos son improcedentes antes de poder aplicar la medida de privación de la libertad, precedida por un cuidadoso estudio⁶⁸ que tenga en cuenta el principio de proporcionalidad, el bienestar del adolescente y los dere-

chos de las víctimas⁶⁹. Debe tenerse en cuenta que la privación de la libertad de por sí implica un alto grado de restricción de derechos, pone al joven en una situación de extrema vulnerabilidad y tiene un efecto estigmatizante que dificulta su reinserción social⁷⁰.

La CDN establece diversas medidas punitivas, aparte de la privación de la libertad. Precisamente hace referencia a: el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda y los programas de enseñanza⁷¹ y de formación profesional, de modo de asegurar el bienestar de los adolescentes⁷².

Este catálogo es complementado por las Reglas de Beijing, donde se establecen medidas tales como las órdenes de prestación de servicio a la comunidad; las sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; las órdenes de tratamiento intermedio u otras formas; las órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas y otras⁷³. Además, se establece que no se sustraiga al adolescente de la supervisión de sus padres, a menos que sea estrictamente necesario⁷⁴. Por su parte, la regla 8 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) prevé las sanciones verbales como la amonestación, la represión y la advertencia; penas privativas de derechos o inhabilitaciones; la confiscación; la suspensión de la sentencia o la condena diferida; la obligación de acudir regularmente a un centro determinado y el arresto domiciliario. Se encuentran expresamente prohibidas la experimentación médica y psicológica y las medidas que causen un riesgo indebido de daños físicos o mentales⁷⁵.

Las sanciones deben estar previstas en la ley⁷⁶ y su duración debe ser determinada por el magistrado⁷⁷. La determinación de la sanción aplicable implica un juicio de valoración por parte del magistrado, que deberá tener en cuenta el tipo y gravedad del delito (proporcionalidad), la personalidad y los antecedentes del adolescente, los objetivos de la condena (reinserción social)⁷⁸, los derechos de las víctimas (reparación de los daños)⁷⁹ y el principio de mínima intervención⁸⁰. Se ha hecho mención que deben cumplir con el “*principio educativo*”⁸¹. Debe remarcar que cuando se cumple el objetivo, la medida debe ser revocada o reducida de oficio⁸².

La ejecución de la sanción no debe operar en desmedro de los derechos humanos del adolescente, ni debe limitar aquellos derechos no restringidos por la medida aplicada⁸³. Es menester que se tenga en cuenta que estas medidas tienen carácter punitivo para que operen estos límites jurídicos.

En relación con las sanciones, se dispone que cuando se establecen obligaciones, éstas deben ser precisas y tan pocas como sea posible y que sus objetivos consistan en reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar la probabilidad de reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima⁸⁴. Las obligaciones fijadas son modificables por la autoridad judicial⁸⁵.

Con respecto a la medida de supervisión, su objetivo es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social⁸⁶. La vigilancia debe ser ejercida por la autoridad competente en las condiciones fijadas por la ley⁸⁷ siendo adecuada para el caso concreto y ajustada periódicamente⁸⁸.

Las medidas pueden ser complementadas con procesos de tratamiento, ayuda psicosocial individualizada, terapia de grupo y programas residenciales⁸⁹.

Cuando el adolescente incumple la medida dispuesta, la autoridad judicial puede modificarla o revocarla⁹⁰, sin implicar la aplicación automática de la sanción privativa de la libertad⁹¹.

6 • Uso de medidas judiciales de integración social en la Ley 13.634

En la normativa provincial se establece que cuando se declara la responsabilidad a un adolescente o cuando se verifica que un niño no punible intervino en un hecho delictivo, son aplicables una serie de medidas judiciales de integración judicial. Estas medidas, a mi juicio, operan como un sistema complementario de sanciones para los adolescentes, más allá de las sanciones dispuestas en el Código Penal⁹². Desde ya, resulta dudosa la constitucionalidad de estas medidas que funcionan como sanciones penales debido a que se altera el reparto de competencias legislativas establecido en el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. El Código Penal, o en su caso, las leyes dictadas por el Congreso Nacional, según la normativa constitucional, son la única fuente de las sanciones penales. Como solución a este conflicto normativo, puede interpretarse que estas medidas son aplicables en el marco de la disposición tutelar después de declarada la responsabilidad penal del adolescente y justificar, luego, la absolución que admite el artículo 4 del Decreto Ley 22.278/22.803.

Siguiendo los estándares antes reseñados, se dispone que la determinación de la sanción aplicable y su graduación deben ser proporcionales a las circunstancias y gravedad del delito y a los daños provocados; a la participación del adolescente y a la particular situación y necesidades del joven, debiendo considerar su interés superior y su capacidad para cumplir con la sanción⁹³. De esta forma se trata de asegurar una medida flexible que se adecúe al hecho cometido y al adolescente, lo cual genera cierto grado de discrecionalidad judicial. Para ello será importante que los magistrados fundamenten en forma suficiente las resoluciones que disponen la aplicación de determinada medida y su contenido y no utilicen criterios discriminatorios⁹⁴. Además, resulta fundamental que el juez tenga en cuenta la opinión del adolescente al momento de determinar la medida aplicable.

Con el objeto de favorecer las medidas de reparación del daño de la víctima en forma espontánea o acordada, se considera que deben valorarse los esfuerzos del adolescente realizados con este objetivo al momento de determinar la sanción.

Téngase que las medidas deben cumplir un fin resocializador, ya que el objetivo es fortalecer el sentido de responsabilidad y orientarlo en un proyecto de vida digno con acciones educativas, apoyo familiar, de la comunidad y del municipio y con la atención de los especialistas⁹⁵. Para cumplir con esta finalidad es fundamental que el componente de protección que tienen —por ejemplo, la asistencia a centros educativos— sea complementado con el reproche penal⁹⁶.

Las medidas previstas en la Ley 13.634⁹⁷ son: la orientación y el apoyo sociofamiliar⁹⁸; la obligación de reparar el daño⁹⁹; la prestación de servicios a la comunidad¹⁰⁰; la derivación a los servicios locales de protección de derechos establecidos por la Ley 13.298 y la imposición de reglas de conducta¹⁰¹.

Estas medidas pueden ser prorrogadas, suspendidas, revocadas o sustituidas en forma fundada, tras una audiencia oral¹⁰². Su modificación se puede producir de oficio o a pedido de parte¹⁰³.

En relación con la obligación de reparar el daño de la víctima, es importante el control judicial para evitar que se produzcan abusos que terminen coartando en forma desproporcionada la libertad del adolescente. Similar control debe recibir la obligación de prestar servicios gratuitos a la comunidad, donde se debe velar que no se afecten otros derechos del niño como el acceso a la educación o el tiempo dedicado a la recreación. Por ello, se regula un plazo máximo de extensión de la medida (6 meses), el tipo de tareas que pueden ser realizadas (no deben ser riesgosas, ni tener fin de lucro, ni ser indignas), y se establece que la jornada no debe superar las 10 horas semanales y que el horario de la prestación no debe afectar el trabajo y el acceso a la educación del adolescente¹⁰⁴.

Con respecto a las reglas de conducta, se sugieren en la normativa distintas acciones que tienden a efectivizar los derechos del adolescente o prevenirlo de ciertos riesgos, a saber: “1. Asistencia a los centros educativos, de formación profesional, o de trabajo social. 2. Ocupación del tiempo libre en programas previamente determinados. 3. Abstención de consumir sustancias que provoquen dependencia o acostumbramiento”¹⁰⁵. Estas reglas de conducta tampoco deben extenderse demasiado tiempo, ni afectar la efectividad de otros derechos.

Por su parte, la derivación a los Servicios Locales de Protección de Derechos debe asegurar que el adolescente reciba las mismas prestaciones que un niño que no ha cometido un delito penal¹⁰⁶. De este modo, se evita la estigmatización y el uso encubierto de los servicios de protección como medio de castigo penal.

Se pone en cabeza del defensor controlar con una periodicidad mensual que no se afecte la reinserción social¹⁰⁷, lo cual lo puede alejar de una defensa estrictamente técnica.

El control del cumplimiento dependerá del tipo de sanción, por ello queda a cargo del magistrado y sus operadores especializados¹⁰⁸ (la obligación de reparar el daño y la imposición de reglas de conducta), los municipios y la autoridad de aplicación local (la orientación y el apoyo sociofamiliar y la prestación de servicios a la comunidad), quienes podrán delegar la tarea a instituciones de la comunidad¹⁰⁹. Esta delegación debe ser cuidadosa, sin perderse el control público sobre la coerción ejercida sobre los adolescentes.

Una cuestión que deberá ser estudiada por los magistrados es si resulta posible el uso de otras medidas judiciales basadas en la aplicación directa de las normas internacionales.

Finalmente, hay que señalar que la Ley 13.364 establece dos mecanismos para lograr la libertad de los adolescentes a los que se le han aplicado penas privativas de libertad: la libertad asistida y el régimen de semilibertad.

La libertad asistida “[c]onsiste en otorgar la libertad del niño, quien asistirá a programas educativos, de orientación y de seguimiento”¹¹⁰ y la supervisión queda a cargo de la autoridad administrativa (Servicio Local de Protección). El plazo de duración de la medida es de 6 a 12 meses, pudiendo ser interrumpida, prorrogada o revocada por el magistrado previa consulta con el orientador, el agente fiscal y el defensor¹¹¹. No se establece expresamente qué grado de cumplimiento de la pena privativa de la libertad se exige para que sea procedente esta medida. Sin embargo, creemos que puede ser concedida en cualquier momento en que el magistrado la considere adecuada y conveniente.

Por su parte, el régimen de semilibertad es “una medida de transición para la inserción en el medio abierto, posibilitando la realización de actividades externas”¹¹². De modo que el joven podrá realizar actividades educativas y laborales fuera del medio carcelario. Puede ser efectivizada por medio de la internación diurna o nocturna en el ámbito domiciliario o en establecimientos adecuados¹¹³.

Notas

1 - Ley 13.634 complementaria de la Ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños.

2 - La Comisión Interamericana ha expresado un interesante argumento para evitar el uso de la prisión preventiva, más allá de los perjuicios personales y los costos sociales. Sostiene que sino se reduce el uso de la prisión preventiva “se corre el riesgo de que el juzgador tenga una tendencia a inclinarse por la condena y por la imposición de una pena al menos equivalente al tiempo de prisión preventiva, en un intento por legitimarla”, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 76.

3 - Constitución Nacional, art. 18.

4 - Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), art.8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PICYP), art. 14; Declaración Americana de Derechos Humanos (en adelante, DADH), art. XXVI y Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), art. 11.

Se ha afirmado que “la persona que resulta imputada como autor de un delito o partícipe en él es tratada como inocente por el orden jurídico —y debe ser tratada de esa manera, en el caso concreto, por los funcionarios competentes del Estado que la persiguen o la juzgan— hasta tanto una sentencia firme no declare la necesidad de someterla a una pena o a una medida de seguridad y corrección. El principio, conocido históricamente como *presunción o estado de inocencia*, emerge de la cláusula que prohíbe al Estado privar de ciertos derechos a los habitantes, a título de pena o de medida de seguridad, mientras no lo autorice una sentencia judicial firme. Esto no significa que la persona imputada sea realmente inocente sino que el orden jurídico no permite al Estado y, consecuentemente, a sus funcionarios, tratarla como culpable y hacerle sufrir una medida restrictiva de sus derechos antes de contar con una sentencia judicial firme. Tal principio tiene enormes repercusiones procesales, es decir, en el sistema operativo que se utiliza para juzgar a alguien”, Maier, Julio B.J., “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, Revista Justicia y Derechos del Niño n.º 2, 2000, págs. 9 y 10.

5 - En relación con este concepto, la Comisión Interamericana ha detallado que “sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan”, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 100. Es interesante rescatar el voto del magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, García Ramírez, cuando justifica la excepcionalidad en que “todas las medidas precautorias generan daños difícilmente reparables, aunque compensables; la preventiva causa, por su parte, un daño absolutamente

irreparable, como es la pérdida de tiempo de vida, con todo lo que ello significa: de ahí la necesidad de analizarla y adoptarla con infinito cuidado”, caso “Bayarri vs. Argentina”, sentencia de 30 de octubre de 2008, considerando 6.

Deben mencionarse el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988) donde se establece que “excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención”. Estos principios fueron aplicados por la Comisión Interamericana en el caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerandos 99 y 103.

6 - CADH, art. 7; PICYP, art. 9 y DADH, art. XXV.

La Corte Interamericana ha precisado que “el control judicial sin demora es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”, caso “Bayarri vs. Argentina”, sentencia de 30 de octubre de 2008, considerando 63.

7 - La Corte Interamericana ha considerado que si no se respeta este estándar, “se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”, caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, 12 de noviembre de 1997, considerando 77.

8 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 135.

9 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 128.

En el Informe 12/96, la Comisión Interamericana alegó que “un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia”. Por lo tanto, tiene que haber una mayor disponibilidad de recursos materiales y personales para las causas judiciales con personas privadas de la libertad por medio de la prisión preventiva a fin de que se resuelvan con mayor celeridad. Ver considerando 70 del caso “Bayarri vs. Argentina”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 30 de octubre de 2008.

10 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerandos 130 y 131.

11 - Al respecto, ha sostenido la Comisión Interamericana que “si la privación de la libertad durante el proceso sólo puede tener fines cautelares y no retributivos, entonces, la severidad de una eventual condena no necesariamente deberá importar una prisión preventiva más duradera”, Caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 140.

12 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 136.

13 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 137.

14 - “[L]a existencia de un plazo legal no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por encima de ese término, la detención es ilegítima,

siempre”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 139. Criterio similar ha sostenido la Corte Interamericana en el caso “Bayarri vs. Argentina”, sentencia de 30 de octubre de 2008, considerando 74.

15 - “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

16 - Ha detallado que “sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos”, “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, Principio III, punto 2. Este criterio coincide con la postura de la Corte Interamericana en el caso “López Álvarez Vs. Honduras”, 1 de febrero de 2006, considerando 69. Lo cual resulta coincidente con la postura doctrinaria ya que se sostuvo que “estas medidas sólo pueden ser fundadas en la verificación de que el imputado es, con gran probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él y que corre riesgo evidente la realización del procedimiento o la pena eventual, bien porque el sometido al proceso no comparecerá en él o no cumplirá la pena (*peligro de fuga*), bien porque imposibilitará la averiguación de la verdad con conductas activas (*peligro de obstaculización*)”, Maier, Julio B. J., “Los niños...”, ob. cit., p. 10.

A su vez, la Comisión Interamericana ha considerado que no procede por “la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho”, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 84. Por su parte, la Corte Interamericana ha considerado que “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”, “López Álvarez Vs. Honduras”, 1 de febrero de 2006, considerando 69.

17 - “A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 85.

18 - Los argumentos empleados son que “produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad [...] además, la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 89.

19 - Aduce que “de lo contrario, se violaría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. Asimismo, en los supuestos en los que se intenta realizar un pronóstico de pena en concreto, se viola la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 91.

20 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º

12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 91.

21 – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 141. Se alega que “ese tipo de clasificaciones violan el principio de igualdad ya que el distinto trato está fundado en la naturaleza reprochable o las consecuencias sociales negativas de determinado tipo de delitos, criterios que no pueden ser tenidos en cuenta para denegar la libertad durante el proceso”, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 142.

22 – La Corte Interamericana ha previsto que este tipo de regulaciones viola el art. 2 de la CADH, caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, 12 de noviembre de 1997, considerando 98. Igual criterio ha sostenido en el caso “López Álvarez Vs. Honduras”, 1 de febrero de 2006, considerando 81.

23 – “Rige también aquí el principio de proporcionalidad, clásico limitador de la actividad estatal en Derecho Público, en general, que impone ciertos límites temporales a la duración de estas medidas. Todo ello quiere indicar que estas medidas no pueden ser aplicadas a manera de pena anticipada, según lamentablemente se verifica en la práctica de la actividad judicial: al hecho punible no le sigue ni le debe seguir, inmediateamente, la pena –como la gran mayoría de los comunicadores sociales, aun aquellos con cierta sensibilidad por los derechos humanos, se esfuerza en transmitir y hacer creer al público como justo–”, Maier, Julio B. J., “Los niños...”, ob. cit., pág. 10.

24 – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 109.

25 – Caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 110.

26 – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 111.

27 – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 105.

28 – Se agrega que “este deber encuentra fundamento en la necesidad de que el Estado renueve su interés en mantener la prisión preventiva con base en fundamentos actuales”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 104. Igual criterio ha sostenido la Corte Interamericana en el caso “Bayarri vs. Argentina”, sentencia del 30 de octubre de 2008, considerando 76.

29 – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerandos 107 y 108.

30 – Regla 6.2 de las Reglas de Tokio (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990). Estas Reglas fueron tenidas en cuenta para elaborar los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas redactados por la Comisión Interamericana, y aparte se puede argumentar que esta normativa protege el mismo bien jurídico que las normas convencionales (la libertad personal) y completa su contenido programático (el uso excepcional de la prisión preventiva). Véase al respecto O’Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, 2da. ed., Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, pág. 28 citado en Bovino, Alberto, *Instrumentos internacionales de derechos humanos no contractuales. Valor jurídico*, http://www.robertexto.com/archivo12/inst_der_humanos.htm#_ftn23.

31 – Art. 5, inc. 4 de la CADH; art. 10, inc. 2.a del PICYP. Hasta ahora, la Corte Interamericana no ha precisado cuáles serían las condiciones excepcionales que permiten incumplir este deber según el texto de la CADH.

32 – No negamos que la Corte Interamericana ha establecido un estándar un tanto dúctil cuando intentó precisar el concepto de dignidad. Para ello, pueden consultarse los casos “Caesar vs. Trinidad y

Tobago”, 11 de marzo de 2005, párr. 97; “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, 25 de noviembre de 2004, párr. 102; “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, 2 de septiembre de 2004, párr. 153; “Tibi vs Ecuador”, 7 de septiembre de 2004, párr. 150 y “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, 15 de septiembre de 2005, párr. 95; entre otros.

33 – Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. En relación con las personas procesadas, se prevén las siguientes reglas: “86. Los acusados deberán dormir en celdas individuales a reserva de los diversos usos locales debidos al clima. 87. Dentro de los límites compatibles con un buen orden del establecimiento, los acusados podrán, si lo desean, alimentarse por su propia cuenta procurándose alimentos del exterior por conducto de la administración, de su familia o de sus amigos. En caso contrario, la administración suministrará la alimentación. 88. 1) Se autorizará al acusado a que use sus propias prendas personales siempre que estén aseadas y sean decorosas. 2) Si lleva el uniforme del establecimiento, éste será diferente del uniforme de los condenados. 89. Al acusado deberá siempre ofrecérsele la posibilidad de trabajar, pero no se le requerirá a ello. Si trabaja, se le deberá remunerar. 90. Se autorizará a todo acusado para que se procure, a sus expensas o a las de un tercero, libros, periódicos, recado de escribir, así como otros medios de ocupación, dentro de los límites compatibles con el interés de la administración de justicia, la seguridad y el buen orden del establecimiento. 91. Se permitirá que el acusado sea visitado y atendido por su propio médico o su dentista si su petición es razonable y está en condiciones de sufragar tal gasto. 92. Un acusado deberá poder informar inmediatamente a su familia de su detención y se le concederán todas las facilidades razonables para comunicarse con ésta y sus amigos y para recibir la visita de estas personas, con la única reserva de las restricciones y de la vigilancia necesarias en interés de la administración de justicia, de la seguridad y del buen orden del establecimiento. 93. El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a éste instrucciones confidenciales. Para ello, se le proporcionará, si lo desea, recado de escribir. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario”. Estas reglas han sido aplicadas para definir el concepto de trato digno a una persona privada de su libertad en el caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, cit., párr. 99 y para complementar al art. 18 de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema en el caso “Verbitsky, Horacio s/ *hábeas corpus*”, 3 de mayo de 2005, considerando 39.

Ver también el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” y los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos” (adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990). Estos últimos fueron aplicados por la Corte Suprema en el caso “Verbitsky, Horacio s/ *hábeas corpus*”, cit., considerando 48.

34 – Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, punto 4.

35 – Comisión Interamericana, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 134 y Corte Interamericana, caso “Bayarri vs. Argentina”, 30 de octubre de 2008, considerando 70.

36 – La Comisión Interamericana ha sostenido que “las medidas cautelares se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos”, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 100.

37 – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “José, Jorge y Dante Peirano Basso”, n.º 12.553, Uruguay, 14 de mayo de 2007, considerando 109.

38 - Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, punto 4.

39 - “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 7 de diciembre de 2005, considerando 32.

40 - Opinión Consultiva 17, 28 de agosto de 2002, párr. 54.

41 - La regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990) hace referencia a “circunstancias excepcionales” que hacen procedente esta medida. Estas Reglas han sido aplicadas por la Corte Suprema en el caso “L., L. A. s/causa n° 5400”, 18 de diciembre de 2007, considerando 9.

42 - CDN, art. 37, inc. b; Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985), regla 13 (1); Reglas de Tokio, regla. 6 (1); regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

Las Reglas de Beijing han sido tenidas en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al tomar la opinión del Comité de Derechos del Niño en el considerando 33 del caso “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”.

43 - La regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad exige que los casos en que haya niños privados de la libertad en forma preventiva tengan la máxima prioridad con el objeto que tramiten lo más rápido posible.

44 - Véase la Observación General del Comité de Derechos del Niño 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, puntos 79 y 80.

45 - CDN, art. 37, inc. b; PICYP, art. 10, inc. b y CADH, art. 5.5.

46 - Regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

47 - Reglas de Beijing, art. 13.4. En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos se dispone que deben estar detenidos en establecimientos distintos de los adultos, en principio (regla 85, ap. 2).

48 - Véase al respecto, el fallo “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde sostuvo que “la presencia de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los supuestos contemplados en el considerando anterior, con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas citadas y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante” (considerando 42).

49 - CDN, art. 37, inc. c.

50 - Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, regla 18, incs. a, b y c. Desde ya, la ejecución de la prisión preventiva debe adoptar los estándares respecto de la ejecución de la pena privativa de la libertad como pisos, ver al respecto el arts. 13.3 y 13.5 de las Reglas de Beijing.

51 - Terragni, Martiniano, “La privación de la libertad como coerción procesal en el proceso penal juvenil argentino: un avance en la materia (comentario a un fallo argentino)”, Revista Justicia y Derechos del Niño n.º 7, 2005, pág. 108. También es posible citar jurisprudencia en el ámbito de la Justicia Nacional de Menores que sí ha aplicado estos estándares a la privación de la libertad de los adolescentes durante el proceso penal. Véase al respecto el criterio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, causa 22.909, “Famoso, Elizabeth y otro s/ procesamiento e internación”, 17 de marzo de 2004. En el mismo sentido, ver el voto del Dr. Talón en el expediente de disposición

tutelar n.º 494/05, “S., F. O.” del Tribunal Oral de Menores n.º 2.

52 - En relación con el deber de los Estados de adoptar otras medidas cautelares para reducir el uso de la prisión preventiva, el Comité sobre los Derechos del Niño ha expresado que “observa con preocupación que, en muchos países, hay menores que languidecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del apartado b) del artículo 37 de la Convención. Los Estados Partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces [...] para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva, y no ‘ampliar la red’ de menores condenados. Además, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva”, Observación General 10, considerando 80,

53 - Regla 13 (2). En estas Reglas se justifica la aplicación de estas medidas en beneficio del interés del adolescente. Al respecto se argumenta en el comentario a esta regla que “no se debe subestimar el peligro de que los menores sufran ‘influencias corruptoras’ mientras se encuentren en prisión preventiva. De ahí la importancia de insistir en la necesidad de medidas sustitutorias. De esta forma la regla 13.1 anima a idear medidas nuevas e innovadoras que permitan evitar dicha prisión preventiva en interés del bienestar del menor”.

54 - Arts. 36, inc. 7 y 43 de la Ley 13.634.

55 - Ley 13.634 en sus arts. 7 y 36, inc. 4.

56 - Art. 9 de la Ley 13.298 y art. 33 de la Ley 26.061.

57 - Art. 44 de la Ley 13.634.

58 - Art. 43, Ley 13.634.

59 - Considerando 37.

60 - Art. 43, Ley 13.634.

61 - El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires en el art. 148 dispone que “para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias: 1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga; 2. La pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual. 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal”.

62 - Art. 43, Ley 13.634.

63 - Art. 46 de la Ley 13.634.

64 - Esto responde al estándar fijado por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 17, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002, párrs. 77 a 79 y el caso “Bulacio vs. Argentina”, donde se hizo mención de las Reglas de Beijing. Lo que trata de precisar la Corte Interamericana es que el personal penitenciario debe estar especialmente capacitado respecto al interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos. De todos modos, cabe señalar la vaguedad y ambigüedad del concepto de “interés superior del niño”, lo cual hace difícil imaginar la posibilidad de capacitar al personal sobre este principio.

65 - Ley 13.634, art. 83: “Son derechos del niño privado de libertad, entre otros, los siguientes: 1.- Tener acceso a los objetos necesarios para la higiene y aseo personal. 2.- Recibir escolarización y ca-

pacitación. 3.- Realizar actividades culturales, deportivas y de recreación. 4.- Tener acceso a los medios de comunicación social. 5.- Recibir asistencia religiosa, si así lo deseara y según su credo. 6.- Mantener la posesión de sus objetos personales que no impliquen peligro para sí o terceros y disponer las medidas para su resguardo y conservación. 7.- Tener acceso a la luz solar y al aire libre el máximo tiempo posible en cada jornada”. Aparte, resulta aplicable en forma supletoria la normativa provincial que regula la ejecución de las penas o las medidas impuestas a las personas procesadas (art. 85 de la Ley 13.634).

66 - Artículo 146 de la Ley 12.256 de ejecución penal bonaerense.

67 - Artículo 163: “Atenuación de la coerción. El Juez de Garantías, aún de oficio, morigerará los efectos del medio coercitivo decretado en la medida que cumplimente el aseguramiento perseguido. Con suficiente fundamento y consentimiento del imputado, podrá imponerle: 1.- Su prisión domiciliaria con el control o la vigilancia que se especifique. 2.- Su encarcelamiento con salida diaria laboral y/o salida periódica para afianzar vínculos familiares, bajo la responsabilidad y cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre periódicos informes. 3.- Su ingreso en una institución educadora o terapéutica, pública o privada, que sirva a la personalización del internado en ella”.

68 - Reglas de Beijing, regla 17.1, inc. b.

69 - CDN, art. 37, inc. b y art. 40, inc. 4; Reglas de Beijing, regla 5, 17 inc. a y 19; Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Reglas. 1 y 2 y Reglas de Tokio, regla 3.2. En las Reglas de Tokio se dispuso: “1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”.

70 - Lo cual contraría el fin del castigo previsto por la CDN en el art. 40. Debe tenerse en cuenta que hay estudios que demuestran que las sanciones privativas de la libertad favorecen la reincidencia. Por ejemplo, “en Alemania se analizó el nivel de reincidencia durante los cuatro años siguientes al cumplimiento de la sanción penal, tomándose como punto de partida el año 1994 y concluyendo el seguimiento en 1998. La principal conclusión es que el índice de reincidencia es tanto más alto cuanto más grave es la sanción. Mientras entre los menores que sufrieron internamiento volvieron a delinquir el 73% en los cuatro años siguientes a su cumplimiento, en el caso del internamiento con remisión condicional la cifra se quedó en el 57,4%, en las otras sanciones ese nivel se elevó hasta el 60,1% y finalmente en los supuestos de desjudicialización previstos en los arts. 45 y 47 Jugendgerichtsgesetz fue del 40,7%” (cita: Jehle, Jörg_Martin, Heinz, Wolfgang; Sutterer, Meter, *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik*, Berlín, 2003, http://www.bmj.bund.de/files/-/632/RFS_II_Gesamt_v8_600_dpi.pdf [visitado el 4/09/07]. Con más referencias, cfr. Kunz, Karl Ludwig, *Kriminologie*. 4ª ed., Bern, Haupt, pág. 329; Albrecht, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht*. 3ª ed. München, C.H. Beck, 2000, pág. 50 y ss.; Schaffstein, Friedrich; Beulke, Werner, *Jugendstrafrecht*. 14ª ed, Stuttgart, Kohlhammer, 2002, pág. 28 y ss.; Walter, Michael, *Jugendkriminalität*. 2ª ed., Stuttgart, Boorberg, 2001, pág. 278 y ss., especialmente pág. 280), en García Pérez, Octavio, *La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores: La introducción del modelo de seguridad ciudadana*, en Barreiro, Agustín Jorge y Feijoo, Sánchez, Bernardo (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinaria ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, pág. 32.

