INFANCIAS, NARRATIVAS Y DERECHOS

TOMO I

Laura Lora (comp.)

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho (UBA)

INFANCIAS, NARRATIVAS Y DERECHOS

TOMO I

Laura Lora (comp.)

Lora, Laura N.
Infancias, narrativas y derechos : tomo I / Laura N. Lora. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, 2021.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-3810-40-4

1. Derechos Humanos. 2. Derechos del Niño. I. Título.
CDD 341.48572

Fecha de catalogación 6/5/2021

1° edición: mayo de 2021

ISBN Tomo I: 978-987-3810-40-4
ISBN Obra completa: 978-987-3810-39-8

© Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
A. Figueroa Alcorta 2263 1° P (C1425CKB)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

Edición y corrección de estilo: Laura Pérgola
Diseño y diagramación de interior y tapa: Nicole Duret

Impreso en la Argentina – *Made in Argentina*
Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos está a cargo exclusivamente de los autores.

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

Decano
Alberto J. Bueres

Vicedecano
Marcelo Gebhardt

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de Profesores

Consejeros Titulares
Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

Consejeros Suplentes
Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina / Alejandro Norberto Argento

Claustro de Graduados

Consejeros Titulares
Carlos Mas Velez / Silvia Lorelay Bianco / Fabián Leonardi / Fernando José Muriel

Consejeros Suplentes
Elisa Graciela Romano / Oscar Jiménez Peña / Aldo Claudio Gallotti / Ana Florencia Adelardi Miranda

Claustro de Estudiantes

Consejeros Titulares
Víctor Francisco Dekker / Catalina Cancela Echegaray /
Yamila P. Ramos López / Luis R. López Lage

Consejeros Suplentes
Mauro C. Vera / María del Pilar Ciambotti /
Javier W. Bica Ríos / Julia Ben Ishai

Representante no docente
Lorena Castaño

Secretarios
Secretaria Académica: Silvia C. Nonna
Secretario de Administración: Carlos A. Bedini
Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi
Secretario de Investigación: Daniel Pastor
Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: Marcelo Haissiner

Subsecretarios
Subsecretario Académico: Lucas G. Bettendorff
Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini
Subsecretario de Investigación: Dr. Emiliano J. Buis
Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz
Subsecretaria de Planeamiento Educativo: Noemí Goldsztern de Rempel

Departamento de Publicaciones

Directora: Mary Beloff
Subdirector: Luis Ricardo José Sáenz
Secretario: Lautaro Furfaro

INFANCIAS, NARRATIVAS Y DERECHO

Laura Lora (comp.)

Ponencias del Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia

Facultad de Derecho, UBA. 18 y 19 de mayo de 2020. Modalidad online a través de plataforma Zoom y transmisión en vivo por el canal de YouTube del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Índice

Presentación del libro Infancias, narrativas y derechos, *Laura Noemi Lora y Laura Vanesa Medina* 12

PARTE I. Acceso a Justicia. Exigibilidad de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes 25

Los derechos de niños y niñas como derechos de prestación, *Mary Beloff* 26

Infancia y anomia, *Claudio Martyniuk* 40

La infancia en la agenda de Desarrollo Humano Sostenible 2030, *Yanina Soledad Álvarez*. 62

Programa "Mi Abogado", representación jurídica especializada en Infancia para Niños, Niñas y Adolescentes separados del cuidado parental: Un esfuerzo para saldar la brecha en el área de protección de derechos, *Carolina Becerra Rivera y Sigrid Santander Astorga*. 71

Avances del proyecto de investigación: "Garantías mínimas del niño, niña y del adolescente en el proceso administrativo de adopción de medidas de protección excepcional, en la ciudad de Rosario", *Silvia Graciela Belmonte y Noelia Ada Diéguez*. 91

Efectividad del derecho a conocer los orígenes, *Marisol B. Burgués y Mariana A. De Lorenzi*. 99

Infancias y adolescencias en lista de espera, *Agustina M. Dellasanta* 113

Responsabilidad parental vs. la "Ley" de los padres. Cuando los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) y el Estado son controvertidos por los propios padres, *Laura Díaz*. 134

Derechos vulnerados de los menores y adolescentes en casos de violencia doméstica y la necesidad de acceso a la justicia, *Silvia Laura Duca* 148

¿La mediación es un espacio propicio para los adolescentes y sus problemáticas parentales?, *María Belén Ferrari y Silvana A. Rodríguez Musso* 160

La niñez y adolescencia en la provincia de Jujuy, *Gabriela Ferreyra Jenks*. 180

Acceso a justicia, derechos de los niños y niñas que viven con sus madres en contextos de encierro, *Silvia García de Ghigliano, Delfina De Césare, Patricia Guzmán y Alejandra Zarza* . . . 195

Formación profesional: la ausencia de niños, niñas y adolescentes del sector empobrecido en los contenidos curriculares, *Carolina Geringer*. 209

El abogado del niño en el proceso de adopción, *Matías Ezequiel Leiria*. 218

La enseñanza jurídica en torno al acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. Aportes para un programa de estudios, *Laura Noemí Lora y Laura Vanesa Medina* 238

Violencia doméstica: impacto en los niños, niñas y adolescentes, *Rosario Martínez Sobrino* 259

¿Cómo garantizar el aislamiento social a los invisibles sociales? Estudio de caso sobre recomendaciones de la CIDH y medidas adoptadas en el sistema socioeducativo Rio Grande del Sur, Ana Paula Motta Costa, Carolina de Menezes Cardoso y Claudia Redin Patel 274

Pobreza e infancia: implicancias en el sistema interamericano de protección de derechos humanos y en el ejercicio de la justicia, *Claudia Adriana Nieva*. 288

"Estaurar é possível: as oficinas parentais no poder judiciário brasileiro como experiência concreta de efetivação do direito à voz de crianças e adolescentes nas rupturas das relações familiares". *Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci y Michelle Asato Junqueira* 310

Logan´s Run, *La fuga de Logan*. Análisis de la ley 27.364 que crea el Programa Nacional de Acompañamiento para el Egreso de Jóvenes sin cuidados personales y las dificultades de su aplicación en el ámbito de la CABA, *Patricio Andrés Roclaw*. . 327

La Convención de los Derechos del Niño en la Constitución de la provincia de San Juan, *Matías Germán Rodríguez Romero y Abril Valentina Villafañe Calvo* 343

Del dicho al hecho, *Pía Martina Roldán Viesti y Exequiel Alagastino*. 352

Acceso inclusivo a la Justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, *Yamila Laila Santangelo y Luciano Horacio Varela* 363

La cámara Gesell y la verdadera efectivización de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos y contravenciones, *Carolina Serjai* 376

Mediación familiar con presencia de niños y niñas. Un análisis de modelos, *Larenas Valdebenito* 390

PARTE II. Sistema penal. Impacto de las personas menores de dieciocho años de edad. 410

Los chicos de la calle y su llegada a los Institutos de Menores, *Rosana Alves y Patricia Susana Lupich* 411

Una vida tras las rejas: condenas perpetuas a menores de edad, *Antonella María Bentin y Alan Emanuel Vaccarini* 423

Acto infraccional: reincidencia en la ciudad São Luís, enero a julio de 2018, *Raimunda Irlanda Cabral Santos Rezende*. 441

El impacto del sistema penal sobre niños, niñas y adolescentes cuyos padres y/o referentes adultos se encuentran privados de libertad, *María Belén Masola y Luciano Cadoni* 449

La protección de adolescentes y jóvenes incluidos en el Sistema Penal Juvenil en momento del COVID-19, *Carolina Izidoro Do Nascimento* 463

De la doctrina de la peligrosidad a la perspectiva de restitución integral de derechos. Una pregunta territorial, *Marisa Fama, Magalí Gauna, Cecilia Gómez y Paula Julio* 476

La posición social en lxs adolescentes/jóvenes sujetos de intervenciones de la Justicia Juvenil. Los determinantes sociales que operan en sus trayectorias vitales propiciando captación selectiva del Sistema Penal, *Adriana Mariel Fernández* 485

Jóvenes en conflicto con la ley en Radio FM "De Adentro 94.3", *María Guadalupe Macedo* 503

Abordajes restaurativos con adolescentes desde el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Stella Maris Margetic, Patricia C. Mazzeo y Laura Sajoux* 523

Jóvenes y justicia penal. Una aproximación etnográfica a las respuestas institucionales frente al delito juvenil, *Federico Medina* 546

Prácticas Profesionales Interdisciplinarias en Red, desde la perspectiva de Derechos, en el Sistema de Responsabilidad Penal juvenil, con enfoque Restaurativo, *David Perelmuter y María Cecilia Marcone* 565