Se ha sostenido que “también hay algunas investigaciones en las que se han formado grupos integrados por menores con similares características que han cometido los mismos hechos. En estos trabajos se ha podido comprobar asimismo que los condenados a las medidas más pedagógicas han tenido menor

tasa de reincidencia que los castigados con medidas más represivas. Así, Wellhöfer se ocupa de una investigación en la que se analizan 50 casos de menores condenados a cursos de capacitación social (*soziale Trainingskurse*) y 50 casos de menores que fueron condenados a una medida privativa de libertad de arresto entre 1989 y 1991. Todos ellos habían cometido delitos bastante similares e incluso los sancionados con los cursos tenían más antecedentes penales que los castigados con el arresto. En efecto, mientras los primeros presentaban una media de 2,3 antecedentes, los segundos tenían sólo una media de 1,7. 21 meses después, mientras entre los que asistieron a cursos el nivel de delincuencia había bajado al 1,3, entre los que sufrieron el arresto el nivel se incrementó hasta el 2,1. En definitiva, los condenados a cursos de capacitación, pese a tener más antecedentes, tuvieron un menor índice de reincidencia tras el cumplimiento de la medida que los que sufrieron arresto. (Citas: Ostendorf, Heribert, “Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts oder seiner Essentialia”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. n.º 6 (2006), págs. 320-326 y pág. 323; Wellhöfer, Peter R., “Soziale Trainingskurse und Jugendarrest. Versuch einer vergleichenden Erfolgskontrolle”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1995, pág. 42 y ss. Ver también Graus, Ludwig; Rolinski, Klaus, “Rückfall nach Sozialem Training auf der Grundlage offiziell registrierter Delinquenz”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1992, pág. 32 y ss., quiénes analizaron el nivel de reincidencia durante al menos dos años de 54 menores que asistieron a cursos de capacitación, comprobando que tras dos años el 44,4% no había vuelto a delinquir. No obstante, en esta investigación no se incluyó ningún grupo de control”, García Pérez, Octavio, *La reforma de 2006...*, ob. cit., págs. 32 y 33.

Sin embargo, se ha argumentado en contra de esta conclusión: “Ciertamente habría que destacar que los índices de reincidencia en las diferentes sanciones no son comparables, dado que si a los menores que tienen mejor pronóstico de peligrosidad se les aplican las medidas más leves y a los de peor el internamiento, es lógico que en éste los niveles de reincidencia sean mayores”. Cita: Schaffstein/Beulke, *Jugendstrafrecht*, cit. nota al pie n.º 23, pág. 30; Añbrecht, *Jugendstrafrecht*, cit. nota al pie n.º 23, pág. 51), García Pérez, Octavio, *La reforma de 2006...*, ob. cit., pág. 32.

71 - Se ha cuestionado la función pedagógica de este tipo de medidas: “En mi opinión, no hay forma imaginable de realizar una pedagogía como la que Gomes Dacosta propone en el seno de una medida punitiva. Ello no quiere decir que no sea posible la presencia constructiva y emancipadora de un educador en la vida de un adolescente que sufre la imposición de una pena, pero pretender que la pena misma satisfaga los objetivos pedagógicos de la pedagogía de la presencia es tan inútil como buscar la cuadratura del círculo”, Couso Salas, Jaime, “Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos” *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 1999, pág. 93.

72 - CDN, art. 40, inc. 4.

73 - Regla 18 (1).

74 - Reglas de Beijing, regla 18.2.

75 - Reglas de Tokio, regla 3.8. Véase también art. 7, inc. 1 del PICYP.

76 - Reglas de Tokio, regla 3.1.

77 - Reglas de Tokio, regla 11.1.

78 - El fin de prevención especial positiva que se asigna a la sanción evita que se apliquen sanciones ejemplificadoras (fin de prevención general negativa) o neutralizadoras (fin de prevención especial negativa).

Se ha explicado que “el fundamento de la sanción, su finalidad, es la prevención especial positiva, lo que en términos penales tiene que ver con la resocialización y reeducación. Educar es una asignatura que, como concepto –en el ámbito del derecho–, aún tenemos pendiente. Pero lo cierto es que en los instrumentos internacionales la justificación de la sanción sigue siendo la prevención especial positiva

en su sentido clásico y sobre esto no hemos avanzado demasiado”, Beloff, Mary, “Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos”, Revista “Justicia y Derechos del niño”, n.º 2, 2000, pág. 84.

79 - Reglas de Tokio, regla 3.2.

80 - Reglas de Tokio, regla 2.6.

Se ha dicho que “de la propuesta general de la CDN es posible rescatar un último principio general que si bien no está explícitamente señalado se desprende de diversas normas: de que no se puede privar de más derechos que aquellos estrictamente restringidos por la sanción impuesta. Este principio es de radical importancia en el momento en que el juez impone la medida, pues lo obliga a elegir la menos gravosa para la situación general de los derechos del adolescente y a restringir a casos calificados la privación de su libertad”, Cillero Bruñol, Miguel, “Adolescentes y Sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, Revista Justicia y Derechos del Niño n.º2, 2000, pág. 129.

81 - Couso Salas, Jaime, “Notas para un estudio sobre la especialidad del en el Derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena”, Revista Justicia y Derechos del Niño, n.º 10, 2008, pág. 108.

82 - Reglas de Tokio, regla 11.2.

83 - Reglas de Tokio, regla 3.10.

84 - Reglas de Tokio, regla 12.2.

85 - Reglas de Tokio, regla 12.4.

86 - Reglas de Tokio, regla 10.2.

87 - Reglas de Tokio, regla 10.2.

88 - Reglas de Tokio, regla 10.3.

89 - Reglas de Tokio, regla 13.1.

90 - Reglas de Tokio, regla 14.2.

91 - Reglas de Tokio, regla 14.3.

92 - La normativa penal vigente prevé que se apliquen para los delitos cometidos por adolescentes las sanciones privativas de la libertad (prisión y reclusión). El régimen penal de la minoridad (Decreto Ley 22.278/22.803) posibilita la aplicación de la misma escala penal que la que le corresponde a un adulto o una escala atenuada.

93 - Ver arts. 58 y 70 de la Ley 13.634.

94 - El gran riesgo es que se utilicen circunstancias personales, propias de la marginación social — domicilio, desempleo de los padres, abandono escolar—, para justificar la aplicación de medidas más restrictivas de la libertad. Al respecto, se ha considerado que “si el fundamento de la sanción está en el acto habría que ver entonces en qué sentido operan las circunstancias personales del niño a las que refieren todas las leyes. Siguiendo esta línea, las circunstancias personales sólo podrían operar en clave de vulnerabilidad como disminución del reproche por el acto. Ninguna circunstancia personal puede ir más allá, como lo hemos visto en algunas sentencias en nuestros países en las que el hecho no reviste gravedad, pero como el muchacho es conflictivo o violento se le aplica una medida que excede ampliamente el reproche por el acto. Esto es algo que en las normas internacionales no está claro y que debería ir construyéndose en la práctica”, Beloff, Mary, “Responsabilidad...”, Revista Justicia y Derechos del Niño, ob. cit., pág. 85.

95 - Art. 69 de la Ley 13.634.

96 - “Lo que hay que evitar es la confusión conceptual y que a la hora del debate acerca de la seguridad ciudadana es beneficioso, desde el punto de vista de las garantías, incorporar la idea de reproche. Y si de la reacción estatal coactiva, en forma concomitante, surgiera algún beneficio para los derechos del adolescente, esto sería un valor agregado de la sanción, pero no su corazón. Es que suponiendo esto

se vuelve a la esquizofrenia de que la sanción es que el niño vaya al colegio, cuando ésta es una herramienta típica de la medida de protección”, Beloff, Mary, “Responsabilidad...”, Revista Justicia y Derechos del Niño, ob. cit., pág. 85.

97 - Art. 68, Ley 13.634. Originariamente, se incluían la asistencia especializada, la inserción escolar y la inclusión prioritaria en los programas estatales de reinserción social, pero estas medidas fueron observadas por el Decreto 44/07 que promulgó la ley.

98 - Art. 74 de la Ley 13.634: “Esta medida consiste en la inclusión del niño en programas que tiendan a que asuma su responsabilidad en el hecho y reinserción social, promoviendo el apoyo necesario dentro de la familia y en su medio”.

99 - Art. 75 de la Ley 13.634: “Si el delito por el cual se responsabiliza al niño es de contenido patrimonial, el Juez o Tribunal podrá disponer, si es el caso, que el niño restituya la cosa, promueva el resarcimiento del daño, o que de alguna manera, compense el perjuicio de la víctima, en los términos del Libro I Título IV del Código Penal”.

100 - Art. 76 de la Ley 13.634: “Los servicios a la comunidad son tareas gratuitas de interés general”.

101 - Art. 77 de la Ley 13.634: “Consiste en la determinación de obligaciones y prohibiciones que el Juez o Tribunal ordena al niño y cuyo efectivo cumplimiento será supervisado por él o a través de operadores especializados en el tema”.

102 - Art. 71, Ley 13.634.

103 - Art. 71, Ley 13.634.

104 - Art. 76, Ley 13.634.

105 - Art. 77, Ley 13.634.

106 - Se ha expresado que “es importante que no haya diferenciación entre los servicios que recibiría cualquier niño frente a una situación que vulnere sus derechos. La comisión de un delito no es sinónimo de necesidad de educación y socialización, si se admite la hipótesis de que buena parte de la criminalidad de adolescentes es episódica y remite espontáneamente sin intervención institucional alguna. En cualquier caso, si se opta por hacer una derivación a los servicios sociales o de protección, no habrá verdadera despenalización si estos servicios materialmente desempeñan un rol punitivo, lo que seguramente ocurrirá cuando se trata de servicios especialmente diseñados para niños y adolescentes ‘problemáticos’, que restringen de cualquier modo la libertad de estos”, Couso Salas, Jaime, “Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil”, Revista Justicia y Derechos del Niño n.º 8, 2006, pág. 60.

107 - Art. 73, Ley 13.634.

108 - Art. 78, Ley 13.634: “1.- Promover socialmente al niño y a su familia, proporcionarles orientación e insertarlos, si es necesario, en un programa oficial o comunitario de auxilio y asistencia social. 2.- Supervisar la asistencia y el aprovechamiento escolar del niño y promover su matrícula. 3.- Hacer diligencias en el sentido de la profesionalización del niño y de su inserción en el mercado de trabajo. 4.- Todas aquellas acciones que tiendan a posibilitar la construcción con el niño de un proyecto de vida digno. 5.- Presentar al Juez o Tribunal, cada dos (2) meses, un informe del caso”.

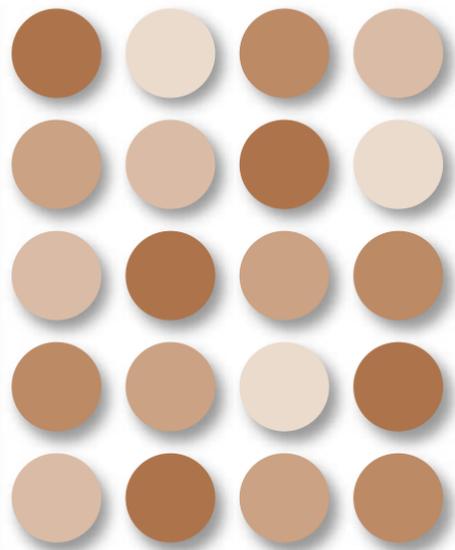
109 - Art. 69, Ley 13.634.

110 - Art. 79, Ley 13.634.

111 - Art. 79, Ley 13.634.

112 - Art. 80, Ley 13.634.

113 - Art. 80, Ley 13.634.



El Cuerpo Técnico Auxiliar en el fuero de la responsabilidad penal juvenil. Conversaciones entre el mundo socio-psico-biológico y el mundo jurídico

María Luz Bruno¹

María Luz Bruno

Licenciada en Trabajo Social, UBA; maestranda de la Maestría en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles, (Facultad de Derecho, UBA) e integrante del Cuerpo Técnico Auxiliar en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, departamento de San Martín, Provincia de Buenos Aires.

“Quizás, simplemente se trate de generar espacios de encuentro, de diálogo entre los diferentes campos de saber (...) así la conversación es una discusión organizada a través de diferentes personas interesadas en una misma cuestión que se intenta precisar”
Carballeda, 2006

1 • Introducción

Esbozar las características que podría asumir el Cuerpo Técnico Auxiliar (de ahora en más CTA), a partir de la vigencia de la Ley 13.634², constituye un inmenso desafío, en la medida en que poco se ha conversado y poco se discute sobre este sector integrante del Sistema Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires.

Sin duda, el nuevo procedimiento acusatorio concentra toda la atención de los operadores del fuero, de aquellos que diseñaron la ley y de quienes planificaron su implementación, ya que el proceso implica modificaciones sustantivas en la práctica cotidiana. Quizás por ello, o por alguna otra razón, el lugar del CTA aparezca un tanto desdibujado, lo que se observa en la lenta y escasa definición legal para sus intervenciones, en ciertas imprecisiones respecto del lugar edilicio donde se instalarían los Cuerpos, en el insuficiente personal administrativo con el que estos Cuerpos cuentan, y en la poca demanda hacia el CTA de parte de algunos actores del sistema.

Esta es una buena oportunidad para reflexionar con mayor profundidad sobre el lugar que el CTA puede asumir en el nuevo fuero penal juvenil.

Además de acercar una propuesta particular de intervención, aquí se intentan recuperar las ideas fuerza de un extenso debate que se vino dando entre los profesionales del fuero que integramos la Asociación Judicial Bonaerense, desde donde hemos generado instancias de reflexión y de capacitación permanente³. El desafío consistirá en socializar estas discusiones que hasta ahora se mantuvieron al interior del colectivo de profesionales, para comenzar a conversar con los demás actores del fuero.

Estas ideas no expresan una postura acabada, sino conforman más bien disparadores para profundizar el debate, que recién empieza. Por otro lado, los lineamientos que se esbozan, si bien intentan abarcar los saberes de todos los profesionales del CTA, quizás enfatizan las intervenciones del campo de lo social, del cual provengo.

Hablamos de conversaciones, porque además de comenzar a conversar sobre lo nuestro, buscamos alcanzar mayores niveles de entendimiento con todas las partes intervinientes en el proceso. Nos parece que sólo a través de un trabajo articulado entre todas las disciplinas que operan en el campo de la justicia penal, se alcanzará

una mayor eficacia en relación a los fines que se plantean para el fuero de responsabilidad penal juvenil.

En primer lugar, intentaremos caracterizar desde una visión de contexto, el escenario en el cual se inscribe el CTA: se analizará el surgimiento del CTA a partir de la Acordada 3370, la posición que éste adquiere dentro del nuevo proceso penal, la incidencia de lo ideológico en relación a la supuesta neutralidad y objetividad del perito y los marcos teóricos que atraviesan cada intervención.

Luego profundizaremos la dimensión operativa, focalizando en las intervenciones profesionales que puedan desarrollarse desde el CTA.

Por último y en base al principio de especialidad del fuero penal juvenil, intentaremos comparar el perfil que podría plantearse para el nuevo CTA con el perfil actual que define a las Asesorías Periciales que intervienen con sujetos adultos.

2 • El nuevo escenario

2.1 La Acordada 3370 y la creación del Cuerpo Técnico Auxiliar

Es la Acordada 3370 la que otorga institucionalidad funcional a los profesionales de los viejos juzgados de menores; quienes pasan ahora a integrar la planta de los CTA y, en vez de depender del juez, están sujetos ahora a un coordinador del CTA, (profesional no abogado, elegido por los mismos peritos⁴) quien a su vez depende en forma directa de la Dirección General de Asesorías Periciales de la Suprema Corte de Justicia.

Muchos profesionales valoramos el lugar de independencia alcanzado con esta nueva organización administrativa, la que garantiza, sin duda, una mayor autonomía de pensamiento y de intervención respecto de las otras partes intervinientes en el proceso.

Algunos alertan, sin embargo, sobre la posibilidad de girar hacia un excesivo distanciamiento de los demás actores involucrados, lo que ubicará al profesional en un lugar de escasa articulación y poca implicación en sus intervenciones. Lo cierto es que queda aún mucho por conversar y reflexionar sobre cuestiones aún no saldadas en relación al CTA⁵.

La acordada plantea en su artículo 3 que los profesionales tendrán por finalidad *“asistir tanto a los órganos jurisdiccionales como a los del Ministerio Público que intervengan en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil y transitoriamente a los órganos jurisdiccionales penales y los del Ministerio Público en las causas con menores víctimas de hechos delictivos”*. Salvo esta afirmación, no se observa en la acordada otra referencia que permita delinear las incumbencias que tendría el CTA, quedando un vacío legal que habilita la arbitrariedad, sobre todo en los pedidos que se puedan realizar hacia este CTA (por ejemplo diagnóstico sobre peligrosidad). Por ello, una mayor normatización respecto del alcance y la naturaleza del CTA sería necesaria. Queda mucho por pensar y definir en este sentido. Esbozado este desafío, avanzaremos en pensar primero cómo es el escenario penal en el cual se crea el CTA.

2.2 Una posición diferente para el Cuerpo Técnico Auxiliar en el marco del proceso penal: de la centralidad a la complementariedad

El nuevo escenario ubica al CTA en el marco de un proceso exclusivamente penal⁶. Nos importa detenernos aquí en lo que implica ese ámbito de lo penal para el perito.

Quedan atrás las viejas incumbencias asistenciales de los juzgados de menores, muchas de ellas relacionadas con problemáticas sociales que deben resolverse en la órbita del Poder Ejecutivo. Estamos en cambio frente a un escenario exclusivamente penal, que se caracteriza a su vez por un nuevo procedimiento, ahora acusatorio. Sin buscar describir este nuevo proceso, sí valen destacar tres aspectos que sin duda re-dimensionan el escenario actual donde se ubican los equipos técnicos.

En primer lugar, hay que destacar que bajo este procedimiento cobra más importancia el delito, el acto cometido o no cometido por el joven, cuestión que prevalece sobre su personalidad o condición social. Con el viejo decreto ley⁷, en varios casos importaba más lo segundo: el expediente judicial tenía un tratamiento desde el área asistencial, como si se estuviera trabajando desde un Servicio Local, un hospital o una escuela. Si miramos algún viejo expediente, observaremos que muchas veces los informes técnicos prevalecían sobre la cuestión procesal, y que existían más informes técnicos que resoluciones. En la actualidad, siendo lo más razonable dado que trabajamos dentro del Poder Judicial, el eje es el proceso judicial penal, el hecho cometido, y los informes técnicos serán un complemento de dicho proceso.

Una segunda cuestión, relacionada con lo anterior, tiene que ver con el fin que se plantea el nuevo fuero, ahora más ligado a lograr mayores niveles de responsabilización en el joven y menos a trabajar sobre su personalidad, situación social o “peligrosidad”. Anteriormente no se cerraba ningún expediente judicial si no se contaba con informes técnicos actualizados que descartaran existencia de “riesgo” o vulneración de derechos en la situación bio-psico-social del adolescente. Esta situación afortunadamente se ha revertido; el expediente se cierra cuando finaliza el proceso penal del joven, sin depender para ello de su situación psicológica o social. Lo que se busca entonces es que el joven se reconcilie con la legalidad y no se persigue atender y resolver su situación psico-social.

Por último, es necesario destacar el surgimiento de nuevos actores judiciales (fiscales, defensores, jueces de garantías y de juicio, CTA), con distintos saberes, que se ubican, como afirma Bourdieu⁸ en diferentes posiciones estratégicas en el campo del proceso penal. Por lo tanto, las viejas posiciones del equipo técnico se diluyen. El viejo esquema legal planteaba una posición de mucho poder para los equipos técnicos. Nuestros informes, a pesar de no ser vinculantes, eran algunas veces asimilados a las sentencias; se los trataba como dictámenes que guiaban y dirigían todo el proceso judicial. Cuando una persona se presentaba en la dependencia judicial, se la citaba para el día en que se encontraba “el profesional que lleva la causa”, quien muchas veces se convertía en el único referente judicial para el sujeto y la familia. El perito era un actor central en el proceso, tanto para el juez y los empleados como para los sujetos que concurrían al juzgado. En la actualidad, el juez escucha menos al perito y más al fiscal y al defensor en las audiencias, situación que sin lugar a duda nos posiciona en un lugar muy diferente al anterior. Sintetizando lo mencionado:

Variables	Viejo escenario	Nuevo escenario
Clave del proceso	Situación bio-psico-social.	El delito, acto cometido.
Finalidad	Trabajo sobre la personalidad y su situación social.	Lograr mayores niveles de responsabilidad; educativa.
Actores	Juez y equipo técnico, empleados, asesoría.	Juez, fiscal, defensor CTA, empleados.

Podríamos afirmar entonces que el viejo escenario nos ubicaba en un lugar de centralidad dentro del proceso judicial. Lo bio-psico-social era lo prioritario. Esto situaba a los peritos en un lugar de mucho poder. Lugar que, como es propio en el juego de adjudicación y asunción de roles, algunos profesionales aceptaron y asumieron, haciendo un uso ilimitado de ese poder; otros quizás sin dejar de cumplir con los requerimientos realizados hacia los equipos técnicos, comprendieron que era necesario replantearse los alcances de ese poder, y la forma en que el mismo era ejercido, por lo que intentaban intervenir desde el paradigma de la protección integral muy a pesar del decreto ley⁹.

Hoy, afortunadamente, este nuevo escenario nos quita esa centralidad. Nos lleva a resignar “cierto poder” dentro de la estructura. Las intervenciones que se nos requieren son diferentes en función del objetivo penal del fuero. La actual posición tiene que ver con la complementariedad, con aportar desde nuestro saber en función de enriquecer otros saberes que están en juego. He aquí la importancia de la conversación entre los diferentes saberes que operan en el campo penal juvenil.

Vale la pena aclarar que asumir esta nueva posición de complementariedad no implica restar importancia a los aportes disciplinares que pueda realizar el CTA. Volvemos sobre este punto.

2.3 Las intervenciones del CTA en el marco del nuevo proceso penal: necesidad de encuadrar las prácticas

Pensar el CTA en el marco del proceso penal nos conduce a realizar un permanente encuadramiento de las prácticas profesionales.

Como ya se afirmó, el actual Sistema Penal se vincula con una finalidad educativa y de responsabilización del acto cometido. Será un desafío direccionar las intervenciones profesionales del CTA en función de los actuales objetivos que se plantea el proceso penal.

Este enfoque penal intenta apartarse de viejas teorías, como la del positivismo criminológico¹⁰. Desde esa perspectiva, dentro de la órbita judicial el énfasis estaba puesto en el cuerpo y en la personalidad del “criminal”, al cual había que rehabilitar sin medida, hasta tanto alcanzara la pretendida “normalidad”; no importaba el delito que hubiera cometido (hubiera matado una persona o hubiera robado una bicicleta,

el objetivo era rehabilitarlo). El nuevo derecho penal erradica en forma definitiva estas persecuciones individuales, impidiendo así la activación de infinitos e ilimitados dispositivos de intervención correctiva, normativa y disciplinadora sobre el sujeto.

El nuevo marco nos lleva a pensar que si un actor solicita una evaluación médica, psicológica y social de un joven, antes que profundizar en todas las patologías o problemáticas sociales existentes en ese sujeto, abordándolo desde un lugar asistencial, quizás le interese más conocer la capacidad del joven para reconciliarse con la legalidad, su capacidad de sostener una medida alternativa determinada, o la disponibilidad de la familia para acompañar al joven en el proceso. En definitiva, las alternativas para lograr mayores niveles de responsabilización en el sujeto¹¹.

Por otro lado, aunque parezca una obviedad, nunca está de más aludir a la necesaria omisión en los informes técnicos sobre cuestiones relacionadas con el hecho imputado al joven, ya que la investigación del delito debe realizarse sólo en el marco del proceso y la información al respecto brindada por el joven debe sólo tomarse en el marco de una declaración con las debidas garantías. Varios autores se refieren a consecuencias concretas de esta errónea práctica profesional de referencia al hecho, como la solicitud de nulidad de los informes técnicos referidos al delito, ya que afectan el derecho de defensa; alusiones referidas además a la falta de ética, argumentando la violación al secreto profesional y a una relación de confianza establecida entre el sujeto y el profesional, que no debe ser traicionada¹².

Por último, encuadrar las intervenciones en el marco del proceso penal tampoco implica medir la peligrosidad o establecer la culpabilidad del sujeto, a pesar de que en algunas oportunidades se lo solicite. No son los profesionales quienes deben determinar si un sujeto es culpable o inocente, si debe quedar en libertad o en situación de encierro.

En síntesis, será un desafío poder encuadrar¹³ la práctica profesional en el marco de un sistema penal que no se plantea un trabajo asistencial con el joven, sino que como primer objetivo persigue un abordaje socioeducativo en relación a la responsabilización. Por lo que las intervenciones del CTA se deberían encuadrar ahora bajo estos objetivos que se persiguen en el nuevo fuero.

2.4 Incidencia de lo ideológico: repensando la idea de neutralidad dentro del sistema penal. Los marcos teóricos desde donde pensar la intervención

Muchas veces se piensa la labor de los peritos como realizada desde un lugar de neutralidad, objetividad, imparcialidad. Se asimila el accionar pericial a una toma fotográfica de la realidad. Como si uno pudiera dar cuenta de una “imagen objetiva” del joven y de su familia sin mediación alguna de la propia subjetividad de quien se acerca y lee esa realidad.

Estas creencias algunas veces se traducen en afirmaciones categóricas sobre el sujeto, que se transcriben en los informes técnicos como verdades absolutas y congeladas (el sujeto “es así”, de una determinada manera).

Cabe preguntarse entonces por qué razón un mismo joven cuenta con evaluaciones profesionales tan diferentes, según sea el perito que lo evalúe: “Si la ciencia o saber de que se trate fuera único o indisputable, ningún problema existiría, cualquier perito convocado nos diría lo mismo. Pero el caso es que aún las ciencias duras se muestran como absolutamente

dinámicas y en sus desarrollos no pueden escapar a las ideologías”¹⁴.

A la hora de conocer la realidad de un joven, ¿es posible ser objetivo? Cuando un perito selecciona un tipo de recorte de una situación personal o familiar para realizar un diagnóstico en base a indicadores que selecciona frente a otros que rechaza, ¿está siendo neutral?

Meza nos responde, *“la interpretación que los sujetos hagan de su mundo, será siempre un hecho subjetivizado (...) La necesidad de objetividad o de la verdad científica para la validez del conocimiento puede ser sólo un obstáculo para el avance teórico práctico del Trabajo Social. La antigua búsqueda de la neutralidad valorativa (...) nada tiene que ver con la necesidad de un uso ético y responsable de los conocimientos generales destinados a transformar las situaciones de necesidades o problemas de las personas”*¹⁵.

Un desafío que se plantea para los peritos del CTA, sobre todo en el marco de un proceso penal, será entonces asumir el entrecruzamiento ideológico que atraviesa cualquier intervención, que invalida la pretendida “neutralidad” y “objetividad” en las acciones de los profesionales.