El sistema de justicia penal de menores en la era de las reformas, *Marina Alejandra Postiglione* 572

"El amparo a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia": la importancia de la articulación institucional para evitar la revictimización en los casos de violencia intrafamiliar, *Cecilia Real de Azúa y Nicolás Tabak*. 589

Justicia restaurativa juvenil y estándares internacionales: el estado del arte en Chile, *Fabián Suazo Guacte* 600

Reflexiones en torno a la prohibición de abreviar el proceso en el sistema de justicia penal juvenil uruguayo, *Daniel Rodrigo Zubillaga Puchot*. 613

Presentación del libro Infancias, narrativas y derechos

Laura Noemí Lora[1]

Laura Vanesa Medina[2]

La propuesta

La presente obra, editada en dos tomos, contiene los textos escritos por diferentes autore/as que en su carácter de panelistas y/ o ponentes participaron del Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia. Este evento académico tuvo la particularidad de ser el primer Congreso de alcance nacional e internacional desarrollado de manera completamente virtual durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) dispuesto por el Ejecutivo Nacional en la Argentina como consecuencia de la pandemia por COVID-19.

La organización del Congreso estuvo a cargo de los integrantes del Proyecto UBACyT Derecho, Sociedad e Infancia[3] conjuntamente

---

1 Doctora en Derecho Área Social. Abogada, Especialista en Administración de Justicia y en Sociología Jurídica y de las Instituciones, títulos obtenidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora de grado y de posgrado. Es miembro del Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho, UBA, donde se desempeña como Directora del Seminario Permanente de Sociología Jurídica, e-mail de contacto: spsjgfd@derecho.uba.ar y de Proyectos de Investigación UBACYT desde 2008 hasta la actualidad.
E-mail de contacto: lauranoemilora@derecho.uba.ar.

2 Abogada, graduada en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires, con orientación en Derecho Privado. Especialista en Derecho del Trabajo, UBA. Graduada de la Carrera y Formación docente, UBA. Maestranda de la Maestría en Derecho del Trabajo, UBA. Docente Auxiliar de Metodología de la Investigación Social, Departamento de Ciencias Sociales, FD-UBA. Investigadora, miembro de Proyectos de Investigación UBACyT acreditados por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UBA, desde el 2009. Actualmente integra el Proyecto de Investigación UBACyT titulado *"Derecho, Sociedad e infancia"*, Programación Científica 2018-2020, Resolución (CS) Nº 1041/18, Directora: Doctora Lora Laura Noemí. Coordinadora del Seminario Permanente de Sociología Jurídica del Instituto Gioja, FD-UBA.
E-mail de contacto: lauramedina@derecho.uba.ar

3 Programación Científica de la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, Periodo 2018-2020, Código de proyecto 20020170100526BA, Lora Laura N., Directora.

con el Departamento de Ciencias Sociales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", todos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y fue celebrado los días 18 y 19 de mayo de 2020, de forma totalmente gratuita. La idea constitutiva y su formulación fueron propuestas junto a un plan de actividades presentado en la convocatoria del Programa de Apoyo a Reuniones Científicas de la Universidad de Buenos Aires del año 2019, oportunamente acreditado. Al respecto, en relación con los requisitos del formulario cabe destacar el referido a la disciplina en el marco de la cual se realizaría, la Sociología Jurídica. En este sentido, dado que uno de los objetivos de quienes diseñamos esta actividad fue generar un espacio en el cual compartir las experiencias y modos de abordar los conflictos que atraviesan a niñas, niños y adolescentes desde la mirada de variadas profesiones, siguiendo los lineamientos de la tradición sociológica jurídica, representada por a Ferrari Vincenzo, nos propusimos además identificar cuáles son las acciones que se inspiran en el Derecho, comprender su sentido y verificar hasta qué punto este es socialmente compartido, describirlas en su curso temporal, estudiar sus efectos concretos y de esta manera reconducir tales investigaciones a una mirada teórica del conjunto que dé cuenta de la posición que, en un ámbito de relaciones sociales, recubre al Derecho, visto tanto en su integridad como en sus partes. La sociología jurídica fue la primera disciplina mencionada, luego el Derecho y luego el psicoanálisis. La presentación requería mencionar los antecedentes del equipo relativos a reuniones científicas anteriores y a continuación los objetivos de la propuesta. De acuerdo con ello, se efectuaron referencias a la ejecución de los proyectos UBACyT, a partir de los cuales abordamos interdisciplinariamente temáticas tales como niños que conviven con sus madres en establecimientos penitenciarios, arresto domiciliario e interés superior del niño, privación de la libertad de jóvenes en conflicto con la ley penal, violencia institucional, adopción, trabajo infantil, trata y tráfico de personas, participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales, administrativos y de mediación que los involucran, dilemas en torno a la infancia trans, entre otras problemáticas contemporáneas referidas a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA). Se especificó, además, que para estos abordajes los integrantes del equipo UBACyT se contactaron con profesionales de instituciones que se ocupan de conflictos socio-jurídicos que atraviesan a NNyA, e invitamos a la Facultad de Derecho a jueces federales y nacionales, abogados del niño, mediadores, psicólogos,