Será un desafío trabajar por conocer y asumir nuestras propias perspectivas teóricas y ético políticas desde las que intervenimos, definimos al joven y su familia y proponemos el trabajo con él. En síntesis, ejercer una instancia de elucidación de la propia práctica, definida como propone Castoriadis¹⁶ como el *“acto por el cual los hombres piensan lo que hacen y saben lo que piensan”*.

Conocer los propios marcos profesionales nos permitirá justificar desde dónde intervenimos y desde dónde confeccionamos los informes técnicos que presentamos, a partir respaldar las acciones en base a determinado sustento teórico. De esta manera, se evidencia una actitud de responsabilidad profesional al reconocer que la evaluación realizada no constituye una verdad absoluta e inmodificable en el tiempo, sino que obedece a determinados marcos conceptuales desde donde se actúa.

Profundizando en los marcos teóricos, se vuelve indispensable conocer cómo juegan las teorías criminológicas que estudian de diversa manera el comportamiento delictual del joven. Kessler nos acerca las diferentes teorías que nos permiten interpretar los actos delictivos realizados:

- a) La Escuela de Chicago y las teorías culturalistas
- b) Las teorías del control social
- c) La anomia de Merton y la teoría de la tensión
- d) La teoría del etiquetamiento
- e) El delito como elección racional
- f) El análisis de la *underclass*
- g) Teorías integradas o multifactoriales¹⁷

Independientemente de las teorías mencionadas, resulta interesante destacar los aportes de Puebla¹⁸ en relación a los principios del Realismo Criminológico (criminología latinoamericana, de corte humanista y crítica), como un marco teórico posible desde donde intervenir.

Esta perspectiva centra la mirada no en el sujeto que delinque, sino en los sistemas penales, en función de revisar críticamente su funcionamiento y pensar cómo circula

el poder y las ideologías dentro de los mismos.

En este mismo marco, Robles¹⁹ retoma a Zaffaroni, quien cuestiona el sistema penal al realizar una crítica a las ideologías “re”: ideologías que apuntan a la “re” adaptación social y a la “re” habilitación de los sujetos que cometieron delitos, a través del modelo biologicista, psicológico y psiquiátrico que promueve la prisión. Afirma que los que fueron atrapados por el sistema penal son sujetos que encuadran dentro de un estereotipo criminal (joven, varón, pobre, con escaso paso por el sistema educativo, desempleado, cuyas acciones se relacionan con el delito contra la propiedad o relacionados a sustancias estupefacientes), y que fueron vulnerables a la acción selectiva de ese sistema penal. No se encuentran presos por el delito que cometieron, sino por su “torpeza” en la comisión de los mismos, por su vulnerabilidad penal que los lleva a ser atrapados por el sistema. De más está decir que los ladrones de guante blanco no son vulnerables al sistema penal; sus acciones, menos torpes, más disimuladas, quizás más impersonales e indirectas, pero no por ello menos violentas, son la mayoría de las veces impunes al sistema penal.

Este sistema penal que actúa sobre los más vulnerables estaría basado en lo que Puebla llama “clínica de la peligrosidad”, donde las intervenciones se asimilan más a reacciones irreflexivas y espasmódicas que responden casi instintivamente a sentimientos de inseguridad, rechazo y peligrosidad, sostenidas en base a una búsqueda de venganza y revancha social y que delegan en la justicia penal la resolución de todo tipo de conflicto. Las propuestas de intervención del modelo tienen que ver con el endurecimiento de las penas, la baja de la edad de imputabilidad, y la privación de la libertad como estrategia de disuasión y de control sobre el sujeto, algunas veces más allá del acto cometido.

La Criminología Crítica plantea por contraposición el modelo de “clínica de la vulnerabilidad”, *“el cual procura atender no solo la fragilidad social de los menores infractores, sino fundamentalmente la fragilidad de la familia y de la comunidad de origen, para que estos no agudicen su expulsión y estén preparados para recuperar a los menores infractores (...) no desde el disciplinamiento de la clínica positivista tradicional que opera desde los mecanismos de carácter reflejos, sino mediante la conexión con el acto, el aprendizaje social en los valores humanistas y en el sentir ciudadano”*²⁰.

Desde esta óptica, se plantea un trabajo desde la perspectiva de la reducción del daño. Para el análisis del sujeto en conflicto con la ley, el modelo de la “clínica de la vulnerabilidad” considera la dimensión histórica que constituyó a este sujeto en uno vulnerable al control socio penal. Relaciona el problema de la delincuencia con la cuestión social y no con la idea de peligrosidad, concepto que, como plantea Baratta²¹, contiene gran inconsistencia científica. Y es a partir de este marco contextual cuando se plantea más tarde un trabajo individualizado y específico para ese sujeto singular que es vulnerable.

También combate la creencia de irrecuperabilidad del sujeto y propone el principio de perfectibilidad humana, al considerar que es posible trabajar en función de revertir los aspectos deteriorantes del individuo desde el enfoque de reducción del daño, interviniendo también en las motivaciones de su comportamiento que lo vuelven vulnerable al control socio penal. Este modelo propone una mirada dinámica y flexible del sujeto y de la realidad.

Cabe aclarar una cuestión: el modelo mencionado no habla de impunidad. No promueve un permisivismo con los jóvenes que minimice los actos realizados y por ende las penas a impartirles. No es un modelo “light”, “ingenuo”, “naif”, como algunos estimaron. Este modelo propone líneas de intervención bien concretas, quizás más trabajosas que las derivadas de otras lógicas, ya que promueven un trabajo territorial a partir de un abordaje intersectorial, interinstitucional, e interdisciplinario. Sin duda, este modelo requiere de un esfuerzo sostenido en el tiempo, ya que los resultados de estas acciones no son inmediatos, sino que surgen en un mediano o largo plazo. El poder incorporar este modelo a la hora de dar cuenta de la realidad de un joven, sin duda habilitará para todos los actores del proceso la posibilidad de pensar en otras medidas alternativas de trabajo, muy diferentes de las tradicionales creadas desde el viejo paradigma.

Pensando en la labor del perito, podemos ver que el escenario en el cual este interviene está caracterizado por el conflicto. Conflicto de ideologías, de miradas sobre el sujeto, de intereses, de realidades. El perito se encuentra atravesado muchas veces por situaciones dilemáticas al momento de intervenir.

En alguna ocasión, han llegado al CTA demandas relacionadas con evaluar la moralidad del sujeto, medir su peligrosidad, conocer el concepto vecinal del imputado (con la finalidad de obtener información testimonial para la causa), pedidos de acciones que se enmarcarían desde la “clínica de la peligrosidad” y que no deberían ser atendidas si uno se posiciona desde el modelo de la “clínica de la vulnerabilidad”. Será un desafío alcanzar una importante cuota de autonomía profesional que nos permita reformular aquellas demandas realizadas hacia el CTA para poder acercar una propuesta alternativa superadora de trabajo con ese joven.

Para todo esto resulta indispensable conversar con nuestros propios marcos teóricos desde los cuales intervenimos y asumir, como bien plantea Eroles²², una direccionalidad ético política que guíe el rumbo de nuestras prácticas, de forma tal que lejos de reproducir instancias disciplinadoras de control que vuelvan al sujeto más vulnerable de lo que ya es, contribuyan a dignificarlo y restituirle más humanidad al trabajar sobre sus aspectos deteriorantes y al reconciliarlo con la legalidad.

3 • La dimensión técnico operativa. Las intervenciones bajo la lupa: afianzando la ruptura epistemológica

Profundizar la dimensión técnico operativa nos lleva en primer lugar a preguntarnos sobre los procesos que dan origen a la intervención de los peritos.

La demanda de intervención del CTA surge a partir de un pedido explícito del fiscal, defensor e incluso del juez. La solicitud de intervención es entonces institucional, no se origina desde el sujeto portador de un padecimiento.

Los intereses de los actores que requieren la intervención serán sin duda muy diferentes a los que pueda tener ese sujeto, los demás actores intervinientes, incluso los propios profesionales. Por ello, el delimitar el actor que demanda la intervención y los objetivos que persigue con nuestras intervenciones, permitirá una mayor eficacia en nuestro accionar.

La mayoría de las demandas de intervención apuntan sin duda a la realización de evaluaciones diagnósticas de los jóvenes atrapados por el sistema penal, evaluaciones

que se solicitan en los diferentes momentos del proceso.

Es necesario plantearnos cómo pensar entonces las evaluaciones diagnósticas desde este nuevo lugar y qué aspectos vamos a evaluar respecto del sujeto en conflicto con la ley penal.

Si puede pensarse que los pedidos de evaluación requieren de una información técnica respecto de la cotidianeidad del joven y su familia (iluminando su realidad actual desde el análisis histórico de su trayectoria de vida), seguramente se requiera conocer algunos aspectos de su personalidad y algunos de sus padecimientos (considerados éstos en relación a las presencias o ausencias del Estado con respecto a ese sujeto singular, para evaluar luego cómo estas ausencias o presencias incidieron y cómo atravesaron la realidad específica de ese joven).

Pero quizás lo más novedoso sea comenzar a evaluar también los aspectos positivos existentes en el joven, su familia y su entorno. Establecer las potencialidades a explorar y fortalecerlas en él y los suyos. Identificar sus redes primarias, secundarias y terciarias que representen vínculos saludables y de sostén. Vale decir, recuperar todo aquello que pueda contribuir al mejor desarrollo del joven, en base al principio de perfectibilidad humana.

Es Cazzaniga quien propone el pasaje de una lógica de “atención de caso” hacia el “abordaje de la singularidad”, bien asimilable esta última a la “clínica de la vulnerabilidad”, abriendo paso de esta manera a intervenciones diferentes que incorporen

Evaluación diagnóstica	Enfoque de “atención de caso”	Abordaje de la “singularidad”, “clínica de la vulnerabilidad”
Del sujeto	Es un individuo atomizado, con problemas de personalidad o desajuste.	Sujeto social relacionado con un entorno, sujeto de derechos, con problemas y potencialidades.
De su realidad	Problemas preconstruidos como tales (catalogados previamente: categorías como peligrosidad, transgresión, antisocial, drogodependiente, alcoholismo, etc.). Se ve “el problema” en forma superficial, sin acción del sujeto.	Instancia de construcción conjunta del campo problemático entre el joven y el profesional, construcción que interprete y problematice lo naturalizado; y que recupere también todo lo saludable y positivo que el joven pueda tener.
Intervención profesional	“Prescripción”, pasos a seguir, tratamiento para la normatización del sujeto, trabajando con referencias psicológicas desde perspectivas conductistas.	Incorpora el análisis comprensivo del padecimiento, apunta a la responsabilización, el fortalecimiento de capacidades, la transferencia de autonomía y a la construcción de identidades sociales

el rastreo de las potencialidades del sujeto en las evaluaciones diagnósticas²³:

Esta evaluación de las potencialidades resulta novedosa para los profesionales acostumbrados a trabajar con la patología, con lo deficitario, porque invita a mirar además de esto, otros aspectos del sujeto que antes eran poco tenidos en cuenta; pero sin duda esta ampliación de la mirada representa una llave desde donde proponer estrategias de intervención que tomen al joven como un sujeto, como un actor protagonista en su propio proceso.

Desde la óptica de las capacidades, el joven no es más un objeto que se mira, sino que es un actor más junto al cual se mira. La intervención recurre entonces al comprensivismo como un enfoque desde el cual intervenir, mediante un análisis cualitativo del joven y su realidad. Se atenderá a la particular racionalidad del sujeto y a su mundo simbólico; también a sus representaciones singulares sobre sus actos, a sus valores, sus estrategias de supervivencia, sus fortalezas, sus luchas, sus formas de enfrentar la adversidad y sus posibilidades de modificar situaciones.

La base de este enfoque se sustenta en una visión fenomenológica del joven, a partir de la cual se rompe con categorías rígidas y preestablecidas (“familia disfuncional”, “joven drogadependiente”, “peligroso”), para atender a la propia singularidad específica de cada situación particular. Ya no existen poblaciones homogéneas que respondan a una misma tipología de análisis; es la diversidad y heterogeneidad de situaciones, problemáticas y formas de resolución de las mismas lo que caracteriza a este nuevo escenario. Por ello se vuelve necesario ajustar la intervención a la realidad singular del joven.

La intervención pensada desde esta perspectiva ubica también a los peritos en un lugar activo y propositivo. No se trata ya de describir, de realizar una toma fotográfica del sujeto, sino que se apunta más bien a interpretar situaciones de la realidad del joven y a proponer lineamientos para su desarrollo. Como afirma Robles²⁴, no se trata de detallar lo que el sujeto “es”, sino de explicar la forma en que el sujeto “está” en este momento y cómo “puede estar” si se fortalecen sus aspectos positivos.

Así, la intervención profesional puede contribuir además de la evaluación diagnóstica, a la proposición de estrategias de intervención específicas que permitan delinear, desde esta óptica, las medidas sancionatorias más ajustadas a la realidad particular de ese joven²⁵.

No se tratará de recoger datos, problemas o patologías, ni de aportar información para la causa desde un lugar contemplativo. Se apuntará más bien a un trabajo de creación que logre plasmar la singularidad de cada joven, en el cual se puedan delimitar las bases para que otros definan las más eficaces estrategias de reparación del daño.

Ejemplo de un registro asociado a la vieja lógica de “atención de caso”, podría consignar: *“Menor que reside con una familia disfuncional y no contenedora; con altos niveles de transgresión, ubicado en zona peligrosa”*.

Un informe diferente basado en el “enfoque de la singularidad” y centrado en el modelo de la “clínica de la vulnerabilidad”, diría: *“Juan se ha visto expuesto a situaciones de vulnerabilidad que han afectado sus derechos. De pequeño, más que transitar su niñez, tuvo que ejercer un rol parental de cuidado hacia sus hermanos menores, mientras sus padres estaban ausentes del hogar por encontrarse trabajando (...); luego no pudo sostener su escolaridad (...) más tarde comenzó a consumir algunas sustancias (...) si bien se reconocen ciertas dificultades*

parentales en los padres de Juan, se observa en ellos predisposición para repensarse en su rol, lo que se ha intentado trabajar en las entrevistas, (...) se detecta además la figura de la vecina Claudia, como referente barrial significativo; (...) se considera que estarían dadas las condiciones para ensayar medidas en el propio entorno del joven en caso de estimarlo necesario, (...) se propone la institución Casa de Día, la que está próxima al domicilio de Juan; desde donde se interviene en el marco de la responsabilización del joven (...)”.

Para sintetizar lo dicho, es pertinente retomar los aportes de Zega²⁶, quien piensa la intervención del perito en tres momentos, los cuales se retroalimentan:

1) Relevamiento del dato (información sobre lo deficitario y lo saludable; refiere que al dato “hay que salir a buscarlo” del modo más fenoménico posible, a través de diferentes técnicas, como entrevistas en sus diferentes tipos y formas y observación, realizadas con todos los sujetos que resulten informantes clave dentro del proceso).

2) Interpretación del dato (refiere que la realidad no es obvia y es necesario explicitar los significados atribuidos a los datos, significados que se atribuyen a partir de los marcos conceptuales).

3) Confección del informe (donde uno registra de determinada manera la información relevada e interpretada, y además concluye la tarea proponiendo acciones de trabajo que respondan a la solicitud que requirió la intervención del perito, atendiendo al objetivo que requiere la intervención).

El desafío sería poder afianzar la ruptura epistemológica con las viejas metodologías de intervención, reforzando las miradas más singulares y flexibles, para también dar cuenta de los aspectos más sanos, de las potencialidades y de las posibilidades concretas de acción con ese joven.

Ahora bien, esta nueva propuesta de intervención requiere de un tiempo de procesamiento que es necesario defender. Una práctica seria y responsable no se realiza “en diez minutos”, tal como muchos operadores judiciales solían otorgar a los antiguos servicios psicológicos y sociales del viejo decreto ley (en este punto, debemos reconocer que frente a una sala de espera de treinta personas, nosotros mismos cedíamos frente al pedido “¿me lo ves? son diez minutos”, lo que minimizaba la calidad del trabajo del perito). Se trata de otra cosa. Quizás sea necesario primero establecer un vínculo de confianza con el joven para poder acceder a su vida cotidiana, al mapeo de las redes; realizar varias entrevistas con él; ir a visitarlo a su lugar de detención si se encuentra internado; conocer a su familia, o algún otro actor significativo. Conversar con el defensor, o el fiscal; realizar intercambios disciplinarios con los diferentes profesionales que trabajaron con el joven; contactar a los profesionales del Centro de Referencia, o a los equipos técnicos de alguna organización barrial, ONG, o institución que pueda trabajar con el joven. Seguramente además, escribir dicho informe requiera de mucho más tiempo del que requería el viejo informe técnico (convertido más en un telegrama que en una producción escritural).

Queda claro entonces que este trabajo de intervención no puede realizarse en el mismo día en que se entrevista al joven por primera vez.

Además del tiempo necesario para cada intervención, sería fundamental dedicar un tiempo a la reflexión sobre la práctica. Los profesionales, y todos los operadores,

solemos asociar la intervención con la acción; pero intervenir es también parar y pensar, evaluar lo realizado y direccionar la futura acción. Contar con un espacio de supervisión o covisión constituye el elemento central para fortalecer el trabajo del perito y prevenir situaciones de *burn out* y/o mala praxis psicosocial. Desde el marco institucional estas prácticas no están legitimadas ni del todo aceptadas, siendo consideradas a veces una “pérdida de tiempo”; pero sería muy saludable que los peritos pudiéramos instituir las como indispensables para el ejercicio profesional, dedicando tiempo de la jornada laboral para realizar estas actividades.

Realizar reuniones de equipo, organizar ateneos, desarrollar proyectos de investigación, abrir un espacio de intercambio con las unidades académicas a través de la apertura a la realización de pasantías de grado y asistir a instancias de capacitación aportan en el mismo sentido.

4 • El Cuerpo Técnico Auxiliar y la Asesoría Pericial de Adultos. El principio de especialidad del fuero y la necesidad de los equipos técnicos especializados

Un interrogante que nos moviliza tiene que ver con las características que debe asumir el CTA y la posible similitud que este Cuerpo pueda tener respecto de la Asesoría Pericial de Adultos. ¿El perfil del CTA debe asimilarse al perfil de la Asesoría Pericial de Adultos?

Una rápida respuesta podría ser afirmativa, ya que lo hasta aquí desarrollado respecto de las intervenciones de los equipos técnicos del CTA poco se diferencia de las intervenciones que podrían realizar los compañeros de la Asesoría Pericial.

Sin embargo, vale la pena adentrarnos en un planteo más profundo para esclarecer esta respuesta, que tiene que ver con la especialidad del fuero de responsabilidad penal juvenil. ¿Por qué existe un fuero especial para jóvenes, diferente al fuero penal de adultos?

Si pensamos en el Derecho Penal de Adultos, observamos que el mismo está orientado al Derecho Penal de Acto: se encuentra orientado a la comprobación del hecho, a su calificación jurídica y a la atribución sancionatoria al imputado.

Cabría preguntarse cómo juega este Derecho Penal del Acto en el fuero de responsabilidad penal juvenil, donde los sujetos son jóvenes, definidos por su condición de cambio, de desarrollo y formación de su personalidad. Al respecto, afirma Palomba:

“Marcar y aislar un hecho en una personalidad en permanente cambio, y atribuir a éste casi automáticamente una consecuencia penal, puede ser:

1) desacertado, porque es fruto de una consideración no satisfactoria de la condición juvenil y de la mutabilidad típica de la etapa adolescente

2) injusto, porque no tiene en cuenta los esfuerzos positivos que todo muchacho cumple en el cambio hacia la madurez

3) peligroso, porque puede crear procesos que lleven a estigmatizar y auto realizar profecías negativas contribuyendo al aumento de las franjas de marginalidad social, fenómenos que aparecen a menudo en apreciable medida”²⁷.

La condición de ser persona en constante desarrollo y formación de su identidad sería una clave para comprender que es necesaria una especificidad del fuero penal juvenil, especificidad que debe incorporar dimensiones relacionadas con la condición de cambio y crecimiento del joven desde donde leer el acto cometido y desde donde

pensar las medidas sancionatorias y socioeducativas más adecuadas para él.

Necesitamos una *“acentuación de las características del derecho penal de la personalidad que, dejando intactas las garantías del Derecho Penal del hecho, adecue los aspectos sustanciales y las finalidades a la especificidad de la condición adolescente. Esto se puede obtener con un sistema penal que no sea rígidamente automático, sino flexible y adecuado a la etapa de desarrollo de la persona”²⁸.*

El Derecho Penal del Acto podría enriquecerse de una mirada singular de ese joven y, sobre todo, de una mirada que proyecte los posibles aprendizajes y cambios que el joven pueda realizar atendiendo al carácter dinámico y mutante de su situación adolescente. Es aquí donde el aporte de los equipos técnicos se vuelve indispensable, ya que impregnan de contenido al acto cometido por el joven.

Se observa que muchos delitos aparecen asociados más a una etapa evolutiva y menos a una carrera delictiva ya instalada en el joven. Afirma Kessler: *“Según lo que indican investigaciones internacionales, la mayoría de los jóvenes que realizan un primer robo, desisten rápidamente (...), no hay en etapas iniciales la idea de una opción definitiva por un camino alternativo al mundo del trabajo (...)”²⁹*; por lo que muchos de los actos que realizan los adolescentes pueden comprenderse en el marco de la experimentación y no de una elección racional definida y permanente; lo que conduce a otras posibilidades de modificación de los actos.

En este sentido, resulta importante reconocer en las entrevistas (no en los registros) si existe ese carácter experimental en los hechos cometidos y rastrear tanto la disponibilidad para el cambio como los intentos de superación personal que pueda plantear el joven. Dichos intentos, en vez de ser leídos en todos los casos como “manipulaciones del trasgresor”, pueden leerse muchas veces como expresiones legítimas de deseo de cambio. Desde allí se puede comenzar a trabajar: a partir de la propuesta de prácticas concretas y atendiendo al carácter dinámico de una personalidad aún en formación.

Por otro lado, se observa la importancia que adquiere la familia del joven dentro del proceso. Un enfoque amplio, integrador, ayudará a incorporar al grupo familiar en las intervenciones judiciales. En ese sentido, la familia puede movilizarse internamente a partir de la participación del joven en la justicia penal, puede replantearse posiciones de roles asumidos, puede reforzar sus aspectos positivos y así contribuir a la buena evolución del joven. Resulta importante convocar a la familia no para juzgarla o culpabilizarla sino para fortalecerla.

Al decir familia, como expresa el artículo 7 del Decreto 415/06 de la Ley 26.061³⁰, no nos referimos únicamente a la madre. Intentando superar esquemas tradicionales de género, resulta importante convocar a todos los sujetos, hombres y mujeres, que sean significativos en la vida del joven. Los peritos del CTA tienen mucho para aportar en este sentido.

La familia extensa no conviviente, las organizaciones del barrio, las instituciones que ya intervinieron con la familia en un momento previo a la causa penal constituyen otros actores que seguramente marcaron la vida del joven. El mapeo de redes primarias, secundarias y terciarias constituye un aporte posible del perito del CTA, ya que así se contribuye a la detección de un entretendido de relaciones que puedan incidir positivamente en el joven para sostenerlo durante el proceso.

Otra cuestión relacionada con esta especificidad consiste en repensar el sentido de la pena y de las medidas cautelares dentro del fuero de responsabilidad penal juvenil.

Si tenemos en cuenta la condición del joven como persona en crecimiento, podemos considerar la importancia de que la pena dialogue con esta subjetividad que se encuentra en proceso de formación. Algunos juristas se refieren a la pena en términos de generación de responsabilidad: *“La responsabilidad es un concepto irrenunciable de nuestra cultura y aún se puede afirmar que la responsabilidad, que no hay que confundir con la culpabilidad, en cuanto esquema regulador de interacciones de respuesta tendientes a desarrollar sentimientos de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo, constituye un derecho inalienable de los jóvenes”*³¹. Podríamos sugerir que la propiedad sobre los actos podría relacionarse no solo con el hecho cometido en el pasado, sino más bien con la libertad y la capacidad del joven para construir proyectos de vida más dignos en el futuro, con la posibilidad de que se reconcilie con la legalidad. ¿Será este el componente educativo del fuero?

Ahora bien, las formas de alcanzar dicha responsabilización estarán supeditadas a la singularidad propia de cada joven. En este punto, los profesionales del CTA poseen un gran conocimiento para pensar, generar y proponer el contenido particular y específico que podrían adoptar estas medidas de responsabilización, para que el joven efectivamente las pueda sostener, pudiendo implicarse en el cumplimiento de las mismas.

El hecho de proponer o sugerir lineamientos que permitan luego adoptar medidas específicas según la realidad de cada joven, no resulta fácil en un contexto de deterioro de las instituciones del Poder Ejecutivo y de las organizaciones de la comunidad. Aún no se ha logrado contar con los recursos humanos y materiales necesarios que acompañen al joven en el cumplimiento de la medida. Esto constituye un factor que es necesario considerar, en función de garantizar la viabilidad de los lineamientos propuestos. De esta forma se pueden evitar los enunciados dogmáticos realizados desde un “deber ser” que tan poco anclaje tienen luego en la realidad concreta.

Con respecto a las medidas, vale la pena desviarnos un poco del tema tratado en este capítulo para destacar algunos incipientes ensayos similares a la forma de mediación penal juvenil que se están intentando generar en la provincia en este último tiempo, en base a las experiencias desarrolladas en la provincia de Neuquén y considerando además los aportes del trabajo de mediación con adultos realizado en el Ministerio Público del departamento judicial de San Martín

Estas prácticas se enmarcan dentro del paradigma de la justicia restaurativa y constituyen una forma diferente de resolución de conflictos. Cómo señala Zehr en Eiras, se trata de *“un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivadas de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”*³².

La mediación constituye una medida eficaz a la hora de trabajar por la responsabilización por los actos realizados y por la reparación del daño. Se convierte en una forma diferente de tratamiento del problema penal, intentando superar el sistema penal tradicional que muchas veces asume un rol sancionador que aplasta y aísla al victimario. Este método alternativo de resolución de conflictos contempla a los ver-

daderos protagonistas del proceso, incluida la víctima, sin realizar una “expropiación penal del conflicto”. Se propone un espacio conjunto donde reflexionar, evaluar actitudes, modificar conductas y reparar los daños, en un intento por autocomponer situaciones, revincular sujetos y restablecer la paz social³³.

La propuesta de mediación penal juvenil contiene un fuerte contenido preventivo y educativo, ya que implica un aprendizaje vivencial sobre otras formas de comunicación y de relación con el otro, aprendizaje que seguramente será incorporado y aprehendido por los sujetos en sus futuras interacciones.

Por último, es bueno abordar otro punto que llama la atención. En este contexto de transición, de cambio del esquema de patronato hacia el paradigma de la protección integral, se pudo observar cómo algunos agentes desarrollaron cierta tendencia reacia frente al abordaje del joven como persona en crecimiento, diferente al sujeto adulto. Esto, sustentado en el temor de caer nuevamente en el Derecho Penal de Autor y reproducir el viejo tratamiento asistencial de la ley anterior.

Se pudo observar que algunos actores del sistema no consideran la situación especial y singular de cada joven en sus intervenciones, plantean medidas similares para todos los adolescentes y piensan alternativas de acción en forma desarticulada, aislada y poco estudiada de la particularidad del joven protagonista del proceso, lo que dificulta el conocimiento sobre la capacidad efectiva del joven del cumplimiento de las mismas. Por ejemplo, ¿todos los jóvenes pueden sostener una medida como el arresto domiciliario? ¿todos ellos se encuentran en condiciones de realizar un similar trabajo comunitario? ¿todos pueden estudiar? Se han escuchado afirmaciones reacias a la realización de un intercambio interdisciplinario que habilite un mayor conocimiento de la singularidad de cada joven. Y se han visto actores que leen los informes de los peritos del CTA pocos minutos antes de la audiencia con el joven, ya que lo que importa es el “acto”.

En ese intento de un abordaje “no tutelar” se vislumbra el peligro de la omisión. Si antes el énfasis estaba puesto en una exagerada acción sobre el sujeto, en el intervencionismo, en el disciplinamiento, hoy mediante un posible movimiento pendular que fugue hacia el otro extremo, podemos observar un riesgo de girar hacia la inacción, dejando de considerar los aspectos singulares del sujeto.

Acaso conocer las particularidades de la realidad del joven procesado, conversar en función de ello con los profesionales del CTA, ¿implica reproducir un sistema tutelar? Conversar con el CTA, articular con el Centro de Referencia al momento de proponer los lineamientos de las medidas más adecuadas para un joven, ¿se asemeja a la lógica de patronato? Convocar a la familia, alguna ONG u organización barrial que puedan acompañar al joven en el cumplimiento de la medida, ¿implica una vuelta a los viejos esquemas? Contactar a alguna institución que conocemos para realizar una derivación asistida en alguna situación específica donde existan derechos vulnerados, ¿se contraponen con el espíritu de la nueva ley? Entrevistar a un joven en más de una oportunidad en el CTA, ¿implica regresar al esquema de patronato? Todas estas cuestiones más que entorpecer, podrían enriquecer el proceso penal del joven.

Para concluir, volvemos a rescatar a Palomba, quien enumera las principales características que para él debe asumir este proceso penal especializado del joven:

- 1) Naturaleza relacional sistémica (necesidad de circularidad entre los actores)
- 2) Naturaleza finalística (que plantea un fin que va más allá de la persecución penal *per se*)
- 3) La finalización educativa
- 4) La aptitud responsabilizante
- 5) La naturaleza garantista

Toda la normativa internacional y nacional sobre justicia penal juvenil se posiciona en este mismo sentido. Este fuero especial es formativo, fortalecedor de la conciencia de que los jóvenes son titulares de derechos pero también de obligaciones. En este marco, el debido proceso no es un fin en sí mismo, sino el medio para que este atravesamiento penal convierta a los jóvenes en ciudadanos responsables. No perdamos de vista cuáles son los fines que se plantea este fuero penal juvenil.

5 • Conclusiones

Para concluir quería retomar una referencia al concepto de utopía como *“una actitud convocante para actuar hacia delante, que llama al hombre a no quedarse y a superar el no se puede... Una vocación por la acción y una rebelión contra el escepticismo. Una actitud donde la realidad no es una trampa que inviabiliza la libertad de actuar, sino esencialmente apertura definitiva que funda la posibilidad de nuevos cursos y rumbos a seguir, esto es, la realidad como voluntad de cambiarla y/o transformarla. Es el tiempo visto no como lo que nos pasa sino como lo que queremos y también lo que deseamos. No es un concepto lleno en el sentido en que está terminado, sino que está vacío para llenarlo de contenidos y significados; es una construcción social hacia el porvenir... Pensada como ejercicio anticipatorio del porvenir, abre camino a la esperanza la que a su vez posibilita la liberación de energías sociales, de imaginación y de entusiasmo, para luchar en democracia por el objetivo moral de construir sociedades más justas y solidarias”*³⁴.

¿Cuál será nuestra utopía? Nuestra utopía será garantizar que todos los jóvenes puedan asumir las responsabilidades que les caben siendo tratados con dignidad, abordados desde un modelo que potencie sus capacidades y su dimensión humana. Lograr mayores y mejores niveles de convivencia humana; aportar para la paz social, para la reconstrucción del lazo solidario y el reestablecimiento del tejido social.

Nos encontramos en un momento histórico de construcción de una nueva justicia penal juvenil. Advertimos la enorme posibilidad instituyente y creativa de este escenario, en el cual es viable generar prácticas diferentes, novedosas, más eficientes y también más respetuosas de los derechos y obligaciones de los jóvenes. Observamos la gran posibilidad de orientar nuestras prácticas profesionales hacia este horizonte.

Será nuestro desafío potenciar el lugar activo y propositivo que puede asumir el CTA dentro del campo de la justicia penal juvenil, en función de contribuir con estos objetivos que se plantea el fuero. Será nuestro desafío también el poder delimitar aún más las incumbencias profesionales, las que en relación a las evaluaciones diagnósticas, podrían ser pensadas desde un lugar activo que profundice en el conocimiento de la singularidad y capacidad del joven, para contribuir a la posterior definición de las medidas a tomar con él. Será otro desafío poder lograr una mayor reglamentación legal respecto de nuestras incumbencias.

Por ello, no se ha pensado en este desarrollo al CTA de una forma aislada y endógena, sino que se lo ha considerado como un actor más, dentro de un sistema mayor, en función de poder aportar desde nuestras especialidades a dicho sistema. He aquí la importancia de conversar con los demás agentes intervinientes, en la firme convicción de que, como nos enseña Morin³⁵, la realidad es compleja y requiere de múltiples miradas para comprenderla.

Este fuero de responsabilidad penal juvenil está naciendo, comenzando a emerger en la provincia. Están dadas las condiciones contextuales para un cambio. De nosotros depende en gran parte capitalizar este momento histórico para intentar acercarnos lo más posible a la utopía.

Notas

1 - Quiero agradecer a Marisa Herrera en nombre de UNICEF por habernos brindado la posibilidad de conversar sobre nuestra tarea desde nosotros mismos. También agradezco a mi compañera de San Martín: Mariana Angriman y a mis colegas Claudio Robles, Silvia Zega y Pablo Rubén Mas por los valiosos aportes brindados. Por último, muchas gracias a Gabriel Lerner por sus devoluciones constructivas.

2 - La Ley 13.634 crea los Juzgados de Familia y el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires.

3 - Los peritos de toda la provincia, en el marco de la AJB, nos reunimos un sábado por mes en el espacio de Federación Judicial Argentina para trabajar todo lo referido a la práctica profesional. También hemos generado junto al Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte instancias de capacitación y de reflexión en las diferentes departamentales de la provincia.

4 - En este punto cabe destacar que la posibilidad de elección del coordinador fue el resultado de varias conversaciones que los peritos agremiados a la AJB buscaron mantener con los representantes de la Dirección de Personal y de Administración de la Corte SCJBA; donde se realizaron esta y otras propuestas.

5 - Una mención especial debe realizarse en cuanto al nombre asignado: Cuerpo Técnico Auxiliar. La denominación de “Cuerpo” alude a ciertos rasgos positivistas asociados a la idea de un organismo. Remite a la fragmentación, al aislamiento, a la suma de las partes y no a la relación entre ellas. Una nominación más acertada podría ser la de “Equipo”. Por otro lado, el lugar de “Auxiliar” resulta confuso. ¿Que significa ser auxiliar? Quizás esta característica pueda omitirse al ser imprecisa, bastando la nominación de “Equipo Técnico”. Podemos observar en este caso cómo puede repetirse la historia de una identidad profesional atribuida por un otro, desde disciplinas jurídicas, desconocedoras de lo que el perito, como profesional de lo biopsicosocial, puede aportar dentro del proceso penal; lo que también nos obliga a los profesionales no abogados a adoptar un mayor protagonismo, aportando propuestas concretas para los diseños de nuestras plantas y de nuestras incumbencias.

6 - No se profundizará sobre las intervenciones con los “menores víctimas”, dado el carácter transitorio de las mismas.

7 - Me refiero al viejo Decreto Ley 10.067, sancionado en época de la dictadura militar, acorde con

la mirada tutelar, de patronato.

8 - Bourdieu, Pierre, *Teoría de los campos*, Siglo Veintiuno, Bs As, 2005.

9 - Más allá de las actitudes tomadas por cada profesional, resulta un tanto doloroso escuchar de parte de algunos que critican el viejo paradigma, cómo responsabilizan a los equipos técnicos de haber sido los culpables de sostener el viejo esquema de patronato cuando en realidad existió un decreto ley, no escrito por nosotros, y toda una dinámica institucional que nos colocó en ese lugar de poder.

10 - Como bien describen Guido y Domenech (2003), esta escuela positiva en el pensamiento penal, fundada por el médico italiano Cesar Lombroso por los años 1876/1880, surgió de la necesidad de implementar una mayor defensa social frente al aumento de la tasa de criminalidad en la sociedad. Surgió así el concepto del “criminal nato”, criminal que podía ser detectado a través de sus rasgos físicos y del estudio de su personalidad.

11 - Más adelante profundizaremos este eje responsabilizador del fuero, si vale recordar que en caso de detectar la existencia de derechos vulnerados en el joven, lo pertinente será ahora realizar una derivación asistida al órgano de aplicación local del Poder Ejecutivo.

12 - Boeri, Cecilia; “La pericia en el proceso penal” en *Importancia de las pericias en los procesos judiciales*, APAPBA, Mar del Plata, 2007.

13 - Encuadrar no quiere decir limitar una práctica, sino más bien implica redireccionarla en función del nuevo marco penal. Retomaremos esta afirmación más adelante.

14 - Sal Llargués, Benjamín; “Prueba pericial”, en *Importancia de las pericias en los procesos judiciales*, APAPBA, 2007; pág. 19.

15 - Meza, Miguel; “El informe social” en *Las técnicas de actuación profesional del Trabajo Social*, Espacio Editorial, Bs. As., 2006, pág. 77.

16 - Castoriadis, Cornelius, *La institución imaginaria de la sociedad*, Tusquest, Barcelona, 1983.

17 - Kessler, Gabriel, *Sociología del delito amateur*, Editorial Paidós, Bs. As., 2006. Anexo.

a. Proviene de los Estados Unidos, Escuela de Chicago; años 1930. Explican el delito mediante la adquisición de un sistema de valores que lo potencia. Principio de aprendizaje y de asociación diferencial. “Es la mala junta, lo mejor es que se vaya del barrio”. Trabajan cuestión del hábitat, ya que en el espacio urbano moderno aparecen lugares que no pertenecen a nadie y pueden significar la aparición del delito (subterráneos, hacinamiento), relación entre urbanización y delito, que fue cuestionada.

b. Hirschi 1969. De corte funcionalista. Estiman que cualquier persona, en cualquier momento, puede delinquir. El cometer delito, la desviación, es lo normal. Control social externo para un control social interno. Concepto de bajo autocontrol para explicar la delincuencia. “Alta impulsividad, cierta insensibilidad sobre los daños causados”. Problema en la socialización, habla de la necesidad de un mayor control parental.

c. Funcionalismo. Merton. El individuo es atravesado por una tensión, y una forma de resolverla es mediante el delito. Tensión entre objetivos considerados legítimos por una sociedad y los medios para alcanzarlos. Innovación: cuando un individuo ha internalizado los objetivos legítimos pero no los medios (¿qué pasa en una sociedad que considera a la riqueza como el objetivo socialmente más valioso?). El sentimiento de injusticia genera malestar grande y puede ser fuente de conductas conflictivas.

d. Interaccionalismo simbólico. Becker (1963) gira la mirada del sujeto para ponerla en la sociedad. Instala una dimensión más general, política, de dominación. Afirma que si existe un sujeto desviado, es porque hubo una imposición previa de un grupo de personas de ciertas reglas como normales. Las personas son etiquetadas como desviadas por otras personas que conforman y atribuyen esa identidad.

e. Base para las políticas de tipo represivas. Estados Unidos 1970. Surge en respuesta a un aparente fracaso de las políticas progresistas de guerra contra la pobreza. Retoma ideas clásicas de la criminología.

Plantea que el sujeto realiza un cálculo costo beneficio antes de emprender una acción. Un aumento de las consecuencias negativas del delito, (posibilidad de ser aprehendido, severidad de las penas), será la base de la disuasión que los frene. Murray y Cox, políticas de disuasión, endurecimiento de las penas. Desde la psicología Wilson y Herrnstein (1985) conciben al delito como elección racional; proponen agilizar la acción de la ley, para que el sujeto observe que los beneficios del no crimen son más evidentes.

f. 1980, otra teoría conservadora que no atiende a las variables estructurales. Delito ligado a la idiosincrasia, pautas culturales propias; a una clase desfavorecida: “los pobres, en general negros, que presentan comportamientos criminales desviados, o tan solo no propios de la clase media”; criticada y superada por Sullivan.

g. Explicaciones multicausales que combinan disciplinas económicas, sociales, psicológicas y a veces hasta médicas. Trabajan sobre las trayectorias del sujeto, mostrando que no todo joven que delinque iniciará después una carrera delictiva. Dos corrientes: una psicológica que presupone la existencia de factores de riesgo como ser la menor inteligencia, impulsividad, poco control parental, u otras conductas consideradas como desviadas como ser el alcoholismo, la violencia doméstica, etc. La segunda corriente tiene que ver con el enfoque de ciclo de vida. Este enfoque combate la idea de una personalidad inmutable y atiende a las influencias sobre el sujeto, las cuales irán cambiando, existen “puntos de inflexión”. Estudios reflejan un ingreso a las acciones delictivas a los 17 años y un promedio de desistencia a los 23 años. (Farrington, en Cambridge, Inglaterra, 1992).

18 - Puebla, María Daniela, *Democracia y Justicia Penal Juvenil*, Ed. Fundación UNSJ, San Juan, 2005.

19 - Robles, Claudio; “La pericia social: ¿derecho ciudadano o disciplinamiento vigilante?” en *Importancia de las Pericias en los Procesos Judiciales*, APAPBA, Mar del Plata, 2007.

20 - Puebla, María Daniela; *Democracia y Justicia Penal Juvenil*, Ed. Fundación UNSJ, San Juan, 2005, págs. 24 y 25.

21 - Baratta, Alessandro, “Resocialización o control social”, ficha de Trabajo Social, Bs As, 1990.

22 - Eroles, Carlos, *Familia y Trabajo Social*, Espacio Editorial, Bs. As., 2001.

23 - Cazzaniga, Susana, “El abordaje desde la singularidad”, Revista Desde el Fondo, cuadernillo 22, La Plata, 1997.

24 - Robles, Claudio, ob. cit.

25 - Vale consignar que dentro de las propuestas de intervención, también se contempla la sugerencia de convocar a otros actores, tanto del Poder Ejecutivo como de la comunidad, para que se sumen al proceso interventivo.

26 - Zega, Silvia; “La labor pericial”; ficha interna distribuida, 2009.

27 - Palomba, Federico, *El sistema del nuevo proceso penal del menor*, EUDEBA, Bs As, 2004, pág. 48.

28 - Palomba, ob. cit, pág. 76.

29 - Kessler, ob. cit, pág. 92.

30 - Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

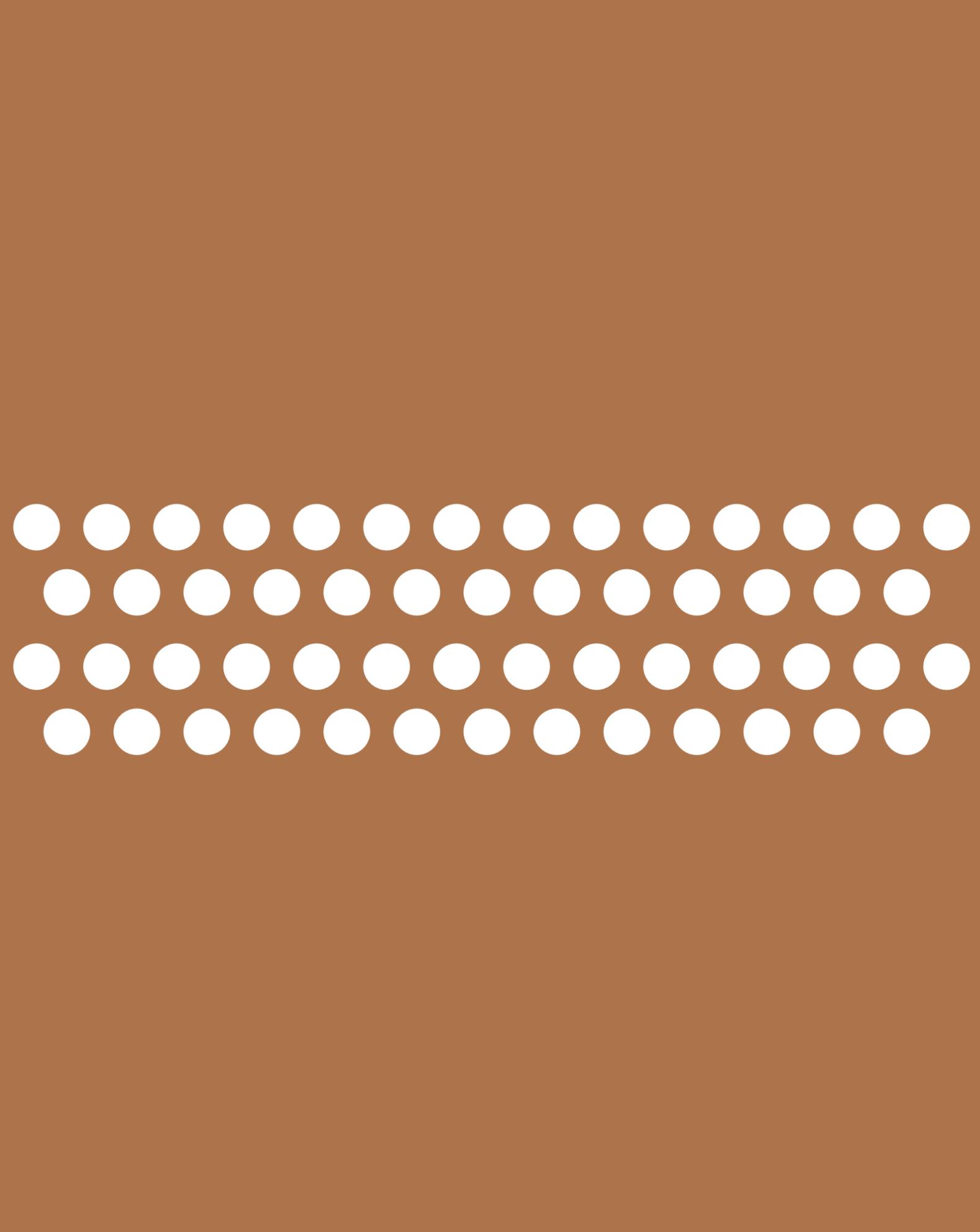
31 - Vid “Responsabilità: definizioni e applicazioni nel campo della giustizia minorile” en Funes, Jaime y González, Carlos, “Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria”, Revista El Reformativo, año 1, n.º 2, 1993, Bs. As. pág. 33.

32 - Zehr, Howard, “El pequeño libro de la justicia restaurativa”, Ed. Good-books, USA, 2007, en Eiras Nordenstahl; Christian, “La mediación en la Justicia Penal Juvenil”, ficha distribuida, 2008.

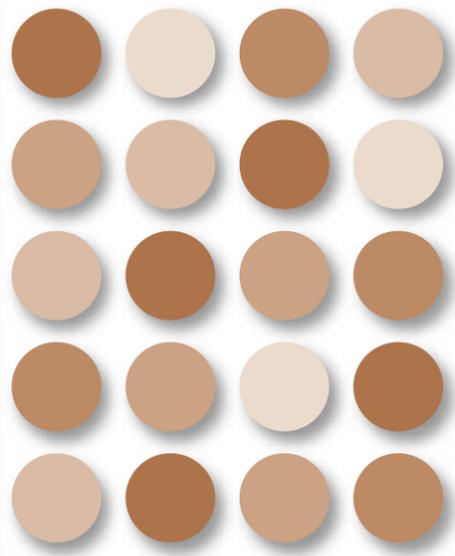
33 - Eiras Nordenstahl, ob. cit.

34 - Bustelo (1999), en Puebla, op cit, pág. 26.

35 - Morin, Edgar, “El conocimiento complejo”, ficha de cátedra de Trabajo Social, 2006.



Anexo
Jurisprudencia



Síntesis jurisprudencial sobre derechos de niños y adolescentes (fuero de familia) de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales inferiores de la Provincia de Buenos Aires

Marisa Herrera

Marisa Herrera

Doctora en Derecho, UBA. Investigadora del CONICET. Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, UBA. Docente UBA y UP.

1 • Interés superior del niño

1.1 El interés superior del niño (artículos 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) constituye el paradigma que orienta la legislación en materia de menores. (conf. SCBA, Ac. 91561, sent. del 20/8/2004; SCBA, C 94225, sent. del 14/11/2007).

1.2 El criterio para definir el principio del interés superior del niño radica en la valoración de las circunstancias particulares y concretas del caso *sub examine*. (conf. SCBA, Ac. 83199, sent. del 6/4/2005; SCBA, C 94225, sent. del 14/11/2007).

1.3 El interés tutelado del menor es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y para la protección de la persona y los bienes de un menor dado y entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, el que excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso. Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad; lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente. (conf. SCBA, AC 73814, Dr. Pettigiani MI, sent. del 27/09/2000 en DJBA 159, 193; SCBA, Ac. 78013, sent. del 2/4/2003 en DJBA 165, 125SCBA, C 94225, Dr. Pettigiani OP, sent. del 14/11/2007).

1.4 Es menester recordar que el interés superior del niño (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 11 de la provincial; y 3 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) debe ser apreciado en todos los tramos del proceso, aun en la instancia extraordinaria. (conf. SCBA, Ac 99273, Dr. Pettigiani OP, resol. del 15/11/2006).

1.5 La atención primordial del interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse tanto en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses como en un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Este principio proporciona así un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del menor con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño. (conf. SCBA, C 87970, Dr. Genoud OP, sent. del 5/12/2007).

1.6 La Corte Suprema de la Nación *in re* “Quintana” sostuvo que la omisión del *a quo* de conferir intervención al ministerio pupilar para que ejerza la representación necesaria de la hija menor –beneficiaria de la pensión derivada de la muerte de su padre– afecta la finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, la cual ha sido objeto de consideración en tratados internacionales de jerarquía constitucional, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el compromiso de los Estados parte de dar al menor oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. (conf. SCBA, L 83196, Dr. Genoud OP, sent. del 13/2/2008).

1.7 El interés superior del niño 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 derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, de sus propios padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. (conf. SCBA, C 101776, sent. del 26/12/2007).

1.8 La jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, junto a la consideración primordial del interés del menor, deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible –entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales–, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces. (Ac. 56.535, sent. del 16/3/1999; Ac. 84.418, sent. del 19/6/2002).

1.9 Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable –como ocurre en el caso– los que pudieren invocar los mayores, y el proceso de emplazamiento filiatorio de los menores despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (artículo 75 inciso 22) (del voto del Dr. Pettigiani). (SCBA, 27/8/2008, F, S. B. c. G., G. D., LLBA 2008, noviembre, 1074).

2 • Derecho de acceso a la justicia de niños y adolescentes

2.1 El niño tiene derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación jurídica, de modo que ante un conflicto como ocurre en la especie, el interés moral y material de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación que implique de manera alguna conculcar el acceso a la jurisdicción por parte de aquellos, toda vez que éste es un deber que el Estado debe garantizar a través de sus órganos competentes. (conf. SCBA, C 99411, sent. del 13/2/2008).

3 • Derecho a ser oído

3.1 Al decidir respecto de la tenencia y régimen de visitas de un menor, no puede prescindirse de recabar la opinión que tenía el niño respecto de cómo podría distribuirse su tiempo disponible para mantener un contacto provechoso con ambos padres. Opinión que debe ser pasada por el rasero que implican la edad y madurez del niño, para lo cual es imprescindible que el juez analice cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, y las pondere mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, y particularmente con la índole del derecho en juego. (conf. SCBA, AC 78728, Dr. Pettigiani OP, sent. del 2/5/2002 en LL 2003 A, 425 con nota de L.P. Ferraro; SCBA, C 92267, Dr. Pettigiani OP, sent. del 31/10/2007).

3.2 La consideración especial que merecen los niños en cualquier procedimiento donde se pongan en juego sus intereses provocó un cambio respecto a la percepción de sus opiniones, entre otros, por parte de los magistrados encargados de decidir cuestiones referentes a tenencia y régimen de visitas.

La participación del hijo en la decisión sobre su tenencia, con las diversas formas que aquélla pueda adoptar según la edad del menor, asegura el respeto a su persona y su condición protagónica. El interés del hijo, principio rector para otorgar la guarda, se determina considerando las necesidades de las cuales se puede tener conocimiento –entre otros elementos– tomando contacto con aquel, o sea escuchándolo. La comunicación con el menor puede concretarse de diversas maneras de acuerdo a su evolución y grado de madurez; este último dato determinará la gravitación de la voluntad del hijo sobre la resolución judicial.

Escuchar al menor no significa que haya que aceptar incondicionalmente el deseo del niño si ello puede resultar perjudicial para su formación. (conf. SCBA, C 92267, sent. del 31/10/2007).

3.3 Si bien la opinión de los menores carece de efectos vinculantes, debe igual ser apreciada en el contexto que ofrece la causa. (conf. SCBA, C 87970, sent. del 5/12/2007).

3.4 “... Señala el art. 24 de la ley 26.061 que ‘las niñas, niños y adolescentes tienen derecho: 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’”.

Por otra parte, este derecho a opinar y ser oído se acompaña con las “garantías en los procedimientos judiciales o administrativos”, donde se visualiza la importancia de la opinión al momento de arribar a una decisión que los afecte, como asimismo la importancia que implica su participación (ver artículo 27).

Finalmente remarcaré que el artículo 3 de la Ley 13.634 enriquece desde la perspectiva del niño su derecho a ser oído en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afec-

ten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. El artículo en cuestión finaliza de forma tajante: “*El Juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho*” (del voto del Dr. Castellanos). (Cam. Civ. y Com., Sala I, “G.E.M /ART. 276 C.C”, Causa: 55168, 02/10/2007 en Revista Intradisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2008- II, Lexis Nexis, comentado por Pablo Jantus, pág. 101 y ss).

4 • Relación entre padres e hijos

4.1. Cuestiones de tenencia o custodia de los hijos

4.1.A Es más apto para ejercer la custodia aquel padre que favorece en mejor medida el interés superior del niño.

Una pauta fundamental para la atribución de la tenencia es aquella que indica que debe preferirse a quien asegure mejor relación de los hijos con el otro progenitor.

El *statu quo* es una de las circunstancias más importantes a sopesar en estas cuestiones, ya que se parte de la base de que debe evitarse todo cambio si no existen graves perjuicios o poderosas razones que lo justifiquen, pues en lo posible se debe tratar de no alterar las condiciones de hecho en las que vive el menor. En otras palabras, debe evitarse cualquier cambio en el régimen de vida de los menores, en procura de la estabilidad necesaria para la formación equilibrada de la personalidad, salvo razones graves que lo motiven. (conf. SCBA, C 92267, sent. del 31/10/2007).

4.1.B Si bien es cierto que la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 9, apartado 1 que los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, la propia norma se encarga de establecer la excepción para el supuesto en que la separación deba determinarse en el interés superior del menor “... *por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres...*”. (conf. SCBA, C 94225, sent. del 14/11/2007).

4.1.C No se trata de que el Estado, a través de la actuación judicial, se inmiscuya en la esfera íntima del individuo, pues en relación con el cuidado y educación de los niños, los padres son los primeros encargados de defender los intereses de sus hijos, ya que se considera que están mejor ubicados para garantizar su salud psicofísica y para saber qué es lo que más los beneficia (artículo 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño); sin embargo esta discrecionalidad de medios siempre encuentra un límite cuando el interés del menor aparece afectado.

Si el nuevo paradigma en las organizaciones familiares es construir nuevos ciudadanos, “*respetar los derechos del niño no implica ir en detrimento de los padres, existiendo un equilibrio entre su libertad educativa y representación, con la posibilidad de ejercer sus derechos de acuerdo con su edad. Se trata de una educación hacia la responsabilidad. Dentro de un grupo familiar cada miembro debe saber respetar los derechos de los demás. La familia no puede defender su estabilidad sobre la base de la degradación de sus integrantes. Debe lograrse una mayor integración, fomentándose la participación y solidaridad de cada miembro del grupo familiar de acuerdo con su rol*”.