asistentes sociales, así como también a docentes y directores de escuelas, estudiantes de grado y de posgrado, para participar de reuniones donde se comparten experiencias de trabajo en, con y para las infancias. Esto permitió al equipo conocer y transferir conocimiento.

La iniciativa del Congreso nace entonces con la finalidad de profundizar nuestros estudios e investigaciones acerca de las acciones humanas, las políticas y los programas en torno a los NNyA, que se inspiran en el Derecho, para comprender significados, alcances y legitimaciones.

Así, la invitación propuso favorecer un intercambio acerca de los dilemas que se presentan a los profesionales de distintas disciplinas que tratan con conflictos relativos a NNyA, en procesos escolares, administrativos y judiciales donde se involucran sus derechos y los principios rectores establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN): no discriminación (art.2); interés superior del niño (art.3); supervivencia y desarrollo (art 6) y participación (art.12).

La estructura del Congreso

El Congreso en su apertura contó con la presencia del Dr. Marcelo Gebhardt Vicedecano de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires, (en adelante UBA) quien se manifestó orgulloso de la Facultad a la que se refirió como "Casa ampliada", por albergar sin límites y con generosidad a personas de diversas latitudes. Destacó la relevancia de los temas incluidos y la posibilidad de brindar herramientas, transferir, abrir el conocimiento y la actividad académica a quienes tienen responsabilidades políticas de generar caminos que hagan al cuidado de la niñez y la adolescencia. Participó y acompañó en la apertura, el Director del Departamento de Ciencias Sociales, Ricardo Rabinovich-Berkman quien refiriéndose a las circunstancias ocasionadas por el Covid-19, expresó: "la peste ha generado una epifanía en el viejo sentido de la palabra. Han aparecido cosas que las sociedades se negaban a ver. De repente nos hemos enterado que hay pobres, que tenemos favelas y que en ellas no hay agua; que las personas viven abigarradas y sin un mínimo recaudo de salubridad e higiene; nos hemos enterado que las cárceles son un horror y verdaderos campos de concentración; nos hemos enterado que hay niños y que tienen otro mundo, otras necesidades, otras perspectivas y visiones que nosotros. Y los adolescentes la están pasando mal". Además, señaló: "En todos los países del mundo se ha visto claramente que lo que incide en los comportamientos so-

ciales no es la ley, ni siquiera las constituciones. Los derechos constitucionales han sido vulnerados en todos lados". Concluyendo: "Un congreso de la entidad y la importancia de este, en este momento, lo hace irrepetible (...). Les garantizo que lo que está sucediendo y va a suceder durante estos dos días va a ser un documento histórico que va a ser utilizado en investigaciones".

Luciana Scotti, vicedirectora del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, quien también se desempeñó como coordinadora de una de las comisiones de trabajo e integrante del Comité evaluador de ponencias, enfatizó en la interdisciplina de las distintas experiencias que tenían los participantes de lujo de los paneles y de las comisiones de trabajo. Se refirió también a las conversaciones y al trabajo que implicó la organización y la decisión de proseguir con la realización de hacer el primer congreso interdisciplinario con uso de la plataforma zoom y otras herramientas virtuales, con las que el Instituto contaba a través de las gestiones del Director, Dr. Marcelo Alegre. Esto sin dudas, según sus palabras, ha revitalizado y potenciando la participación federal, internacional e interdisciplinaria.