Los padres deberán procurar la realización del principio de corresponsabilidad en

el ejercicio de la autoridad, ante el esquema de organización familiar surgido después del divorcio (artículos 3, 5, 9, 18.1 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; artículos 14 bis, 16, 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional; artículo 36 de la Constitución de la Provincia; artículo 7 de la Ley 26.061). (conf. SCBA, C 87970, sent. del 5/12/2007).

4.1.D. La opción por la tenencia compartida implica, ni más ni menos, recordarle a los padres que, a pesar de la ruptura conyugal, deben cumplir con el objetivo de educación y formación de los vástagos, colaborando para lograr lo que ambos dicen: lo mejor para sus hijos. No puede haber nada mejor para los menores que sus padres pensando en lo más beneficioso para su desarrollo.

Conceder la custodia compartida no significa igualdad matemática de tiempo con cada uno de los padres. Su principal objetivo es implicar e incluir a ambos instando a su colaboración en las principales actividades de los menores, sin desmerecer al otro. (conf. SCBA, C 87970, Dr. Genoud OP, sent. del 5/12/2007).

Tenencia compartida implica reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales, sus responsabilidades y deberes. (conf. SCBA, C 87970, Dr. Pettigiani OP, sent. del 5/12/2007).

4.1.E La representación que ejercen los padres sobre sus hijos menores es legal, necesaria y universal (artículos 57 inciso 1 y 274, Código Civil).

No es afectada la legitimación por la circunstancia de que los padres hubieran otorgado poder para juicio sin especificar que actuarán en interés de su hijo menor. (conf. SCBA, C 93697, sent. del 20/2/2008).

4.2. Restitución internacional de menores

4.2.A Corresponde revocar la sentencia que ordenó la restitución internacional a un padre residente en España de los menores que permanecieron en nuestro país con su madre excediendo la autorización otorgada por aquél para viajar por el período de vacaciones si, al momento del traslado la progenitora era la titular de la custodia de los menores, pues no medió en el caso una retención ilegítima en tanto el cambio de residencia de éstos importó el ejercicio de una prerrogativa propia de quien goza de la guarda jurídica de los niños.

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 artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por la Ley 23.857. (Del voto del Dr. Hitters).

Resulta procedente la restitución internacional solicitada por un padre residente en España respecto de sus hijos menores que permanecieron en nuestro país con su madre excediendo la autorización otorgada por aquél para viajar por el período de vacaciones toda vez que, luego de la ruptura matrimonial ambos progenitores habían convenido un ejercicio compartido de la patria potestad y dicha circunstancia permite afirmar que la madre no tenía facultades para revocar unilateralmente el permiso

para vacacionar concedido por el padre en un cambio definitivo de residencia que excluye, tanto a sus hijos como al padre, mantener un contacto fluido. (Del voto en disidencia del Dr. Genoud).

El centro de vida del menor al cual alude el artículo 3 inciso f de la Ley 26.061 no puede adquirirse tras un traslado ilícito, sea por parte del padre que lo efectúa o cuando es el mismo padre junto al menor el que es trasladado ilícitamente de un país a otro. (Del voto en disidencia del Dr. Genoud).

El derecho del menor a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no implica que haya que aceptar incondicionalmente el deseo del niño si ello puede resultar perjudicial para su formación. (Del voto en disidencia del Dr. Genoud) (SCBA, 4/2/2009, B., S. M. c. P., V.A.; LLBA 2009, marzo, 163).

4.2.B Cabe admitir el exhorto librado por el juez uruguayo en cuanto dispuso que la menor trasladada ilícitamente a la República Argentina por su madre debía ser restituida a la República de Uruguay, donde tenía su residencia habitual, pues el deseo de la niña de quedarse en el estado donde había sido llevada por su madre no encuadra en un supuesto de riesgo grave en los términos del artículo 11 inciso b de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989, por tanto su voluntad petitoria no es vinculante para el juez.

Es improcedente el pedido de nulidad de lo actuado en jurisdicción argentina articulado por quien fue obligada, por el juez uruguayo exhortante, a restituir a su hija a la República de Uruguay donde tenía su residencial habitual, pues las normas nacionales y supranacionales vigentes no imponen el requisito de la audiencia previa del menor por ante el juez exhortante tal como lo postula la peticionante de la nulidad. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II; 13/9/2006; R., H.S.; LLBA 2006, 1346)

5 • Medidas excepcionales. Relación entre los Servicios de Protección (organismos administrativos especializados) y Sistema Judicial

5.1 “... con la puesta en vigencia de la ley 13.298 y sus modif. ha cambiado sustancialmente el modo de intervención jurisdiccional en la Provincia con respecto a la promoción y protección integral de los derechos de los niños, erigiendo como norte su contención en el núcleo familiar (art. 3) y ello a través del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños...”.

“... las medidas de protección de los derechos de la niñez han de ser en principio dispuestas (art. 32) por los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos, con los recaudos que prevé el art. 33 y ss., en particular en lo que respecta a la extrema medida que prevé el art. 35 inc. h)”.

“... se impone, de modo inmediato (art. 3 del C. Civil), la aplicación de la misma en la presente causa lo que trae como consecuencia, en el caso concreto, la revocación de la medida dispuesta (art. 163, inc. 6to. 2do. párr. del CPC) y que por la instancia de origen se dé intervención al Servicio Local del modo previsto en el art 96 de ley 13.634, reconduciendo de ese modo la protección de los derechos y garantías aquí en juego, y con conocimiento del Sr. Asesor de Incapaces”. (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Necochea, 17/10/2008; “A., L. s/Art. 10 inc. b de la Ley 10.067”).

5.2 En la primera instancia, el juez dicta sentencia declarando ilegal la medida de abrigo dispuesta por el Servicio provincial de protección de los derechos del niño, por entender que no había existido el consenso que la norma provincial establece como recaudo ineludible para llevar adelante esa disposición, respecto del niño de tres años víctima de violencia familiar, y que éste no había sido asistido por adultos responsables en la audiencia en sede administrativa ni tampoco por el asesor de menores departamental.

El asesor de menores sostiene que la situación del niño impidió de manera justificada la búsqueda de consenso, puesto que el mismo sólo podría obtenerse respecto de los victimarios, quienes, en tanto tales, no aceptarían intervenciones del tipo que se cuestiona, y que dada la emergencia y la excepcionalidad de tomar la medida, donde además se trabajó cuidando al niño y procurando superar los obstáculos en el grupo familiar, considera que en el caso se cumplió con el espíritu de la ley y también con el de la Convención de los Derechos del Niño.

“Conforme regula la ley 13.298 y su decreto reglamentario, la medida de abrigo requiere para su implementación la conformidad de los responsables a cargo del menor (arts. 33, 38 ley 13.298; 18.1, 35.3 Dec. Reg. 300/05). Ello guarda lógica con la sede en la que tales cuestiones son dirimidas y con el posterior control por el poder judicial. La urgencia—propia de estas cuestiones— no puede considerarse una herramienta que autorice al poder administrador a disponer de la suerte de los niños de esta provincia”.

“La convalidación posterior por el Sr. Asesor de Menores no purga la ilegalidad del acto — en el caso por falta de consenso— puesto que dentro del sistema organizado por la normativa vigente, el control reposa en el magistrado, quien evalúa la correspondencia del acto con la ley aplicable (art. 35 inc. h ley 13.298 mod. Ley 13.634)”.

“... la llamada ley de violencia familiar, calificada por la doctrina como un proceso urgente (ver Graciela Medina ‘Violencia familiar en la provincia de Buenos Aires’ RDF 2003-24-83), prevé para estos casos una batería de acciones que bien podrían haber sido dispuestas para lograr el mismo efecto, sin vulnerar las disposiciones vigentes (ver por ejemplo art. 7 inc. f que permite otorgar una guarda como la solicitada por el Asesor ante la instancia de grado (...)). (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Necochea, 23/9/2008, El Dial del 12/12/2008).

5.3 En 1ra Instancia se hizo lugar al hábeas corpus, peticionado por la asesora de menores ante el supuesto de una niña internada en el Hospital Sbarra, considerando que esto constituye una medida de abrigo. Apela el Director Provincial de Protección de Derechos del Ministerio de Desarrollo Humano al considerar la incompatibilidad entre el procedimiento de hábeas corpus para cuestionar una medida de protección adoptada por el Servicio Zonal de La Plata. La asesora de menores argumenta que la internación es una medida de abrigo que no tuvo control de legalidad dentro de las 24 hs y “que el consentimiento de la progenitora para la internación de la criatura recién nacida no es válido por el momento en que se produjo, bajo los efectos del estado puerperal, como también por la evidente existencia de intereses contrapuestos entre la madre y su hija, ya que la primera decidió darla en adopción, por cuya razón se debió dar inmediata intervención al Ministerio Pupilar”.

“En supuestos como el presente, en que los progenitores pretenden entregar a sus hijos con fines de adopción, la autoridad administrativa, a mi juicio, carece de facultades para asumir su

tratamiento autónomo”.

“En los casos en que se manifiesten por parte de los padres la decisión de entregar al niño, se plantea un conflicto de intereses contrapuestos entre éste y aquéllos, por lo cual no parece adecuado hablar del ejercicio legítimo de la patria potestad y se acentúa la necesidad de aplicación, tanto de la comentada norma del inciso h, cuanto el imperativo legal del art. 59 del CC...”.

“El control de legalidad que corresponde a la autoridad judicial (...) debe ser interpretado en el sentido que la libertad del menor cuenta con todas las garantías con que la preceptiva vigente ha tratado de tutelar sus derechos, y la interpretación de las disposiciones legales, cuando se dispone su privación, no puede quedar librada al órgano administrativo de aplicación, quien podría a su arbitrio considerar cuándo ha de cumplir con las mismas y cuándo negar su deber de observarlas por entender que se da en los hechos un caso no reglado en forma expresa”. (2da Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de La Plata, Sala 2, 27/10/2007).

6 • Derechos sociales. Exigibilidad. Amparo

6.1 La Sala IV de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del departamento judicial de La Plata, con fecha 21/11/2006, decidió promover el presente conflicto de poderes contra el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ante el resultado infructuoso de las gestiones tendientes a que el señor J. G. B. G. – que se encontraba alojado en la Unidad Carcelaria n.º 10 de Melchor Romero– fuera trasladado al Hospital Neuropsiquiátrico Alejandro Korn. El Tribunal de Familia n.º 1 de San Martín habría intentado en varias oportunidades el ingreso en el Korn, pero fue rechazado por falta de plazas.

En el voto en minoría se entiende que no hay conflicto de poderes y “si bien es cierto que no se ha dado cumplimiento a la manda judicial, pareciera que la conducta de la autoridad administrativa (...) los órganos jurisdiccionales intervinientes cuentan con la potestad de disponer de la fuerza pública necesaria para el cumplimiento de sus decisiones”; agregándose que “queda en evidencia el incumplimiento estatal respecto de sus obligaciones de respetar y hacer respetar–garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad del derecho a la salud comprometido en el caso” y que “podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado Argentino, debe ser inmediatamente superado”. (Del voto del Dr. Hitters).

La mayoría considera que sí hay un conflicto de poderes. Al respecto, afirma de Lázari: “Advierto claramente la existencia de avasallamiento o desconocimiento de la competencia propia del Poder Judicial, configurando el conflicto. Así se desprende de las constancias de autos: el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 1 del Departamento Judicial de San Martín ordenó el traslado del señor J. G. B. G. a un centro de salud para que reciba un tratamiento adecuado. Tal disposición no fue acatada por el Poder Ejecutivo, aduciendo la excedencia de pacientes internados”.

Que “obligar por la fuerza pública la internación a pesar de que expresamente se indica la imposibilidad de materializarla revela inaceptable quebrantamiento lógico. Lo que es, es. Bueno o malo, es. Si el instituto no tiene más capacidad, no la tiene aunque de viva fuerza se introduzcan nuevos pacientes. Y si en todo caso, sobre esa base coercitiva y bajo la amenaza penal consecuente el enfermo es incorporado de todas maneras, el resultado será ficticio, la necesidad continuará insatisfecha y el problema no habrá sido resuelto. Porque el interesado quedará alojado en algún nosocomio, en una suerte de inhumano depósito, mas no para recibir una atención de su salud en condiciones dignas. Por el contrario, esta posibilidad extrema de derivación a un

establecimiento asistencial superpoblado imposibilita un cuidado psiquiátrico eficiente, acorde con los principios consagrados en las Constituciones -nacional y local- y en los Tratados de Derechos Humanos”. (Del voto del Dr. de Lázari).

Que “analizar si a pesar de que el Poder Judicial disponía de otras alternativas para hacer viable la ejecución de su resolución, esto es, usar la fuerza pública o constreñir a los funcionarios a través de la denuncia prevista en el art. 287 inciso primero del Código Procesal Penal, ello hubiera bastado para solucionar el desacuerdo. Aunque la respuesta no es sencilla, es menester tener en cuenta que, en el caso, las constancias de autos evidencian que la incorporación al hospital traerá una detracción inapropiada del servicio prestado, que no solo perjudicaría al destinatario de esta medida, sino al resto de los pacientes”. (Del voto del Dr. de Lázari).

Que “ha llegado la hora de abandonar el tradicional criterio de esta Suprema Corte conforme al cual no se entendía configurado el conflicto cuando se trataba de cuestionamientos sobre el cumplimiento en la faz práctica de determinados actos. Es que la reiteración de puntuales circunstancias en las cuales los jueces ven imposibilitada su labor, en conjunción con la renovada función del Poder Judicial como garante del cumplimiento de lo dispuesto en las Constituciones y los Tratados, exigen en mi opinión un replanteo. Particularmente aquella función de garantía no puede ser resignada aún ante la invocación de dificultades de financiación”. (Del voto del Dr. de Lázari).

Por lo tanto, se estableció “disponer que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires asegure las medidas que en el ámbito de su actuación sean conducentes a los fines de lograr el cumplimiento efectivo y constitucional de la orden de internación dispuesta por el órgano jurisdiccional afectado. En su mérito, el señor B. G. ha de recibir un tratamiento digno, humano y profesional acorde con la condición especial de vulnerabilidad que padece, por estar afectado de discapacidad mental”. (SCBA, 18/2/2008, Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de La Plata c. Servicio Penitenciario Bonaerense, LLBA, 2009, marzo, 175).

6.2 En otro caso que ocupó a la justicia, el objeto de la acción de amparo era: obtener el cabal cumplimiento del ordenamiento jurídico (pactos internacionales de derechos humanos, la Convención de los Derechos del Niño, la Ley Nacional 26.061 y la Ley Provincial 13.298 con sus respectivos decretos reglamentarios) con relación a los niños y niñas que se encuentran en “situación de calle” y vulneración de sus derechos, viviendo desde hace doce meses en la Plaza San Martín de la ciudad de La Plata, como así también, de los demás niños y niñas que se encuentran en igual condición social, dentro de la ciudad de La Plata, por omisión de la administración provincial y municipal (Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires y el Municipio de La Plata) en el abordaje de la problemática y en la obligación de brindar, de un modo eficaz, una solución inclusiva a estos niños en un modelo de integración adecuado a los mismos y a su interés superior.

Con relación a la vía incoada se sostiene que “resulta de especial interés el análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño que en su preámbulo afirma que el niño por su inmadurez física y mental, ‘necesita protección y cuidados especiales’. Este preámbulo también reconoce que ‘en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, y que esos niños necesitan especial consideración’. Con ese fin, el Comité de los Derechos del Niño ha insistido constantemente en la necesidad de prestar especial atención a los niños pertenecientes a grupos desfavorecidos y vulnerables. Por otra parte el mencionado

Comité ha señalado que la aplicación de los principios generales de ‘no discriminación’ y ‘del interés superior del niño’, contenidos en los artículos 2 y 3 de la Convención, no puede estar condicionada a los recursos presupuestarios, puesto que en la práctica, la pobreza es claramente una de las principales causas de la discriminación. Si bien la Convención no profundizó en la definición de ‘interés superior del niño’ y el Comité todavía no ha propuesto criterios que permitan dilucidar en qué consiste este interés, en general ni en casos particulares, resulta claro que los Estados Partes no pueden subordinar el interés superior a sus prácticas culturales y utilizar dicha interpretación para negar los derechos que les son garantizados por la Convención”.

“Que los hechos invocados en autos resultan de extrema gravedad por lo que, su solución no puede quedar supeditada a la existencia de mayor debate y prueba (recaudo exigido pretorianamente por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata), toda vez que toda dilación en la implementación de los distintos engranajes que propone el nuevo régimen de la citada ley, implicaría desatender los más básicos deberes, no solo de la función jurisdiccional, sino de la condición humana que ostentan los involucrados en el presente proceso”.

“Que la vigencia de los derechos del niño requiere la intervención de las instituciones estatales en complementación con el esfuerzo de las organizaciones no gubernamentales, para promover y asegurar las condiciones de existencia dignas. Sabido es que la denominada ‘problemática de la minoridad’, en gran medida, es consecuencia de situaciones socioeconómicas y culturales inequitativas, y que la solución debe hallarse en la eliminación o mitigación de estos condicionamientos a través de programas estatales que garanticen y promuevan un real acceso a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo, a la remuneración, a la no discriminación y a la protección contra la violencia doméstica de los sectores menos favorecidos de la estructura social”.

“Peligro en la demora. Que el mismo se encuentra configurado en el caso de autos toda vez que, si no se adopta una medida de resguardo, los menores que actualmente se encuentran fuera de los programas y medidas seguirán expuestos a todo tipo de riesgos al encontrarse sin contención alguna ni recursos viviendo en la vía pública. Esta desprotección afecta no sólo el derecho a la vivienda digna sino fundamentalmente sus derechos a la vida, a la integridad psicofísica, a la salud, a la educación y a la inserción dentro de un grupo primario de contención, como es la familia u otro que lo reemplace, situación que indudablemente requiere de un pronto remedio, o dicho en términos constitucionales, una rápida ‘acción positiva’ que le asegure la vigencia de los derechos de los habitantes del sector, dentro de la garantía constitucional a una ‘tutela judicial continua y efectiva’ (arts. 15 Const. prov. y 22 ley 7166)”. (Juz. Cont. Adm. n.º 1, Dto. Jud. La Plata, 10/11/2008, “Asociación Civil Miguel Bru y otros c/ Ministerio de Desarrollo Soc. Pcia. Bs. As. y otro/a s/ Amparo).

7 • Intervención del Ministerio Público en el proceso civil

7.1 Si bien la falta de intervención del Ministerio de Incapaces en los asuntos judiciales en que los menores sean parte es causa de nulidad (artículos 59 y 494 del Código Civil), la misma es meramente relativa y, por lo tanto, susceptible de confirmación, aún tácita. (conf. SCBA, L 34351, sent. del 23/7/1985 en AyS 1985 II, 220; SCBA, L 64499, sent. del 5/7/2000 en TSS 2000-1074SCBA, L 70897, sent. del 28/3/2001; SCBA, L 78915, Dr. Pettigiani OP, sent. del 12/12/2007; SCBA, L 83196, sent. del 13/2/2008).

7.2 Si la renuncia de derechos es prohibida a los padres, conforme los artículos 297

y 298 del Código Civil, y tales actos son nulos y no producen efecto legal alguno conforme el artículo 299 de dicho cuerpo legal, la actividad del representante del menor que demanda o defiende en forma insuficiente al incapaz, debe ser completada y aún salvada o modificada por el asesor de menores.

El interés superior del niño (artículo 3 de la Ley 23.849) requiere para su observancia de todos los integrantes del Patronato de Menores y, en especial, de quien ha sido llamado por ley a ser el representante de aquél en defensa de su persona y bienes, parte esencial en todo proceso que lo involucre (artículos 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8 de la Ley 23.054; 12, 37 y 40 de la Ley 23.849; 59, 491, 492 y 494 y concs. del Código Civil; 4 de la Ley 10.903; 80 de la Ley 5.827 -t.o. dec. 3702/92-; 1, 2 inc. b, 3, 6, 40 y conc. De la Ley 10.067/83). (conf. SCBA, L 64499, sent. del 5/7/2000 en TSS 2000-1074SCBA, L 83196, Dr. Genoud OP, sent. del 13/2/2008).

7.3 Si bien la falta de intervención del Ministerio de Incapaces en los asuntos judiciales o extrajudiciales en que los menores sean parte es causa de nulidad (artículos 59 y 494 del C.C.), esa nulidad es meramente relativa y es por tanto susceptible de confirmación aún tácita. (conf. SCBA, L 70897, sent. del 28/3/2001; SCBA, L 78915, Dr. Pettigiani OP, sent. del 12/12/2007).

7.4 La institución del Ministerio Público, en su rol vinculado con la persecución penal, ha sido contemplada en la mayoría de las legislaciones como herramienta para la vigencia de la garantía de la imparcialidad del judicante (prevista en los artículos 18 de la CN; 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 37 inciso d y 40, inciso 2 apartado b.iii de la Convención sobre los Derechos del Niño; los citados instrumentos supranacionales son integrantes del cuerpo mismo de la Carta Magna, por remisión de su artículo 75 inciso 22).

En el Decreto Ley 10.067/83 el instituto del Ministerio Público se encuentra pergeñado en base a la figura del asesor de menores, que reúne el carácter de representante del menor y de la sociedad, rol caracterizado como “*sui generis*” según la habitual expresión secular instalada en el fuero de menores. Así, éste tendrá tanto la función relevante de control social institucionalizado como la de protección y tutela en representación de los intereses de la persona menor de edad, siendo parte obligada y necesaria (actividad ya atribuida por imperio del artículo 59 y conc. del Código Civil y la ley orgánica del Poder Judicial). (Del voto del Dr. Genoud). (conf. SCBA, P 77949, sent. del 16/3/2007).

7.5. Las funciones del asesor de menores, más que de representación legal propiamente dicha –que es ejercida por el representante necesario– son de asistencia y contralor, las cuales sin embargo no se agotan en una actuación conjunta con el representante legal del incapaz, toda vez que, en ciertas circunstancias cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, aquél será representante directo.

El artículo 59 del Código Civil le confiere al asesor de menores el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad. Tan amplios términos tienen su razón de ser en el interés público de ver protegidos la persona y el patrimonio de los menores.

En todo supuesto judicial donde la intervención del asesor de incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores, debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación, y con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada.

No obstante que en el fuero del trabajo la capacidad procesal es otorgada a los menores en función de su propia actividad laboral (artículos 128 del Código Civil; 33 de la L.C.T.; 23 de la Ley 11.653), cuando ello no es así, los mismos deben ser representados por sus regentes legales y por añadidura el asesor de menores, si antes de los 21 años actúan en juicios en los que se pretenden créditos como causahabientes de un trabajador fallecido por un infortunio laboral.

La falta de intervención del señor asesor de incapaces en la sustanciación del pedido de la declaración de la caducidad de la instancia, debe derivar en la nulidad de todo lo actuado a partir de entonces, en virtud de la existencia real de perjuicio en la defensa de los intereses de los menores. (conf. SCBA, L 83196, sent. del 13/2/2008).

La nulidad a que hace referencia el artículo 59 del Código Civil es relativa y puede ser convalidable por la ratificación expresa o tácita de los trámites cumplidos sin la presencia del representante del Ministerio Pupilar. Por tal motivo, su falta de intervención en determinadas instancias del proceso no provoca –de suyo– una nulidad de fondo en el procedimiento. (conf. SCBA, L 83196, Dr. Hitters MI, sent. del 13/2/2008).

La intervención pupilar, como se ha encargado de recordar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, supone para el asesor la posibilidad cierta de ejercer “acciones y recursos” en defensa de la persona y de los bienes de los menores antes del dictado del fallo, extremo que no se puede cumplir si el representante de los incapaces sólo tuvo oportunidad de acceder al expediente después de emitido el pronunciamiento del *a quo* que perjudica los intereses de sus representados. (conf. SCBA, L 83196, Dr. Soria OP, sent. del 13/2/2008).

Frente al pedido de declaración de caducidad formulado por mediar inactividad procesal de la representante legal de los menores, la no convocatoria a la asesora para que supliera la deficiente defensa de los intereses de los incapaces con carácter previo, torna nulo todo lo actuado a posteriori. Es evidente el perjuicio que tal omisión les causara a los representados, por privarlos de la posibilidad de acreditar los presupuestos esenciales de la acción intentada, patentizándose, consecuentemente, la violación de las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso legal ante la falta de intervención del Ministerio Pupilar. (conf. SCBA, L 83196, Dr. Soria OP, sent. del 13/2/2008).

7.6 “En el sub *judice* es ineludible la intervención de la Asesora de Incapaces toda vez que la acción fue instada por la señora M. F. S. en nombre y representación de sus hijos menores de edad E. y B. O. P. S. El juzgado hubo de advertir la necesidad de la intervención, mas este mandato judicial fue incumplido tanto por el propio juzgado cuanto por las partes”.

“La no actuación del Ministerio Pupilar es sancionada con la nulidad; esta nulidad es relativa y como tal saneable mediante la confirmación, sea expresa o tácita, ya que la finalidad que persigue la norma sustantiva es la de proveer a la buena defensa de los intereses del incapaz. (Belluscio, Augusto C., Código Civil y leyes complementarias, T. 1, pág. 303 y sgts., Ed. Astrea, Bs. Aires, 1978)”.

“La falta de intervención durante todo el proceso conlleva la existencia real de un perjuicio para la defensa de los intereses de los menores, así señala la Dra. Fabre en su presentación de modo puntual a las falencias probatorias en que incurrió el letrado patrocinante de los menores y aquellas en que incurriera la juez de causa”.

“La nulidad a que refiere el art. 59 del Cód. Civil es relativa y puede ser subsanada por la ratificación expresa o tácita de los trámites realizados sin la presencia del representante del Ministerio Pupilar, en el sub *examine* la Asesora de Incapaces solicita la declaración de nulidad de todos los actos cumplidos sin su intervención y más aún señala que no los ratifica expresa ni tácitamente, con una clara indicación de los perjuicios sufridos por los menores”.

“Conforman el déficit la defensa de los menores, tal como bien lo ha señalado la señora Asesora de Incapaces la ausencia en el expediente de las partidas de nacimiento de los menores y la de defunción de su progenitor; extremos estos que al encontrarse incumplidos viabilizaron el rechazo de la demanda por falta de personería y de legitimación para obrar en el accionante, excepciones estas articuladas por la accionada al contestar la demanda”.

“La presencia del Ministerio Pupilar en el proceso pudo haber subsanado esas omisiones probatorias y haber posibilitado al menos que la *iudex a quo* conociera del objeto de la demanda que ni siquiera ha sido visto en la instancia de origen, atento el fundamento del rechazo de la acción”.

“No tengo duda que los menores ante las irregularidades señaladas, que no sólo se han de atribuir al actuar del letrado patrocinante del representante legal sino también al juez de la causa, han sufrido perjuicios de tal índole que hicieron posible el rechazo de la acción promovida en su nombre como así que se han violado las garantías antes enunciadas ante la no intervención del Ministerio Pupilar. (CSJN, Fallo: 762-96182, LL., t. 1997 E)”.

“Compartido que sea lo dicho corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en la causa a partir de fs. 41 en adelante, etapa procesal oportuna para la intervención de la Asesoría de Incapaces tiempo en que correspondía darle traslado de la presentación (...)”.

(Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, 11/9/2007, “S., M. F. c/ Henríquez, Yaniez Noemí s/cumplimiento de contrato-cobro de pesos”, El Dial del 8/10/2007).

8 • Competencia

8.1 En razón de la edad (ámbito de aplicación subjetivo)

8.1 Conflicto en debate: si se extiende o cesa la intervención de la justicia para las personas menores de edad entre los 18 y 21 años de edad, en la cual se adquiere la mayoría de edad según el Código Civil.

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del departamento

judicial de Morón, en fecha 2/10/2007 y por mayoría, dispuso extender la intervención hasta que la persona alcance la mayoría de edad, fundado en:

a) que “la Ley 26.061, donde se establecen Principios, Derechos y Garantías, y un Sistema de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.- Ahora bien, dicho cuerpo normativo si bien dirigido a ‘niñas, niños y adolescentes’, no determina expresamente un límite de edad para su aplicación, pero de su contexto se advierte su particular enfoque a los niños, los que se entienden comprendidos entre 0 a 18 años, tal como lo define la Convención de los Derechos del Niño, a menos que la legislación interna del Estado parte reconozca la mayoría de edad con anterioridad (art. 1°).- Ahora bien, la reglamentación de la citada ley prevé que se deberá contemplar la ‘continuidad del acceso a las políticas y los programas vigentes de quienes se encuentren en la franja etaria de 18 a 20 años inclusive, a efectos de garantizar una adecuada transición del régimen establecido por ley 10.903 al actual sistema sancionado (cfme.: art. 2°, párrafo 2° del decreto 415/2006)” (Del voto del Dr. Russo);

b) que “la particular atención de aquellos menores comprendidos entre 0 a 18 años a través de la ratificación por nuestro Estado de la Convención Internacional del Niño y adecuación en el orden interno a través de su incorporación al texto constitucional y de la sanción de la ley 26.061, no significa que aquellos menores comprendidos entre 18 a 20 años deban quedar excluidos de la protección legal necesaria, máxime que nuestro derecho interno los considera aún como menores de edad (art. 126 del Código Civil), y sujetos a diferentes normas que hacen a su capacidad jurídica (arts. 128, 131, 134, 135 del Código Civil).- Téngase en cuenta que la Declaración Universal de Derechos Humanos al igual que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, son instrumentos que han proclamado los diferentes derechos inherentes a la persona por su condición de tal, procurando los Estados que las han suscripto la promoción, reconocimiento y efectividad de los mismos, en el área de sus jurisdicciones, sin que ello implique renunciamiento a otros derechos ya reconocidos con anterioridad por sus ordenamientos internos” (Del voto del Dr. Russo);

c) que “la ley 13.298 –texto según ley 13.634–, si bien expresa que está destinada a las personas desde su concepción hasta los 18 años expresamente (v.art. 2°), su reglamentación posterior por el Decreto 300/05, dispone con relación a la franja etaria de 18 a 20 años, que a fin de posibilitar la transición del decreto-ley 10.067/83 al actual Sistema de Protección, y fortalecer el acceso de los jóvenes a la mayoría de edad deberán los Ministerios y Subsecretarías respectivas – que integran la comisión creada por el artículo 23 de la ley 13.298–, contemplar su acceso prioritario a los programas vigentes, además de implementar en el ámbito de sus competencias, acciones y programas que les posibilite el pleno ejercicio de sus derechos.- Disposición que en análogos términos refiere la Resolución 171 (del 1/03/2007) del Ministerio de Desarrollo Humano Provincial, en su artículo 2°, párrafo 2°, de su Anexo II” (Del voto del Dr. Russo);

d) que “la franja etaria de jóvenes de 18 a 20 años, menores de edad conforme a nuestro derecho interno, son merecedores también de una protección jurisdiccional, no sólo por ser integrantes de una familia con especial amparo constitucional (conf.: art. 36 apartados 1° y 3° de la Constitución Provincial, art. 14 bis de la Carta Magna Nacional), sino por su propia individualidad como personas humanas dignas de alcanzar su pleno desarrollo y maduración psicofísica y moral, (arts. 2, 7, 8, 25 y cdtes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5, ap. 1°, 17 inc. 1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica –aprobado por ley 23.054–; art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –aprobado por Ley 23.313–) a través de una tutela judicial, continua y efectiva (art. 15 de la Constitución

Provincial)” (Del voto del Dr. Russo);

e) que “el mantenimiento de la tutela jurisdiccional al joven encuentra fundamento también en que la etapa adolescente no puede delimitarse en un momento cronológico exacto.- En efecto, existen grandes controversias y desacuerdos entre los autores de las disciplinas médicas (psicólogos, endocrinólogos, neurólogos) y sociales (sociólogos), entre otras, en punto a la determinación del momento de su finalización” (Del voto del Dr. Russo);

f) que “en todo su articulado la ley no contiene la limitación de los que hubieren cumplido la edad de 18 años. Es decir, interpreto claramente que la ley 13.298 –y demás complementarias– se han apartado de las previsiones de la ley nacional; téngase en cuenta además y a los efectos de valorar correctamente la luz protectora que persigue dicho ordenamiento, que su Decreto Reglamentario (415 del 2006) establece que los organismos administrativos nacionales, provinciales y locales deberán revisar las normativas que regulan y/o repercuten en el acceso y/o derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes adecuándolas a los postulados contenidos en la ley objeto de reglamentación” (Del voto del Dr. Castellanos).

La minoría, en el voto de la Dra. Ludueña, se expidió a favor del cese a partir de los 18 años de edad basándose en los siguientes argumentos:

a) que “al reafirmar la CDN el reconocimiento del niño como persona (art. 51 del Código Civil), se ha dicho con justa razón que es un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas. Rescata el principio de la igualdad que consagran con voz fuerte los artículos 16 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución Provincial, preceptos que no rigen únicamente para los adultos sino también para los niños ya que se trata de no establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias. Igualdad que consiste en aplicar a los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos”;

b) que “siempre que un derecho que emane de la Convención se dirija a una situación de la realidad en la que pueda operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso, el derecho debe ser aplicado, los tribunales judiciales pueden efectuarla, supliendo de esta manera la inacción de los otros poderes del Estado obligados por la Convención”;

c) que “cuando nuestro país sanciona la ley 23.849 aprobando en su primer artículo la Convención, se realizan tres declaraciones interpretativas que operan como reservas según lo dispone la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (art. 2.1 d, ley 19.895). Así se declara, que se entiende por niño ‘todo ser humano, desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad’ (art. 2, 2do. pár. ley 23.849); esta trascendente definición ha sido el eje fundamental en la protección de la vida prenatal”;

d) que “ampliamos a la concepción el comienzo de la existencia de las personas, para estar acorde a lo prescripto por el artículo 70 del Código Civil, pero nada se dijo en torno al fin de la etapa, para compatibilizarlo con los veintiún años de edad conforme también lo prescribe el art. 126 del mismo código. Y esa era la oportunidad y nada dijimos, por lo que ratificamos lo allí establecido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado en la Opinión Consultiva 17/2002, tantas veces citada en este voto, que ‘niño’ o ‘menor de edad’ es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de la ley” y por lo tanto, “que, no habiendo efectuado tal reserva –como sí lo hizo respecto al comienzo de la existencia–, no puede válidamente sostenerse que la CDN sea aplicable a los jóvenes de tal segmento de edad”; y

e) que “la ‘Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes’ (ley 26.061) que establece que la Convención Sobre los Derechos del Niño ‘es de aplicación obligatoria’ –innecesario establecerlo puesto que se trata de un texto suprallegal–, agrega ‘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’ (art. 2). A nivel provincial la ley ‘De la promoción y protección integral de los derechos de los niños’ (ley 13.298) establece que ‘quedan comprendidas en esta ley las personas desde su concepción hasta alcanzar los dieciocho años de edad, conforme lo determina la Convención Sobre los Derechos del Niño. Cuando se menciona a los niños quedan comprendidos, en todos los casos, las niñas, las adolescentes y los adolescentes’ (art. 2)” (Cam. Civ. y Com., Sala I, “G.E.M /ART. 276 C.C”, Causa: 55168, 2/10/2007 en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2008- II, Lexis Nexis, comentado por Pablo Jantus, p. 101 y ss).

8.2 En razón de la materia

8.2.A Tratándose de una causa asistencial cuyo objeto atañe a un menor que se fugó del internado a la provincia donde reside su madre, resulta competente el juez del domicilio legal del joven, es decir, el del representante designado como guardador de éste que se encuentra en pleno ejercicio de la patria potestad –en el caso, la madre– ello en virtud del artículo 12 inciso b del Decreto Ley 10.067/1983 de Buenos Aires (Adla, XLIV-A, 608) y conforme el principio constitucional de la tutela judicial efectiva.

El juez de la provincia en la cual el menor reside junto con su madre, quien tiene su guarda provisoria, es competente para entender en el proceso asistencial, pues de mantenerse la competencia del juez del internado del cual aquel se fugó, se adoptaría una medida ineficaz que incidiría negativamente en la estabilidad emocional del joven, en tanto éste mantiene una vida de relación en la provincia donde reside y se encuentra próximo a la mayoría de edad. (Del voto del Dr. de Lázzari).

En una causa de naturaleza asistencial de menores, en atención al artículo 12 inciso b del Decreto Ley 10.067/1983 de la Provincia de Buenos Aires (Adla, XLIV-A, 608), es competente para entender en la misma el juez del lugar de su domicilio o donde éste se encuentre en situación de peligro. (Del voto del Dr. Pettigiani).

Resulta competente el juez natural que entendió en una causa asistencial de un menor y no el de la provincia donde éste actualmente reside con su madre luego de haberse escapado del internado, pues dicha fuga no es un motivo para que el juez que previno deje de entender, sino más bien una razón para que lo siga haciendo, máxime cuando la madre ejerce una guarda provisoria sólo destinada a atender el riesgo del joven y no existe un conflicto de competencia entre los tribunales intervinientes. (Del voto en disidencia de los doctores Hitters, Genoud y Soria). (SCBA, 4/6/2008, G., I. N.; G., L. F. y G. G. M.; LLBA 2008, agosto, 737).

8.2.B Si bien esta Corte ha resuelto, con criterio general y con sustento en las disposiciones del Decreto Ley 10.067, que el juez que ha prevenido en el conocimiento de un menor, ya sea por motivos asistenciales o por hechos de naturaleza penal, deberá entender en toda nueva causa que se origine respecto al mismo, las particularísimas circunstancias del presente caso –varios menores involucrados y la existencia

de una causa asistencial respecto de uno de ellos que tramitó en Bahía Blanca– determinan que sea conveniente la radicación de todos los expedientes ante el Tribunal de Menores de La Plata, que al disponer la internación de otros menores (de la misma familia) en distintos hospitales de la zona, adoptando medidas de carácter tuitivo para el seguimiento de su evolución –lo que implicó el ejercicio pleno de su competencia–, excepcionan la aplicación de aquel criterio, arribando a una solución en función de los principios procesales de inmediatez, economía y celeridad que imperan como pautas de conveniencia en la resolución de los conflictos, más allá de la norma procesal aplicable. (conf. SCBA, Ac. 100105, resol. del 30/5/2007).

8.2.C El Decreto Ley 10.067, al establecer la competencia civil de los jueces de menores, lo ha hecho con carácter estricto no incluyendo, entre las previstas a la acción por tenencia (artículos 2 inciso a, 10, 11 y cc. del Decreto Ley 10.067), la cual es de competencia exclusiva de los Tribunales de Familia (artículo 827, inciso g, CPCC), pudiendo desplazarse la misma a jueces de distinto fuero únicamente cuando, por razones legales o de conexidad, así esté establecido (conf. artículo 828, Cód. cit.). (conf. SCBA, Ac. 88233, resol. del 18/6/2003; SCBA, Ac. 99210, resol. del 8/11/2006).

8.2.D Conforme lo dispuesto en el artículo 2 inciso a del Decreto Ley 10.067, el juez de menores tiene competencia exclusiva para decidir sobre la situación del menor en estado de abandono o peligro moral o material, debiendo adoptar todas las medidas tutelares para dispensarle amparo. Conteste con este enunciado, el artículo 10 de la misma ley describe a través de sus incisos distintas situaciones que quedan enmarcadas en el principio rector del artículo 2.

A los efectos de dirimir los conflictos de competencia, entre los tribunales de menores y los de familia, se entiende por riesgo la contingencia, probabilidad o proximidad de un daño. Es decir, que la nota de inmediatez e inevitabilidad de la ocurrencia del perjuicio es inherente a aquel concepto. Por ello habrá de acudir al actuar de los Tribunales de Menores cuando se patentiza que el menor está en una situación tal en la que su integridad esté amenazada directa y actualmente (artículos 2 inciso b y 10, Ley 10.067).

8.2.E No tratándose de menores bajo la tutela del fuero de excepción del Tribunal de Menores, debe replantearse la intervención cuando no se advierta esa situación de riesgo o peligro inminente, porque de no ser así se estaría distorsionando o sobredimensionando el alcance del concepto de riesgo y, paralelamente, ampliando indebidamente la competencia de ese fuero a supuestos para las que no fue concebida su intervención (artículo 2, Ley 10.067). (conf. SCBA, AC 89311, resol. del 22/10/2003; SCBA, Ac. 91748, resol. del 25/8/2004; SCBA, Ac. 94957, resol. del 1/6/2005; SCBA, Ac. 96334, resol. del 8/2/2006; SCBA, Ac. 99526, resol. del 7/2/2007; SCBA, Ac. 102981, resol. del 27/2/2008).

8.2.F La solicitud de guarda con fines de adopción es de competencia de los Tribunales de Familia de conformidad con lo establecido por el artículo 827 inciso h

y ñ del Código Procesal Civil y Comercial, si no se advierte respecto de la niña una situación de riesgo que determine la intervención del fuero de menores (artículos 2 inciso a y 10 inciso b, Decreto Ley 10.067). (conf. SCBA, Ac 91743, resol. del 22/12/2004; SCBA, Ac. 94957, resol. del 1/6/2005; SCBA, Ac. 99944, resol. del 28/2/2007).

8.2.G La solicitud de guarda judicial efectuada es de competencia de los Tribunales de Familia de conformidad con lo establecido por el artículo 827 inciso ñ del Código Procesal Civil y Comercial, pues no se advierte respecto del niño situación de riesgo que torne al litigio como propio del fuero de menores (artículos 2 inciso a y 10 inciso b, Decreto Ley 10.067). (conf. SCBA, Ac 96334, resol. del 8/2/2006).

8.2.H Esta Corte reiteradamente ha dicho que ejerciendo los Tribunales de Familia competencia exclusiva en la materia (artículo 827 inciso ñ, Código Procesal Civil y Comercial), la misma sólo puede desplazarse a jueces de distinto fuero cuando, por razones legales o de conexidad, así esté establecido. En el caso, la materia objeto de la pretensión ejercida –guarda– es ajena a la competencia que específicamente establece la ley para, entre otros, el Juzgado de Paz de Berazategui (artículo 61 párr. I, Ley 5.827). (conf. SCBA, Ac. 98831, resol. del 20/9/2006).

8.2.I Las causas referidas a la guarda de los menores se enmarcan en el supuesto contemplado en el artículo 827 inciso t del Código Procesal Civil y Comercial, texto según Decreto Ley 7.425/1968, el cual, hasta el 1 de diciembre de 2007, resulta competencia del actual fuero de la responsabilidad juvenil (conf. artículo 92, Ley 13.634). (conf. SCBA, Ac. 100517, resol. del 22/8/2007).

8.2.J De conformidad con lo normado por el artículo 89 de la Ley 13.634, las actuaciones iniciadas y tramitadas ante el Tribunal de Menores –que *ad initio* se consideró competente adoptando distintas medidas para el tratamiento de la situación denunciada–, deben concluir en el mismo tribunal. (conf. SCBA, Ac 100399, resol. del 22/8/2007; SCBA, Ac. 103320, resol. del 14/5/2008).

8.2.K Las actuaciones iniciadas ante el Tribunal de Menores referidas a la protección del mismo, enmarcan en el supuesto contemplado en el artículo 827 inciso t del Código Procesal Civil y Comercial –texto según Decreto Ley 7.425/68–, el cual hasta el 1 de diciembre de 2007 resulta competencia de fuero de menores (conf. art. 92, Ley 13.634). (conf. SCBA, Ac. 100399, resol. del 22/8/2007).

8.2.L La competencia exclusiva del nuevo fuero de familia respecto de las medidas adoptadas por los Servicios de Promoción y Protección de Derechos del Niño en cuanto a disponer su permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud (artículos 35 inciso h, Ley 13.298 –texto según Ley 13.634–, 16, 827 inciso v, CPCC –texto según Ley 13.634–) se encuentra diferida al 1 de diciembre de 2007 (artículo 92, Ley 13.634).

Durante la transición hasta que entre en vigencia la competencia exclusiva del

nuevo fuero de familia resultan competentes en la intervención contemplada en el artículo 35 inciso h de la Ley 13.298, los magistrados que integran el Fuero de la Responsabilidad Juvenil –jueces de la responsabilidad juvenil y jueces de garantías del joven– (conf. art. cit.). (conf. SCBA, Ac. 101809, resol. del 22/8/2007).

8.2.M Esta Corte ha resuelto que el juez que ha prevenido en el conocimiento de un menor, ya sea por motivos asistenciales o por hechos de naturaleza penal, deberá entender de toda nueva causa que se origine respecto al mismo, como así también en los hechos cometidos por otros menores en complicidad con el que tiene a su disposición (artículo 13, párrafo 3, Decreto Ley 10.067). Dada la particular situación del caso, en atención a la extensa sucesión de causas y pluralidad de coencausados, se ha operado una dualidad de actuaciones. En efecto, si bien es cierto que el juez del Tribunal de Morón previno respecto del imputado, también lo es que el magistrado de La Matanza había intervenido respecto de otro imputado –relacionado por conexidad subjetiva con aquel– en causa de data anterior. De lo dicho, se concluye que atento a la normativa vigente para el supuesto de marras, que establece la competencia del juez previniente, el mismo debe intervenir en la causa penal de origen respecto de los coimputados en ella, como así también en los autos acollarados en razón a la prevención y a la conexidad a que alude el tercer párrafo del citado artículo 13. (conf. SCBA, Ac. 93981, resol. del 26/10/2005; SCBA, Ac 99393, resol. del 11/4/2007).

8.2.N Siendo esta Suprema Corte el órgano encargado de decidir esta clase de cuestiones, puede declarar la competencia de los tribunales que realmente la tengan, ello aún cuando la contienda se haya trabado sin la intervención de éstos. (conf. SCBA, Ac. 94165, resol. del 2/11/2005; SCBA, Ac. 95969, resol. del 12/4/2006).

8.2.Ñ La gravedad y urgencia de la cuestión planteada –en la que se encuentran en juego los derechos superiores de uno o más niños– justifica la habilitación de la feria judicial (artículo 153 y su doct., CPCC; artículo 75 inciso 22, Constitución Nacional; artículos 11 y 36 inciso 2 de la Constitución provincial, en relación a los artículos 3.1 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño e instrumentos internacionales concordantes). Es doctrina de este Tribunal que, acorde lo dispuesto en el artículo 2 inciso a del Decreto Ley 10.067/83, el juez de menores tiene competencia exclusiva para decidir sobre la situación del menor en estado de abandono o peligro moral o material, debiendo adoptar todas las medidas tutelares para dispensarle amparo; y conteste con este enunciado, el artículo 10 de la misma ley describe a través de sus incisos distintas situaciones que quedan enmarcadas en el principio rector del artículo. También se ha expresado que se entiende por riesgo la contingencia, probabilidad o proximidad de un daño. Es decir que la nota de inmediatez e inevitabilidad de la ocurrencia del perjuicio es inherente a aquel concepto. Por ello habrá de acudir al actuar de los Tribunales de Menores cuando se patentiza que el menor está en una situación tal en la que su integridad esté amenazada directa y actualmente (artículos 2 inciso a y 10, Decreto Ley 10.067/83). Evidenciándose con toda claridad la mentada situación de riesgo o peligro inminente: según surge de las

escuetas constancias arrimadas en autos (enunciadas más arriba), nos encontramos frente a un niño –L. M., quien tendría algo más de un año de vida– cuyo real paradero es desconocido hasta el momento; y ante otros dos –A. D. y D. A. – cuya integridad física podría hallarse en peligro en virtud de las amenazas que habría pronunciado el mentado C. A mayor abundamiento, y según dichos de la denunciante, L. podría ser trasladado fuera del país, este Tribunal ha resuelto reiterada e invariable que el artículo 12 inciso b del Decreto Ley 10.067/83 establece que la competencia de los Tribunales de Menores en materia asistencial –tal el caso de autos– está determinada por el domicilio del representante legal del menor. (conf. SCBA, Ac 97313, resol. del 10/1/2006).

8.2.O La particularidad de las circunstancias del caso –posibilidad de comisión de un ilícito del que puede resultar víctima una menor– hace que el conflicto pertenezca al ámbito del fuero de menores, pues la probable situación de riesgo en que ésta se encuentra, se halla comprendida dentro de la competencia asistencial prevista en el artículo 10 del Decreto Ley 10.067, debiendo intervenir el citado fuero de excepción. (conf. SCBA, Ac. 96234, resol. del 8/2/2006).

8.2.P Planteado un conflicto de competencia territorial entre dos Tribunales de Menores, esta Corte tiene resuelto que conforme lo dispuesto en el artículo 12 inciso b del Decreto Ley 10.067, en las causas asistenciales aquella está dada por el domicilio de los representantes legales de los menores involucrados.

La circunstancia de que el representante legal del menor haya mudado su domicilio con posterioridad al inicio de las actuaciones no modifica la competencia del juez de menores ya fijada en razón del anterior, pues las normas que determinan su intervención –artículo 12 inciso b del Decreto Ley 10.067– lo hacen conforme las circunstancias existentes a dicho momento. (conf. SCBA, Ac. 97176, resol. del 15/3/2006).

8.2.Q Conforme establece el artículo 12 inciso a, del Decreto Ley 10.067, la regla es que corresponde la intervención del órgano jurisdiccional del lugar de comisión del hecho que originó las actuaciones. Empero, tal regla cede ante la de prevención, en situaciones en que coexisten causas tanto de naturaleza penal como asistencial, o bien, cuando se trate de distintos hechos penales cometidos por un menor, en cuyo caso quien debe intervenir es el juez que previno en el conocimiento del menor (artículo 13, párr. 3, decreto ley cit.).

Corresponde declarar competente al Tribunal de Menores que previno, pues más allá de la etapa procesal en la cual el órgano requirente planteó su inhibición, o de las actividades que previamente desplegara, el magistrado requerido no desconoce que el menor poseía ante él una causa anterior a la que ahora origina la contienda (artículo 13, Decreto Ley 10.067). (conf. SCBA, Ac. 96379, resol. del 15/3/2006).

8.2.R La existencia de una causa de carácter asistencial ante el órgano que previno es aquella que a manera de imán, atrae a él a otros autos que involucran al menor, a sus consortes de causa y a aquellos que se vinculan con éstos en hechos independien-

tes, es decir, por el nexo subjetivo entre los distintos procesos. No obstante, dadas las especialísimas circunstancias de los presentes conflictos de competencia, aplicar este criterio de la prevención concluiría en una situación disvaliosa (artículo 22, último párrafo, CPP –Ley 3.589 y sus modif.–) toda vez que se apartarían a los expedientes de los jueces en los que han tramitado por años y la gran cantidad de jóvenes involucrados pasarían a ser tutelados por un juez de otro departamento judicial, y en algunos casos, ya al final de un proceso que le ha sido ajeno (doct. artículo 22, CPP –Ley 3.589 y sus modif.).

Resulta conveniente replantear el conflicto de competencia en términos disímiles al habitual, con el fin de brindar la respuesta más conveniente para la adecuada defensa de los derechos y protección de los intereses de los alrededor de 60 menores involucrados –tal la manda constitucional y lo que imponen los tratados internacionales con fuerza de ley a los que nuestro país se ha sumado (artículos 75 inciso 22, Constitución Nacional; 3 y concs., Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 23.849)–, para quienes la intervención judicial más adecuada fue la que le dispensó el juez de cada una de esas jurisdicciones, lo cual se justifica con los años de tramitación de los expedientes ante sus estrados. Corresponde entonces, en función de los principios procesales de intermediación, economía y celeridad y a los fines de no sortear el otro principio general que es el de no división de las causas, disponer la devolución de las actuaciones detalladas ante los Tribunales de Menores de Quilmes que las remitiéron. (conf. SCBA, Ac. 96661, resol. del 19/4/2006).

8.2.S El principio de la intervención del órgano jurisdiccional del lugar de comisión del hecho (artículo 12 inciso a, Ley 10.067), cede ante el principio de prevención en situaciones en que coexisten causas tanto de naturaleza penal como asistencial, o bien cuando se trate de distintos hechos penales cometidos por un menor (artículo 13, ley citada). En consecuencia, el juez previniente debe intervenir en la causa penal de origen respecto de los encartados en ella, como así también en los autos acollarados en razón a la prevención y a la conexidad a que alude el tercer párrafo del citado art. 13. (conf. SCBA, Ac. 97475, resol. del 3/5/2006).

8.2.T Esta Corte ha expresado que la Ley 12.569 establece una intervención amplia de todos los fueros (artículo 6), estando además expresamente prevista la protección contra la violencia familiar dentro de la competencia del fuero de familia (artículo 827 inciso u, CPCC). Asimismo, se ha resuelto que dada la especialización que revisten los Tribunales de Familia, que a su vez cuentan con un Equipo Técnico Auxiliar idóneo para el tratamiento urgente y adecuado de la problemática en cuestión (artículo 3 de la Ley 11.453), deben ser éstos quienes, provistos de los antecedentes y actuaciones previas, adopten las medidas conducentes y adecuadas al conflicto suscitado. En igual sentido, se destacó que el Tribunal de Menores también cuenta con un equipo multidisciplinario que colabora en la resolución de los conflictos que le son propios (artículos 2, inciso a y 10, Decreto Ley 10.067; 6, Ley 12.569). En consecuencia, a los fines de delimitar el órgano que debe intervenir, habrá que observar específicamente si los menores involucrados se hallan en una situación de riesgo y se entiende tal condición como la contingencia, probabilidad o

proximidad de un daño; es decir, que la nota de inmediatez e inevitabilidad de la ocurrencia del perjuicio es inherente a aquel concepto.

Tratándose la actora de una menor de edad, y conforme la descripción efectuada de los hechos que motivaron la presente acción y lo que surge de las constancias producidas, puede concluirse que la menor no ha sido preservada de las situaciones riesgosas que padecería y que califica de violentas, por lo que la misma se podría encontrar desamparada. A mérito de lo expuesto se declara competente al Tribunal de Menores. (conf. SCBA, Ac. 97352, resol. del 19/4/2006).

8.2.U Tratándose de una cuestión asistencial, conforme lo establece el artículo 12 inciso b del Decreto Ley 10.067, la competencia está dada por el domicilio legal del menor, es decir, el de su representante legal. (conf. SCBA, Ac. 97571, resol. del 3/5/2006; SCBA, Ac. 100455, resol. del 11/4/2007).

8.2.V El juez de menores ha tomado intervención respecto de los causantes desde el inicio de las actuaciones, otorgando, entre otras medidas, la guarda de los niños, lo cual implicó el ejercicio pleno de su competencia, no pudiendo desprenderse ahora de la causa en razón del domicilio que registran sus progenitores. (conf. doct. artículo 13, Decreto Ley 10.067).

Se declara competente al Tribunal de Menores, quién se declaró incompetente luego de más de cuatro años de iniciada la presente, por lo que también cabría observar que se encontraba precluida la oportunidad de debate sobre este aspecto. Como esta Corte ha expresado, el tratamiento de la competencia –sea por declinatoria, sea por inhibitoria– posee un medio de deducción y un tiempo específicos, encontrándose estos extremos contemplados en nuestra legislación procesal (doct. artículos 1, 4, 336 y concs., CPCC). (conf. SCBA, Ac. 97942, resol. del 24/5/2006).

8.2.W El artículo 13 del Decreto Ley 10.067 establece que la prevención de un juez de menores concluye con el archivo de la causa en razón de hallarse los menores debidamente amparados. (conf. SCBA, Ac. 98109, resol. del 28/6/2006; SCBA, Ac. 99352, resol. del 7/3/2007).

8.2.X Registrándose en autos una exposición judicial realizada ante el Tribunal de Menores de Quilmes, que fuera génesis de la presente causa y que no se encuentra cerrada, el mismo deviene hábil para continuar interviniendo en los presentes obrados. (conf. SCBA, Ac. 95305, resol. del 5/7/2006).

8.2.Y El artículo 2 inciso a del Decreto Ley 10.067 establece la competencia exclusiva del juez de menores para decidir sobre la situación del niño en estado de abandono o peligro moral o material, debiendo adoptar todas las medidas tutelares para dispensarle amparo. Conteste con este enunciado, el artículo 10 del mismo decreto ley describe a través de sus incisos distintas situaciones que quedan enmarcadas en el principio rector del artículo 2. Es en virtud de ello que para dirimir contiendas de este tipo se ha definido el concepto de riesgo que ha sido, en la doctrina de esta Corte, el factor dirimente de estos entuertos.

En el caso, surgiendo de las distintas medidas adoptadas por el juez que las menores se encontrarían debidamente amparadas por su progenitora, con la que conviven, las características de los hechos que originaron esta causa asistencial –hipotética situación de riesgo de las nombradas–, es de competencia del citado órgano de menores (artículo 10, Decreto Ley 10.067/1983), no pudiendo este magistrado –que admitió *ab initio* la existencia de la misma– apartarse del conocimiento de la causa. (conf. SCBA, Ac. 98160, resol. del 9/8/2006).

8.2.Z Esta Corte tiene dicho que de ser víctima de un probable ilícito un menor, la situación encuadra dentro de la competencia asistencial del referido fuero. (conf. SCBA, Ac. 98755, resol. del 6/9/2006; SCBA, Ac. 100455, resol. del 11/4/2007).

8.2.A.a Las decisiones del Tribunal de Menores de Dolores que ordenaron el archivo de los expedientes asistenciales de los menores causantes –consentidas por la señora asesora de incapaces–, hicieron cesar la prevención que implica una causa abierta (artículos 13, 46, Decreto Ley 10.067, t.o. Decreto 1.304/1995). Sin embargo, los niños se encuentran en un instituto por decisión de su abuela desde 1999, sin que existan constancias o elementos que permitan delimitar con mayor precisión la ausencia de una situación de riesgo actual. Por ello, se declara competente al Tribunal de Menores n.º 2 de Mar del Plata para entender en las presentes actuaciones. (conf. SCBA, Ac. 96878, resol. del 20/9/2006).

8.2.A.b El Decreto Ley 10.067, al establecer la competencia civil de los jueces de menores, lo ha hecho con carácter estricto, no incluyendo, entre las previstas, a la acción de tenencia entablada por la progenitora del menor (artículos 2 inciso a, 10, 11 y concs. del Decreto Ley 10.067), a lo que se suma que los Tribunales de Familia ejercen competencia exclusiva en dicha materia (conf. artículo 827 inciso g, CPCC). Siendo que ésta sólo puede desplazarse a jueces de distinto fuero cuando, por razones legales o de conexidad, así esté establecido (conf. artículo 828, Cód. cit), no se observan en el caso presentes dichos motivos, toda vez que las medidas adoptadas por el magistrado del fuero de menores que se mencionan en estas actuaciones, lo han sido en atención al motivo de su intervención –menor que resultaría víctima de delito– y dentro del marco de su competencia. (conf. SCBA, Ac. 98980, resol. del 29/11/2006).

8.2.A.c Conforme surge de las constancias producidas, habiéndose comprobado la existencia de una situación de riesgo que habilitó *ab initio* la intervención del órgano del fuero de menores, corresponde que éste continúe con la tramitación de las presentes no obstante la medida de resguardo que adoptara respecto del niño. (conf. SCBA, Ac. 99566, resol. del 7/3/2007).

8.2.A.d Acorde lo dispuesto en el artículo 2 inciso a del Decreto Ley 10.067, el juez de menores tiene competencia exclusiva para decidir sobre la situación del menor en estado de abandono o peligro moral o material, debiendo adoptar todas las medidas tutelares para dispensarle amparo. Y, conteste con este enunciado, el ar-

título 10 de la misma ley describe a través de sus incisos distintas situaciones que quedan enmarcadas en el principio rector del artículo 2. También se explicitó que se entiende por riesgo la contingencia, probabilidad o proximidad de un daño. Es decir, que la nota de inmediatez e inevitabilidad de la ocurrencia del perjuicio es inherente a aquel concepto. Por ello, habrá de acudir al actuar de los Tribunales de Menores cuando se patentiza que el niño está en una situación tal en la que su integridad esté amenazada directa y actualmente (artículos 2 inciso b y 10, Decreto Ley 10.067. (conf. SCBA, Ac. 100455, resol. del 11/4/2007).

8.2.A.e Atento a la normativa vigente que establece la competencia del juez previniente, el mismo debe intervenir en la causa penal de origen respecto de los coimputados en ella, como así también en los autos acollarados en razón a la prevención y a la conexidad a que alude el tercer párrafo del artículo 13 del Decreto Ley 10.067. (conf. SCBA, Ac. 99129, resol. del 18/4/2007).

8.2.A.f Tratándose la autora y una de las víctimas –de los hechos denunciados en autos–, de menores de edad y, conforme surge de la descripción efectuada, que su progenitora –con quien conviven– no pudo evitarlos, puede concluirse que las jóvenes no han sido preservadas de esos actos de conducta reiterados que califica de violentos –generados por una de ellas– y de las situaciones riesgosas que provocan a la otra (artículo 10 incisos b y e, Decreto Ley 10.067/1983). A mérito de lo expuesto se declara competente al Tribunal de Menores.

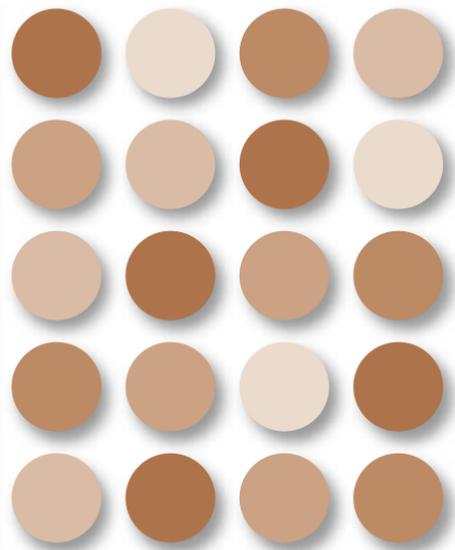
Es menester recordar la necesaria prudencia que debe guiar a la ponderación del magistrado para no abrir su competencia en una causa. La negación de la apertura de la competencia como aconteció en estos obrados, puede apreciarse como una situación aún más gravosa que una declaración de incompetencia, pues en aquél caso se ha privado a los causantes de los derechos que consagran los tratados que el propio Tribunal de Menores cita, no receptando un requerimiento de la presentante ni tomando ningún tipo de medida –así sea para cerciorarse de la seriedad de los hechos denunciados en procura de la potencial protección que requiriesen los menores involucrados–, lo que no se condice con un adecuado servicio de justicia (conf. artículo 15, Const. prov.). (conf. SCBA, Ac. 100675, resol. del 2/5/2007; SCBA, Ac. 103858, resol. del 16/4/2008).

8.2.A.g La cuestión referida a la protección de un menor que presuntamente resultó víctima de un delito, se enmarca en el supuesto contemplado en el artículo 827 inciso t del Código Procesal Civil y Comercial, texto según Decreto Ley 7.425/1968, el que, hasta el 1º de junio de 2008, resulta competencia del fuero de responsabilidad juvenil, ante el que deberá concluir (conf. artículo 92, Ley 13.634 –texto según Decreto 3438/2007). (conf. SCBA, Ac. 102479, resol. del 20/2/2008).

8.2.A.h El cambio del domicilio real de los representantes legales de los menores con posterioridad al inicio de la acción no permite al juez desprenderse de la tramitación del expediente, pues las normas que fijan su intervención lo hacen conforme las circunstancias existentes al momento de entablar la pretensión. Así, si durante el transcurso del

proceso los justiciables son libres de mudar aquel, no por ello podría el juez desprenderse del litigio en curso. (conf. SCBA, Ac. 102622, resol. del 19/3/2008).

8.2.A.i Es competente para resolver en la guarda con fines de adopción, el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo (artículo 316 Cód. Civil), pudiendo esta Corte declarar la competencia de los tribunales que realmente la tengan, aún cuando la contienda no se haya trabado con su intervención. (conf. SCBA, Ac. 102981, resol. del 27/2/2008).



Síntesis jurisprudencial penal sobre derechos de niños y adolescentes de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales inferiores de la Provincia de Buenos Aires

Gimol Pinto
Martiniano Terragni

Gimol Pinto

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta Regular de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la UBA. Actualmente es especialista en Protección de Derechos de Infancia y Adolescencia de UNICEF Oficina de Argentina. Se ha desempeñado como Oficial Internacional de Protección en UNICEF Oficina de México.

Martiniano Terragni

Abogado. Docente (ayudante de 1ª) del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante del equipo docente de la Prof. Mary Beloff en cursos de grado y de posgrado. Autor del manual de práctica profesional *Justicia Penal de Menores* (Ed. La Ley) y de diversos artículos sobre Derecho Penal Juvenil. Actualmente se desempeña como secretario de fiscalía de primera instancia en la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios de la Procuración General de la Nación.

1 • Competencia. Medida de abrigo

Se iniciaron estas actuaciones por la comunicación efectuada por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos del Niño de General Pueyrredón ante el Tribunal de Familia n.º 2 de Mar del Plata, dando cuenta de la medida de abrigo que dispusiera respecto de la niña A. J. G. -de tres meses de edad- adjuntando copias de las actuaciones producidas.

Según surgía de las piezas acompañadas, dicha intervención fue solicitada por el Servicio Social del Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil (H. I. E. M. I.) de esa ciudad -en el que la niña se encontraba internada desde su nacimiento por padecer una cardiopatía que requería un tratamiento de estricto cumplimiento y Síndrome de Down-, al Centro de Protección Local sede La Herradura (C. P. De N.), en virtud de que su madre, la Sra. M. G. -de 23 años de edad- presentaba un grado de inmadurez que la tornaba incapaz para ocuparse autónomamente de su hija y por la precariedad de la vivienda que ocupaba con su pareja.

Por tal motivo, el Servicio Zonal, junto al Servicio Social del H.I.E.M.I. y al Centro de Protección, dispuso la internación de la niña en la Casa de Admisión y Evaluación Ramón T. Gayone de esa localidad, junto con su progenitora, la que, a los pocos días, habría regresado a su hogar dejándola allí abandonada.

La misma medida de abrigo adoptada se comunicó al Tribunal de Menores n.º 1 de Mar del Plata, el que no aceptó su intervención por considerarse incompetente en la materia por entender que con la sanción de la Ley 13.797 había terminado el período de transición establecido en el artículo 92 de la Ley 13.634 -texto según Decreto 3.438/2007-, devolviéndose las actuaciones al Servicio Zonal a los fines de su presentación ante el fuero de familia.

Por su parte, el Tribunal de Familia se inhibió en esas actuaciones en tanto el control de la legalidad de la medida de abrigo dispuesta resultaba de la competencia -transitoria- que ejercían en la materia los Tribunales de Menores, y previa formación de expediente por separado a los fines de la adopción de las medidas urgentes que correspondieran, las elevó a la Suprema Corte.

Para el máximo tribunal provincial: “La ley 13.634, que sustituyó el Libro VIII del Código Procesal Civil y Comercial (dec. ley 7425/1968), estableció la competencia exclusiva del nuevo fuero de familia respecto de las medidas adoptadas por los Servicios de Promoción y Protección de Derechos del Niño en cuanto a disponer su permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud (...) y difirió su aplicación desde su sanción hasta el 1 de diciembre de 2007 -conf. texto original del art. 92- y luego, por el decreto 3438/2007, hasta el 1 de junio de 2008 (art. 92 cit., texto según dec. 3438/2007)”.

De tal modo, “con la ley 13.797 la legislatura concreta el trámite legislativo de la prórroga del art. 95 sin expedirse aún sobre lo referido al art. 92, aspecto en lo que sigue vigente el decreto 3438/2007”.

En definitiva, “durante la transición hasta dicha fecha, resultan competentes en la intervención contemplada en el citado art. 35 inc. h de la ley 13.298, los magistrados que integran el Fuero de la Responsabilidad Juvenil -jueces de la Responsabilidad Juvenil y jueces de Garantías del Joven- (conf. art. 92, ley 13.634 -texto conf. dec. 3438/2007-; Ac. 101.809, 22-X-2007; Ac. 102.511, 28-XI-2007)”, resolviéndose así la competencia del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil -ex Tribunal de Menores n.º 1- de Mar del Plata para entender en las actuaciones.

(Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Acuerdo 103.858, “G., A. J. Medida de abrigo. Materia de otro fuero. Inc. de comp. e/Trib. de Menores n.º 1 y Trib. de Flia. n.º 2 de Mar del Plata”, del 16/4/08).

2 • Competencia. Período de transición. Competencia de la Cámara Departamental

Ante la comisión de un hecho penal ocurrido el 31 de octubre de 2006 en la localidad de Villa de Mayo, Partido de Malvinas Argentinas, en el que resultó imputada R. G. N. -indocumentada- tomó intervención el Tribunal de Menores n.º 1 de San Martín, formándose la causa 45.946, caratulada en su inicio como lesiones graves, de las que resultara víctima P.

Ese tribunal resolvió -de acuerdo a las disposiciones del Decreto Ley 10.067- disponer provisoriamente de la imputada menor de edad, por lo que ordenó en el mismo acto y entre otras medidas, su internación en el Centro de Régimen Cerrado de Adolescentes de Merlo. Así, el juez interviniente sustanció las actuaciones en el marco del Decreto Ley 10.067, adoptando las medidas procedimentales allí establecidas, tales como informes médicos y psicológicos, relevamiento socioambiental, declaración indagatoria y demás conducentes para la tramitación de la causa.

Luego, a raíz del fallecimiento del joven P., el juez ordenó la recalificación del hecho a homicidio simple y dictó el auto de procesamiento de la imputada menor de edad por ese delito, de acuerdo a lo establecido en el artículo 33 inciso a del Decreto Ley 10.067.

Posteriormente, el magistrado decidió, en función de la derogación del Decreto Ley 10.067, y a partir de la entrada en vigencia de la Ley 13.298 y sus complementarias 13.634 y 13.645, readecuar el trámite a la Ley 3.589, cerrar el sumario, y de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 213 del rito señalado, dar pase al fiscal, quien a su vez formuló acusación por el delito de homicidio simple y solicitó se declarara la responsabilidad penal de la imputada.

Consecuentemente, el magistrado del fuero minoril, en razón de la calificación del hecho sustentada y de tratarse en el sistema de la Ley 3.589 de un supuesto de procedencia de juzgamiento oral obligatorio, elevó los autos a la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal.

Recepcionado por la Cámara, ésta rechazó la asignación dada por cuanto entendió, entre varias razones, que de conformidad a la nueva legislación en la materia -leyes 13.298 y 13.634 y su complementaria 13.645- atento a la fecha de comisión del

hecho, su intervención en autos sólo le correspondía como alzada. Además, expresó que de no ser así se conculcaría la garantía constitucional de revisión del fallo (artículos 75 inciso 22, Constitución Nacional y 40.2.b.V. de la Convención sobre los Derechos del Niño). En consecuencia, y a fin de no violentar los derechos y garantías del niño, elevó el expediente a la Suprema Corte a fin de dirimir la cuestión de competencia y establecer en el caso el procedimiento a seguir.

Para el Dr. de Lázzari, el ilícito penal protagonizado por la joven N. ocurrió el día 31 de octubre de 2006, iniciándose estas actuaciones ante el Tribunal de Menores, el que de modo inicial se consideró competente para el tratamiento de la situación denunciada disponiendo de la imputada. Agregó que por “la ley 13.634 el magistrado del fuero de menores debe atender la causa en curso ante sí hasta su conclusión aunque ésta ocurra después de su transformación en alguno de los nuevos órganos previstos en la misma ley (art. 89, ley cit.)”.

Además, que “las disposiciones referentes al Proceso de la Responsabilidad Penal Juvenil entrarán en plena vigencia a partir del día 1 de junio de 2008 y que las causas iniciadas hasta esa fecha inclusive se sustanciarán hasta su conclusión ante el mismo órgano y según lo dispuesto en la ley 3.589 y sus modificatorias, adecuando los procesos a la normativa y principios que se estatuyen en la misma -que a su vez complementa a la ley 13.298 (conf. art. 98, ley cit.)”.

Así, “es la implementación de este aspecto de la reforma la que lleva a desencuentros interpretativos, en especial cuando los órganos que operaban en el funcionamiento de la ley 3.589, si bien continúan actuando de tal modo en las causas residuales, en la actualidad cuentan con funciones disímiles (conf. art. 21 ley 11.922, texto ley 13.183)”.

Se desprendía así que la función de la Cámara departamental se encontraba claramente diferenciada en ambos sistemas procesales, la Ley 3.589 y la 13.634 -modif. por las leyes 13.645 y 13.797- en tanto en la primera, y siempre en relación al estadio procesal del caso de marras, podía funcionar como órgano de juicio mientras que en la segunda su competencia era netamente revisora.

Asimismo, “tanto en la ley 3589 como en la nueva ley 13.634, en su art. 27, hay hechos como el de autos -en que la acusación es por homicidio simple- que deben juzgarse por cuerpos colegiados -ya sea la Cámara de Apelación o el Tribunal Penal de la Responsabilidad Penal Juvenil- la disyuntiva se plantea en cómo implementar las nuevas normas cuando aún no se hallan en funcionamiento los órganos creados por dicha ley, por lo que, en la actualidad, debiéndose determinar ante quien deberá tramitar el juicio, tal cuestión deberá resolverse sin perder de vista -como marco general- cómo se han sustanciado los procesos penales ante el fuero de menores hasta el presente: totalmente ante un juez con una sentencia de mérito apelable a la Cámara”.

En definitiva, ello llevaba a concluir que “el proceso penal, hasta el dictado del fallo definitivo, durante la etapa de transición, deberá sustanciarse por completo ante un mismo juez y asegurar la revisión a la cámara”, y que “más armónico será que las causas como la presente se sustancien por un proceso escrito, desarrollado de acuerdo a los principios y garantías emanados de la nueva normativa”, correspondiendo al Tribunal de Menores n.º 1 de San Martín seguir interviniendo en esa causa (posición a la cual adhirieron los Dres. Pettigiani y Genoud).

En su disidencia, el Dr. Soria razonó que la Ley 13.298 derogó el Decreto Ley 10.067/1983 (artículo 67) que regía el procedimiento a seguir respecto de los jóvenes en conflicto con la ley penal y que, posteriormente, la Ley 13.634 estableció los

principios procesales aplicables al fuero de familia y al fuero penal del niño.

La Ley 13.645, a la par que postergó el inicio del nuevo sistema, estableció el régimen a aplicar durante el período de transición, al disponer que las causas en trámite y las que se iniciaran hasta la entrada en vigencia del nuevo régimen continuarían sustanciándose hasta su finalización ante los mismos órganos en que tramitaban y según lo dispuesto en la Ley 3.589 y sus modificatorias.

Agregó el Dr. Soria que se trataba de armonizar el alcance de los dos postulados derivados de ese precepto. El primero, vinculado al órgano jurisdiccional que debía entender en la “transición”. El otro, al procedimiento aplicable para la sustanciación de las causas penales con imputados menores de edad durante ese mismo período.

Para sostener a continuación que *“lo referente al órgano que debía intervenir parece generar cierta dificultad interpretativa. Sin embargo, ella no es tal. Cuando los arts. 95 de la ley 13.645 y 89 de la ley 13.634 prescriben que las causas deben seguir sustanciándose, como allí se dice, ante los órganos en los cuales tramitan, predica tal continuidad ante los órganos de la transición hasta la conclusión de los procesos, aun cuando ella ocurra después de la transformación – en el caso de los tribunales de menores– en alguno de los nuevos órganos previstos en la misma ley. Por ello, intervenga el Juez de Menores o la Cámara de Apelación, según sea el delito de que se trate y, por ende, que deba transitar por un trámite de juicio escrito o por juicio oral, ante ese órgano deberá fenecer, pues, para las causas que tuvieron origen con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema no se admite el traspaso a los nuevos órganos a crearse”*.

Para concluir que el criterio expuesto inicialmente *“desplaza a los jóvenes en conflicto con la ley penal del sistema de enjuiciamiento oral contemplado en el Código Jofré para los delitos graves. (...) no se advierte óbice alguno derivado del texto de la ley que justifique despojar a los jóvenes imputados de causas penales de la garantía a un juicio oral, público, contradictorio, a cargo de un órgano colegiado, tal como rige para los adultos en el sistema del Código Jofré”*, debiéndose remitir las actuaciones a la Cámara Departamental de San Martín.

Para el Dr. Hitters, quien junto con los Dres. Negri y Kohan adhirió al voto del Dr. Soria, *“la aplicación sin excepciones de la ley 3.589 atribuyendo a la Cámara la competencia para sustanciar el debate oral en ilícitos como el de autos permite hacerlos efectivos al asegurar el interés superior del niño proveyéndolo de un sistema de enjuiciamiento que se caracteriza por la intermediación, la celeridad y la transparencia (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)”. Así, “se debe concluir que los jueces de menores continuarán con la tramitación de los procesos hasta su terminación (arts. 89 y 95 de la ley 13.634) conf. doct. Ac. 101.491, 19-XII-2007; Ac. 102.442, 13-II-2008; Ac. 102.255, 27-II-2008; siempre y cuando no se trate de los casos de juicio oral obligatorio establecido por la ley 3.589, a la cual se remite art. 95 de la ley 13.634 (según ley 13.797)”*, habilitándose en consecuencia contra el fallo de la Cámara dictado en las causas de juicio oral obligatorio seguidas a jóvenes en conflicto con la ley penal el recurso de casación.

En definitiva y por mayoría, se resolvió que debía intervenir en la sustanciación del enjuiciamiento oral la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Martín.

(“Inc. de competencia entre Tribunal de Menores n.º 1 y Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías de San Martín”, del 12/03/08).

3 • Contravenciones, detención por averiguación de identidad y entrega de menor. Inconstitucionalidad

El defensor ante el Fuero de Responsabilidad Juvenil n.º 16, del departamento judicial de La Plata, interpuso acción de hábeas corpus, conforme a los artículos 18 y 43 de la Constitución Nacional y a los artículos 16 y 20 de la Constitución Provincial, por la amenaza actual, inminente y potencial que padecían todos los niños, niñas y jóvenes del departamento judicial de La Plata a partir del cercenamiento de su libertad ambulatoria realizado con motivo de figuras policiales a las que tildó de ilegales, arbitrarias e inconstitucionales, y que se llevaban a cabo sin el debido control judicial del fuero especializado, consistentes en “contravenciones” (artículos 19, 24, 128 del Decreto Ley 8.031/73), “detención por averiguación de identidad” (artículo 15 de la Ley 13.482), aprehensiones registradas como “entrega de menor” y “pedidos de captura” o averiguaciones de paradero de personas menores de edad no actualizadas.

Agregó que frente a los cambios operados en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil y la derogación del régimen de Patronato-tutelar de la infancia (Decreto Ley 10.067/83), todavía subsistían rémoras e intersticios normativos y administrativos de raigambre tutelar contrarias a la Convención de los Derechos del Niño y a los más básicos derechos humanos de la infancia, que colocaban en cabeza de la policía potestades discrecionales y laxas para con las personas menores de edad, fuera del alcance de todo control de legalidad judicial, poniendo en severo riesgo la libertad ambulatoria de los mismos, solicitando en definitiva que se declararan inconstitucionales las figuras aludidas, como así también toda acción o práctica ilegal que pusiera en juego la libertad ambulatoria de los niños, niñas y jóvenes de ese departamento judicial.

Al momento de resolver la acción promovida, el juez sostuvo que pese a que la Constitución no mencionaba en forma expresa el hábeas corpus como instrumento colectivo, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el accionante, era lógico suponer que si se reconocía la tutela colectiva de los derechos mencionados en el párrafo segundo del artículo 43, con igual o mayor razón se debía interpretar que la Constitución otorgaba las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario, del que se ocupaba especialmente, no para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 328:1146, considerando 16).

Por su parte, señaló el juez que *“en lo que respecta a la Ley N° 13.298, la misma abandona el esquema tutelar en la provincia de Buenos Aires, derogando el Decreto-Ley N° 10.067/83. El citado cuerpo normativo diferencia claramente la materia asistencial de la penal, asigna a la familia un lugar central en la contención del menor de edad, desjudicializa los conflictos sociales que involucran al niño, trasladando el tratamiento de las cuestiones asistenciales a los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos, y establece que en ningún caso las medidas de protección que se adopten podrán consistir en privación de la libertad del niño, entre otras cuestiones”*.

Respecto de la aplicación del Código Contravencional a personas menores de 18 años de edad, remarcó que las leyes 13.298 y 13.634 derogaron el Decreto Ley 10.067/83, sin atribuir en su articulado la competencia en materia contravencional a los magistrados del nuevo fuero, no pudiéndose esta circunstancia ser entendida como *“un simple olvido del legislador”*.

De todo ello surgía para el juez la imposibilidad de aplicar la figuras contraven- cionales consagradas en el Decreto Ley 8.031/73 a personas menores de 18 años de edad, por resultar ajenas al nuevo Sistema de Promoción y Protección de derechos de la infancia, que no las había contemplado dentro de la competencia de los jueces del fuero especializado, y cuya aplicación por parte de otros magistrados no podía admitirse sin vulnerar el principio de especialidad, las garantías procesales que establecen los ar- tículos 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño y el principio de Remisión al Sistema Protección y Protección de Derechos (artículo 63 de la Ley 13.634).

Por otra parte, la aplicación del sistema represivo contraven- cional a personas me- nores de 18 años de edad *“llevaría al absurdo de admitir la sanción de los mismos, por la comisión de determinadas contravenciones, cuando en el orden nacional se encuentra consagrada la no punición de todos los delitos de acción privada y los reprimidos con pena privativa de la libertad que no excedan de dos años, con multa o inhabilitación (art. 1 del Decreto Ley 22.278/80). En definitiva traería aparejada la aplicación de una sanción más grave que la que le corresponde por la comisión de determinados delitos respecto de los cuales los menores de 18 años de edad no son punibles”*.

Para concluir que *“la aplicación a menores de 18 años de edad de un régimen donde se contemple la punición de infracciones que no sean típicamente penales, que contempla figuras abiertas y otorgue márgenes de actuación ampliamente discrecionales a la autoridad policial, ade- más de violar el principio de especialidad, vulnera el principio de legalidad penal”*, ya que la punibilidad de los jóvenes de 16 y 17 años por las contravenciones contenidas en el artículo 19 inciso b del Decreto Ley 8.031/73 devino inconstitucional a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y de su posterior incorpo- ración al ordenamiento constitucional.

Respecto de la segunda figura denunciada por el defensor (detención de personas menores de 18 años de edad por averiguación de antecedentes), consideró el juez que resultaba irrazonable que se facultara a la autoridad policial para privar de la libertad a una persona menor de 18 años de edad por idéntico término al establecido para el caso de una aprehensión dispuesta frente a la existencia de posible un delito (ar- tículos 41 de la Ley 13.634 y 15 inciso c de la Ley 13.482).

En consecuencia, para el juez las aprehensiones preventivas de personas menores de edad en la vía pública por averiguación de identidad se habían transformado en una facultad policial desproporcionada en relación a los principios del Sistema Penal Juvenil, circunstancia que veía agravada por la detención en comisarías, por lo que correspondía declarar inconstitucional a la facultad que otorga el artículo 15 de la Ley 13.482 a los funcionarios policiales respecto de personas menores de 18 años de edad en atención a su irrazonabilidad.

Ello así, puesto que esa aprehensión para determinar si alguna autoridad lo reque- ría, teniéndolo demorado por varias horas, *“constituye una privación de la libertad arbi- traria, ilegal e inconstitucional (arts. 16, 18 y 19 de la CN, arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 7 y 8 del PSJCR; y arts. 14 incs. 1 y 2, y 17 inc. 1º PIDCyP)”*.

En lo que respecta a la figura conocida como “Entrega de menor”, utilizada para aquellos casos en los que un niño, niña o adolescente era encontrado en situación “de riesgo en la vía pública”, para el juez no se advertía la existencia de norma alguna

que respaldara dicho accionar por parte del personal policial, en colisión con el prin- cipio de legalidad de la actuación administrativa (artículo 109 del Decreto Ley 7.647/70).

Así, *“nos encontramos ante una práctica policial que, de continuar existiendo, pone en riesgo la vigencia del Fuero de la Responsabilidad Penal Minoril (Ley N° 13.634) y el Sistema de Pro- moción y Protección de Derechos (Ley N° 13.298), por cuanto mediante esta vía de hecho ad- ministrativa se posibilita a las autoridades policiales a privar la libertad de niños, niñas y adolescentes sin motivo alguno”*, justificándola como *“entrega de menor”*, por lo que correspondía tam- bién hacer cesar esta práctica constitutiva de una vía de hecho administrativa.

En definitiva, para el juez correspondía hacer lugar al hábeas corpus interpuesto y declarar la inconstitucionalidad del Decreto Ley 8.031/73 y del artículo 15 de Ley 13.482, en cuanto permitían la aprehensión o detención de personas menores de 18 años de edad.

(Juzgado en lo Contencioso Administrativo n.º 1 de La Plata, “Defensoría Oficial de Responsabilidad Penal Juvenil n.º 16 s/ hábeas corpus”, del 30/10/08).

4 • Imputados no punibles. Disposición tutelar. Art. 64 de la Ley 13.634. Actua- ción del fiscal

La Defensa Oficial dedujo acción de hábeas corpus a favor del imputado de 15 años D. G. R. por entender que su privación de libertad ambulatoria resultaba arbi- traria e ilegítima, ya que por su minoría de edad no podía ser sometido a proceso penal alguno.

Asimismo expuso que resultaba improcedente recibirle declaración informativa, ya que si bien la Ley 22.278 establecía que en caso de existir una imputación hacia un joven no punible el juez debía tomar conocimiento del mismo, no podía ser lla- mado a declarar conforme a la Ley 3.589.

Para finalizar refirió que más allá de no poder ser sometido a proceso penal alguno, para el caso en que se quisiera imponer una medida coercitiva respecto del imputado, la misma debía ser solicitada por el fiscal, lo que en el particular no había ocurrido.

En su voto, el Dr. Decastelli (con la adhesión del Dr. Rodríguez) sostuvo que al recepcionarse las actuaciones de la instrucción policial y constatar que D. G. R. tenía 15 años de edad, la instancia de grado resolvió declararlo no punible y no someterlo a proceso por el hecho que se le imputara, sin perjuicio de designar audiencia a fin de recibirle declaración en los términos del artículo 1 de la Ley 22.278.

Agregó que habiéndose tomado audiencia al menor R., producido un informe psicológico, y certificados los antecedentes del imputado, la juez dispuso aplicar una medida cautelar de seguridad restrictiva de la libertad ambulatoria de D. G. R. y de- rivarlo al Centro de Recepción de Lomas de Zamora.

Para ello, la magistrada fundó su resolutorio en *“las características del hecho, por su gra- vedad, las circunstancias personales del joven quien registraba un pedido de captura activo, la reiteración delictiva, las conclusiones desfavorables del informe psicológico en cuanto a la falta de contención normativa, todo lo cual ameritaba el dictado de una medida de seguridad de ca- rácter restrictivo y excepcional, en aras de salvaguardar la integridad del joven, como así también la sociedad...”*.

Refirió el Dr. Decastelli que *“la normativa que regula el régimen penal de la minoridad*

(ley 22.278) habilita a la autoridad judicial a disponer provisoria y/o definitivamente del niño, posibilitando –en caso de ser necesario– que se ordene la ubicación del menor en lugar adecuado para su mejor estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre (art. 1 y 3 del referenciado plexo normativo)”.

Así, “el órgano jurisdiccional se encuentra habilitado a dictar una medida cautelar restrictiva de la libertad ambulatoria durante el trámite de estas actuaciones siempre que existan razones que justifiquen su dictado, sin perjuicio inclusive de aplicar –o no– en su oportunidad una ‘medida de seguridad’, conforme lo establece el art. 34, inc. 1 párr. 3° del Código Penal”.

De este modo, “si bien en el particular no advierto que se trate de la medida de seguridad de la establecida en la legislación de fondo, no menos es que la medida cautelar escogida en la especie encuentra respaldo normativo en los enunciados de la ley 22.278 en cuanto a las facultades de disposición que reposan sobre el magistrado interviniente”, y “la ley 13.634 también admitía en su art. 64 la aplicación de una medida de restricción de la libertad ambulatoria del niño en los términos de la legislación de fondo”.

Por último, “sí le asiste razón a la parte cuando alega que la medida cautelar restrictiva de la libertad ambulatoria debió haber sido dictada a petición del Ministerio Público”.

En definitiva, concluyó que si bien la Ley 22.278 habilitaba al juez a disponer del niño, “no menos es que la ley 13645 dio como directriz la ‘adecuación’ de los legajos judiciales a la luz de los principios y garantías de la ley 13.634 (Fuero Penal del Niño), razón por la que propongo al acuerdo que se remitan estos obrados a la instancia de origen, a los fines que la a quo resuelva la situación procesal de D. G. R., previa vista por el término de ley al Ministerio Público Fiscal a fin que proceda a efectuar ante el órgano jurisdiccional interviniente el requerimiento que estime corresponder atento las condiciones personales, familiares, ambientales del menor”.

(Cámara de Apelaciones y Garantías Penal del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Sala III, causa 32.600, del 16/08/07).

5 • Imputados no punibles. Disposición tutelar. Artículo 64 de la Ley 13.634. Rol de la defensa especializada

Arribaron las actuaciones a la Cámara con motivo de la petición formulada por la Defensa Oficial en favor de sus asistidos, C. G. P. y O. A. V., alegándose que a esa fecha no se encontraba en vigor un cuerpo normativo que otorgara al juez de menores competencia para el dictado de medidas restrictivas a imputados menores de edad que por su edad no eran punibles, ya que la juez a quo había aplicado el artículo 64 de la Ley 13.634 cuya vigencia había quedado diferida al 1 de diciembre de 2007.

La defensa cuestionó también la falta de fundamentación de la resolución puesta en crisis y sostuvo la innecesariedad en el caso de decretar una medida de seguridad privativa de la libertad de sus defendidos.

Al introducir la cuestión en su voto, la Dra. Tropiano (con la adhesión posterior del Dr. Gago) refirió que el Juzgado de Menores dispuso recibirle declaración a ambos imputados menores de edad en los términos del artículo 1 de la Ley 22.278 en orden al delito de robo agravado por ser en poblado y banda.

Posteriormente, la juez resolvió aplicar una medida de seguridad restrictiva de la libertad ambulatoria respecto de ambos imputados, en un lugar dependiente del Centro de Recepción de Lomas de Zamora, en los términos de los artículos 64 de

la Ley 13.634 y 63 de la Ley 13.298.

Finalmente la juez de primera instancia, atento que los imputados no habían cumplido los 16 años de edad, a la luz del artículo 1 de la Ley 22.278 resolvió declararlos “inimputables” y por lo tanto no someterlos a proceso en esos actuados.

Entendió la Dra. Tropiano respecto de la medida de seguridad que “esta carece de todo fundamento que le de sustento, requisito indispensable que debe revestir toda resolución judicial, con el objeto de exponer el razonamiento lógico que ha efectuado el magistrado el cual lo ha llevado a la decisión adoptada, esta última además debe resultar coherente con aquel para evitar un error lógico-jurídico”, ya que la juez de menores sostuvo la medida en dos artículos, uno que no había entrado en vigencia y otro objeto de derogación legislativa.

Así, “se vislumbra que la cuestión penal ha sido zanjada, por lo que la continuidad de la privación de libertad de los menores, no viene –como se expusiera precedentemente– sustentada por motivo alguno del magistrado de la anterior instancia, así como tampoco por las constancias incorporadas a los autos a la vista para resolver”.

Sin perjuicio de finalmente resolver hacer lugar al hábeas corpus disponiendo la libertad de ambos imputados, la Cámara agregó que “ambos menores son adictos a los estupefacientes, principalmente P. quien también consume bebidas alcohólicas. A pesar de ello, la defensa nada ha esgrimido ni presentado respecto de la situación de riesgo en que podrían estar los menores, parte que no solo debe velar por la defensa penal de aquéllos sino que también por su situación personal”, por lo que correspondía hacer saber a la juez a quo la intervención a los organismos de aplicación establecidos en la Ley 13.298.

(Cámara de Apelaciones y Garantías Penal de La Matanza, expediente: 16.125, “V., O. A. y otro”, del 7/06/07).

6 • Imputados no punibles. Disposición tutelar. Artículo 64 de la Ley 13.634

Al introducir la cuestión, tras acreditar con el grado de precariedad previsto en los artículos 183 y 184 del CPP (Ley 3.589) y sus modificatorias el cuerpo del delito, el juez calificó la conducta del niño como violación de domicilio y homicidio, los que concurrían en forma real entre sí.

Al momento de referirse a la situación de no punibilidad de S., entendió que “los legisladores de la ley nro. 22.278 han entendido que la actividad punitiva sancionatoria del Estado debe ceder parcialmente en aras de la reinserción del joven infractor a la ley penal. Es por ello que desiste de su facultad punitiva en forma absoluta en los supuestos cometidos por jóvenes menores de dieciséis años, cualquiera fuese la escala penal y los menores de dieciocho en los delitos con escala potencial menor de los dos años (...) ello no implica resignar la actividad procesal tendiente a la comprobación del hecho y responsabilidad”.

Agregó que en casos de esa gravedad era necesario “determinar por lo menos, en principio, la comprobación del hecho y la presunta responsabilidad del joven S.”, a lo que realizada tal tarea, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 22.278, teniendo el joven S. doce años de edad, correspondía declararlo no punible en orden al delito de violación de domicilio en concurso real con homicidio simple.

Para el juez, “teniendo en consideración la gravedad del hecho ilícito por el que a J. se le ha recibido declaración, la violencia desplegada, que ocasionó la muerte de la víctima, el desprecio por la vida evidenciado en los acontecimientos materia de instrucción; entiendo que el niño durante el despliegue de su conducta no sólo habría ocasionado la muerte de la víctima sino que

también habría puesto en riesgo su propia vida”.

En tal sentido, “es importante remarcar que la insistencia reiterada de hechos que no respetan la norma, en los que estaría involucrado el niño, configuran un claro indicador que en su aparato psíquico existen funcionamientos fallidos en lo relacionado con la ley porque hay inscripción de la misma pero se transgrede; haciéndose necesario una intervención terapéutica en tal sentido”.

Para concluir que “si bien en estos casos la regla general es la libertad del joven, la valoración antes expresada justifica la adopción de una medida de seguridad, ‘de protección’, es decir su ubicación en forma absolutamente provisoria y por el menor tiempo posible en un medio alternativo al familiar a fin de lograr el cumplimiento de la contención terapéutica sugerida”. Y además, “también deberán incluir en el mismo, la realización de todas las acciones positivas necesarias para satisfacer los derechos económicos, culturales y sociales que se encuentran vulnerados a fin que, ésta pueda cumplir con sus funciones de crianza, desarrollo y protección de sus niños; haciendo posible el derecho de J. a crecer en su familia”.

(Juzgado de Garantías de Mercedes, causa 64.241, “J. S. s/ violación de domicilio y homicidio” del 1/04/08).

7 • Medidas de coerción. Libertad del imputado. Facultades del juez de garantías

En la audiencia convocada al efecto, el representante de la Defensa manifestó que insistía en la excarcelación del joven, ya que estaba acreditada su identidad, no registraba condenas anteriores y las causas en trámite permitían una pena en suspenso.

Al cederse la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal refirió, previo advertir que se encontraban a 24 horas de iniciada la investigación, que no estaba agregada la pericia del arma debido a la escasez de la fijación de la audiencia, pero que se encontraba la calificación por el momento dada en el inicio y que no correspondía en este estado hacer un cambio en la calificación y a la excarcelación solicitada.

Respecto del pedido excarcelatorio, se opuso también al sostener que “según informe de fs. 26 de autos que refiere que el joven tiene serios problemas con su grupo conviviente. No considera la fiscalía que el joven tenga un domicilio real y con la contención necesaria”.

Al otorgársele la palabra a la Lic. Bertarini (CTA), expresó que “se efectuó una evaluación intelectual, de personalidad y social de la que se desprende que es un chico lúcido, con pocas pautas pero sabe y percibe correctamente. No puede reparar, se angustia pero luego se le pasa. Evaluado el uso y abuso de drogas, su utilización para fines evasivos, sus aspectos de socialización son muy pobres y requiere de tratamiento”.

Para la jueza, respecto del pedido excarcelatorio “... Y a fin de dejar planteado el criterio de la suscripta respecto del plenario DIAZ BESSONE¹ considero que la interpretación y postura a tener es la restringida, esto es, que el CPPBA establece cuáles son los delitos excarcelables, a saber, cuando la calificación no supere en abstracto la pena de ocho años; cuando no obstante la pena en abstracto supere los ocho años el juez estime prima facie que resulta procedente la condena de ejecución condicional, si tenemos en cuenta que la pena de ejecución condicional se aplica a los casos de primera condena que no exceden de tres años (CP 26) cabe concluir que si la pena en abstracto supera los ocho años sólo serán excarcelables aquellos delitos cuya pena mínima no sea superior a tres años, sin perjuicio de ello la interpretación que se haga respecto de la normativa aplicable a la excarcelación las mismas operan una vez que estén dados

los requisitos de la peligrosidad procesal, es decir que el juez debe acreditar además que el imputado no intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, presunción iure et iure que no admite prueba en contrario, resumiendo, hay delitos excarcelables y delitos que objetivamente no lo son, sin perjuicio de ellos, respecto de los primeros el juez debe considerar si el imputado no intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones y resolver en consecuencia”.

Respecto de estos últimos “el juez se encuentra impedido de otorgar la excarcelación, por lo que la tesis amplia del plenario DIAZ BESSONE nos lleva a pronunciamientos cercanos a un derecho penal de autor...”.

Para agregar que “siendo que las medidas de coerción son excepcionales bajo la sospecha razonable de peligrosidad procesal y atento su provisionalidad no siendo definitivas y pudiendo ser revisadas en cualquier momento, y en el entendimiento de que el derecho de gozar de la libertad hasta el momento en que se dicte la sentencia de condena no constituye una salva guardia contra el arresto, detención o prisión preventiva” se falló en contra de la misma, al remitirse “a la posibilidad de que el imputado entorpezca la investigación, a las constancias de autos ya mencionadas, al informe de la perito psicóloga y a lo informado por este acto por la actuario respecto a que el imputado registra causa n° 31292 del 12-08 con procesamiento por el delito e robo agravado, causa n° 31247 con procesamiento del 12-08 por usurpación lo que me llevan a suponer que entorpecerá la acción de la justicia”.

Para la magistrada, “surge que las alternativas implementadas para que la prisión fuese la medida del último recurso han sido infructuosas”, para concluir que en cuanto al argumento de la defensa sobre la procedencia de la excarcelación en virtud del artículo 169 inciso 3 del CPP en relación al artículo 4 de la Ley 22.278 que “no es este el momento procesal oportuno para hacer mérito de la facultad de reducción de la pena concedida por la norma (...) En virtud de ello pierden virtualidad las pautas sentadas por el art. 26 del C.P. en cuanto la condena en el Sistema de Responsabilidad Juvenil se encuentra sujeta al cumplimiento de los requisitos del art. 4 de la ley 22.278”.

En definitiva, resolvió la magistrada no hacer lugar al pedido de excarcelación por no haberse aportado pruebas irrefutables que hiciesen caer la presunción iuris tantum de la normativa aplicable. Pero sin perjuicio de ello y atento a las facultades del juez de garantías de controlar las medidas de coerción y dejarlas sin efecto de oficio en el caso de modificarse las circunstancias que las ordenaron, requirió al Centro de Referencia para que en plazo de 30 días aportara las estrategias de inserción social y familiar que estimare corresponder.

(Juzgado de Garantías del Joven n.° 1 del departamento judicial de Mar del Plata, causa n.° 25/09 (IPP 963), “C. E. A. s/robo calificado por uso de arma”, del 15/01/09).

8 • Medidas de coerción. Libertad del imputado. Facultades del juez de garantías

Para introducir la cuestión, el 24 de febrero de 2009 la jueza había decretado la prisión preventiva del joven imputado en autos por el delito de robo agravado en poblado y en banda, manteniendo su lugar de alojamiento en el Centro Cerrado de Batán.

Para ello, se constataron previamente (luego de dejar sentado el criterio de interpretación restrictiva respecto a los delitos excarcelables) los supuestos de peligrosidad

procesal, motivo por el que se sostuvo la sospecha de que el imputado trataría de influir sobre los testigos entorpeciendo la Investigación Penal Preparatoria.

Además, se solicitó al Centro de Referencia que en el plazo de cinco días elaborara estrategias de inclusión social y se puso en conocimiento de las partes la necesidad de contar con los informes interdisciplinarios previstos en la regla 16.1 de Beijing, los que hasta ese momento no habían sido efectuados o al menos agregados ni por el fiscal ni por la Defensa.

Para la jueza, sin perjuicio de que los artículos 50, 30 y 77 de la Ley 13.634 determinan que el defensor del joven puede pedir cada tres meses la revisión de la medida dispuesta por el juez de garantías (el que sin perjuicio de ello podrá decretar la libertad del procesado aún con oposición del Ministerio Público Fiscal), para la procedencia de la prisión preventiva el auto debe estar fundado en derecho y las constancias de autos tienen que servir para tener por acreditados *prima facie* tanto el hecho como la culpabilidad del imputado, y sin perjuicio de darse las condiciones que determinan la evaluación de los peligros procesales.

Agregó la jueza que *“teniendo en cuenta el tiempo que lleva el imputado cumpliendo con la medida de coerción dispuesta, y la falta de cumplimiento de la orden impartida oportunamente respecto a los informes ambientales y psicológicos del joven como sobre la propuesta a considerar por la suscripta respecto a su inclusión social en algún programa vigente o en todo caso elaborarlo para la específica problemática del joven por parte del Centro de Referencia, organismo dependiente del Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires (...) considero que faltan reunir nuevos recaudos para su consideración judicial oportunamente -en el marco de lo dispuesto por el art. 50 y conc. de la ley 13634”*.

Para en definitiva resolver que no habiéndose modificado las circunstancias que motivaron la prisión preventiva respecto del causante, y teniendo en cuenta la facultad revisora de oficio que determinan los artículos 50 de la Ley 13.634 y concordantes, debía mantenerse tal medida respecto del joven. Y al advertir que no se había dado cabal cumplimiento a la orden judicial oportunamente cursada, intimó al Centro de Referencia a que en el plazo perentorio de 48 horas elaborara un programa de inclusión social que debía ser puesto a consideración de la magistrada.

(Juzgado de Garantías del Joven n.º 1 del departamento judicial de Mar del Plata, expediente n.º 40 (IPP 3707-09), seguida a J. E. V.).

9 • Recursos. Ley 13.634. Intervención del Tribunal de Casación Penal

El defensor oficial del Fuero Penal Juvenil interpuso queja por denegatoria de recurso de casación contra la resolución de la Cámara de La Plata que no hizo lugar a su apelación y confirmó la denegatoria de eximición de prisión solicitada a favor de M. E. S., al argumentar que si bien el artículo 450 del CPP sólo permitía la articulación del recurso de casación ante sentencias definitivas, cabía hacer la excepción en los casos que denegaban la libertad personal incluso en la etapa de ejecución y que la vía casatoria no podía ser coartada a los imputados menores de edad, ya que éstos poseían iguales derechos que los adultos, más un plus que les otorga la Convención de los Derechos del Niño.

Al no conceder la Cámara Departamental el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, la Defensa solicitó que se hiciera lugar a la queja, se declarara mal de-

negado el recurso de casación y/o eventualmente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, se procediera al tratamiento del planteo resolviéndose conforme a derecho y/o se reconduciera a la vía extraordinaria.

Acollarada la causa 9.865, el mismo defensor -previa acumulación a la queja- solicitó que se hiciera lugar a la petición de hábeas corpus preventivo en favor de S. ordenando al titular del Juzgado de Garantías del Joven n.º 3 de La Plata mantener los efectos suspensivos que el artículo 431 del CPP concedía, hasta tanto estuviera firme el rechazo de los recursos. Posteriormente comunicó a la Sala que el 30 de diciembre de 2008 se había dictado la prisión preventiva del imputado.

Para el Dr. Borinsky (voto al que adhirieron los Dres. Natiello y Piombo), la competencia del Tribunal de Casación *“no se abre ante cualquier reclamo que las partes deseen someterle, sino que es necesario que la misma se habilite conforme a derecho, por lo que resultaría contrario a la Constitución y violatorio del Código Procesal Penal, consagrar una doctrina según la cual bastaría introducir -sin importar si bien o mal- una alegación de carácter constitucional, para ingresar en el terreno casatorio fuera de los límites establecidos en el derecho aplicable, creando recursos inexistentes con derogación de la ley respectiva, como sostuviera la Suprema Corte en los Acuerdos 39.904, 42.220, 43.266, 57.879 y 77.807, entre otros”*.

Agregó que *“conforme las circunstancias del caso que tanto el régimen anterior -cuya vigencia se mantuvo por sucesivas leyes transitorias- como el actual conforme a la ley 13.634, no prevén instancia alguna en la que corresponda la intervención de este Órgano en el Proceso Penal Juvenil”*, para concluir que en virtud de *“la normativa que gobierna el asunto la queja debió articularse ante la Suprema Corte de Justicia Provincial como órgano de alzada”*.

Y bajo estos fundamentos consideraron adecuado adoptar idéntico temperamento respecto de la petición de hábeas corpus.

(Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala de FERIA, causa 9.864, “S., E. M. s./recurso de queja” y su acollarada 9.865, “S., E. M. s./Habeas Corpus”, del 23/01/09).

10 • Remisión del caso. Criterios. Ley 13.634

Al resolver sobre la aplicación del principio de remisión del caso, la jueza expresó que *“del presente legajo se debe tener en cuenta la mínima afectación de bienes jurídicos que habría sido producida por parte del menor, pues el hecho principal (sin mencionar el confuso episodio ocurrido al momento de la identificación del causante, junto a su familia) consistió en tomar un par de zapatillas nuevas que se encontraban a la venta y cambiarlas por las que tenía puestas, siendo las mismas recuperadas casi en forma inmediata”*.

Para agregar que *“es necesario resaltar que el menor no registra ningún tipo de antecedente penal, como tampoco ningún antecedente de carácter asistencial ante el fuero de minoridad (...) Es indudable que el joven encauzado no presenta un perfil delictivo, encontrándose en un marco social ordenado, siendo que su núcleo familiar se encuentra bien organizado, con capacidad de control y contención. Es importante destacar, en dicho orden de ideas, la preocupación demostrada por los progenitores del niño, quienes en todo momento se mostraron sumamente consternados en relación al hecho endilgado y expectantes en relación a su situación personal”*.

En cuanto a la normativa vigente a nivel local e internacional, sostuvo la jueza que *“adopta como norma rectora respecto de los menores de edad el principio de mínima intervención penal, reservando la aplicación del poder punitivo estatal a los casos que revistan gravedad suficiente”*.

Para concluir que “a criterio de la suscripta, corresponde en el caso bajo examen el abandono de la persecución penal iniciada y en concordancia con ello, resulta aplicable el Instituto de Remisión de Casos previsto en la Regla 11, punto 1, 2, 3 y 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), por cuanto, como se ha señalado, M. recibe contención y control por parte de su grupo familiar, el que dio muestras de su capacidad para lograr que el mismo asuma una función constructiva en la sociedad”.

(Tribunal de Menores n° 6 del Departamento Judicial de San Isidro, causa 31.142, “M., N.A.”, del 26/11/07).

11 • Remisión del caso. Criterios. Ley 13.634

Al resolver en un pedido de elevación a juicio realizado por el fiscal y su oposición por parte de la Defensa, la jueza resolvió que “la remisión puede ser fiscal o judicial, según la decidida el Fiscal o el Juez de garantías. La remisión puede determinarse en cualquier etapa previa al juicio, antes del proceso o durante la investigación penal preparatoria. El objetivo fundamental de este instituto es sustraer al adolescente que ha cometido una infracción NO GRAVE de las consecuencias traumáticas o estigmatizantes que puede acarrear la intervención judicial. Paralelamente, aporta una a fin de lograr que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad. Este concepto se ensambla con lo dispuesto por el art. 40 ap I de la CDN en cuanto exige el reconocimiento del derecho de todo niño en conflicto con la ley penal a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de 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 su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad”.

Agregó, además, que el artículo 40 de la CDN señala que los Estados tomarán todas las medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, consagrando lo ya estipulado en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). La regla 11 establece que se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes.

Para la jueza, “este es el caso, según entiendo, del Juez de Garantías cuya competencia surge de la ley 13.634 provincial. La misma regla establece en su punto 2 que la policía, el Ministerio Público Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia juvenil estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las reglas. Con este criterio el Juez de garantías de no haberlo hecho previamente el Fiscal actuante puede REMITIR el caso conforme la interpretación extensiva, en su beneficio acorde a los principios mencionados en el presente, que surge de los arts. 42 y 43 y 50 de la ley 13.634 previo a la etapa de juicio”.

Ello debe tener por objetivo “evitar al adolescente que ha cometido una infracción que no resulta grave, los efectos negativos que puede acarrearle un proceso judicial (como ser una sentencia dura o traumática para su corta edad), por la que pueda estigmatizársele como una persona peligrosa y crear espacios de apertura para el diálogo con el adolescente que le permitan modificar su conducta mediante el cumplimiento de un PROGRAMA DE ORIENTACION. El efecto jurídico de la remisión es excluir al joven del proceso penal. No implica el

reconocimiento del hecho sujeto de imputación”.

Respecto de los casos de procedencia del instituto, y sobre la gravedad del hecho imputado al adolescente, agregó que debía previamente realizarse un “diagnóstico y evaluación por parte de los equipos técnicos auxiliares e interdisciplinario del juez, respecto a la capacidad del joven con relación a su madurez emocional, mental e intelectual (regla 4.1 Beijing) con la finalidad de posibilitar su perfil ocupacional y organizar un proyecto de vida e integrarse a la sociedad”.

Sin perjuicio de ello, señaló la magistrada que “resulta aplicable como pauta interpretativa lo establecido por el art. 27 de la ley 13634 como casos en los que por su gravedad los delitos deben ser juzgados por un tribunal de juicio sumado al monto de la pena en expectativa que corresponda según el delito de que se trate. -Criterio que se suma a ya dispuesto por la regla 17, entiendo como causa grave la concurrencia de violencia contra las personas”.

(Juzgado de Garantías del Joven n.º 1 del departamento judicial de Mar del Plata, causa 13/09 (IPP 86/09) “A., K. I. N. s/ portación de arma de fuego de uso civil”, del 2/03/09).

Notas

1 - Cámara Nacional de Casación Penal, Acuerdo 1/08. Plenario N° 13, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, del 30/10/2008.