En cuanto a la suscripta Lora, como Directora del Proyecto organizador "Derecho Sociedad e Infancia, describí los antecedentes de anteriores proyectos que precedieron a la propuesta, junto a la enunciación de la fundamentación y los objetivos del Congreso, que entre otros propósitos, convocó a docentes e investigadores de la Universidad de Buenos Aires para compartir con sus pares del país y del exterior, un espacio en el cual promover los abordajes interdisciplinarios que superen las fronteras del ámbito institucional, local y regional. Se comentó que el avance de lo que la Organización Mundial de la Salud denominó como pandemia, ocasionada por el brote del COVID-19 y la declaración por parte del Gobierno Nacional Argentino del aislamiento, social, preventivo y obligatorio (ASPO) produjo que los integrantes de la Comisión Organizadora decidieran su realización mediante la utilización de recursos y herramientas virtuales ofrecidas por el Instituto Gioja. En este sentido, conjuntamente con las autoridades y el personal administrativo del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad, entre otros, se destaca el trabajo de Martín Testa, Fiorella Cesa, Denise De Luca y Cecilia Hilt que brindaron el soporte técnico; se llevó a cabo la tarea de apertura, de desarrollo de los paneles, las sesiones de las comisiones de trabajo y de cierre del Congreso. De manera coherente con su finalidad el trabajo académico se transmitió en vivo por el Canal YouTube del Instituto Gioja, con una activa participación nacional

e internacional como se puede verificar a través de las preguntas, debates y comentarios en el chat.[4]

La convocatoria y difusión de las actividades del Congreso se hizo a través del *mailing* de la Facultad de Derecho, con una activa participación de su Oficina de Comunicaciones, quienes entre otras tareas realizaron los *flyers* y difusión. También auspiciaron el Congreso la Asociación de Magistrados y Funcionarios para la Justicia de la Nación y la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica. Las personas inscriptas y participantes lo hicieron en su mayor parte en su calidad de integrantes de distintas instituciones de las 24 provincias de la Argentina y de distintas regiones de Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Perú, Uruguay y España.

Las exposiciones principales se dividieron en tres paneles. El resultado fue la disertación de diez reconocidos especialistas con diferentes experiencias y trayectorias. Mary Beloff, Profesora Titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, UBA e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", UBA, se refirió a "Los derechos de los niños como derechos de prestación"; Claudio Martyniuk, Profesor titular de Epistemología de Ciencias Sociales y de Filosofía del Derecho Investigador del Instituto de Investigaciones "Gino Germani" disertó sobre "Infancia y Anomia"; Luis Pedernera, Presidente del Comité de los Derechos del Niños de la ONU, expuso su trabajo titulado "La pandemia, incertidumbre, amenazas y fortalezas para los derechos del niño". Marisa Graham, Defensora de niños, niñas y adolescentes se refirió a "Los viejos y nuevos desafíos en torno a los derechos de los niñas, niños y adolescentes en tiempos de pandemia".[5] La moderación del panel estuvo a cargo de la suscripta, Directora del proyecto UBACyT.

El segundo panel denominado Teoría y prácticas interdisciplinarias para la niñez y la adolescencia estuvo moderado por el Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional del Comahue, Jorge Douglas Price. La expositora Silvia Tendlarz, Psicoanalista, Titular de la Cátedra Clínica del Autismo y de la Psicosis en la Infancia, Facultad de Psicología, UBA disertó sobre "Autismo: objetos tecnológicos y pandemia", por su parte, Patricio Álvarez Ba-

4 Las palabras de apertura del Congreso quedaron registradas en los videos disponibles a través del Canal de Youtube del Instituto Gioja y de manera sintética en el Boletín Derecho al Día: http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/congreso-federal-internacional-e-interdisciplinario-derechos-humanos-para-la-ninez-y-la-adolescencia/+7991

5 La transmisión completa de este panel se encuentra disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=mzQfs9bPzDg

yón, Psicoanalista, Escuela de Orientación Lacaniana, Profesional de planta del Hospital Italiano y Servicio de Psicopatología Infanto juvenil, Hospital de Clínicas, expuso el tema de "Infancias Trans". Mientras que, Alejandra Barcala, Psicóloga, UBA, Magister en Salud Pública, Directora del Doctorado Internacional en Salud Mental Comunitaria de la Universidad Nacional de Lanús, presentó el análisis del tema "Desigualdades y violencias en las infancias con sufrimiento y vulnerabilidad social".[6]

En el tercer panel Migración y Diversidad Culturales expusieron Guillermo Treacy, Juez de Cámara Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad de Buenos Aires, quien se refirió a "La protección de la niñez en contexto de migración desde la perspectiva de los derechos humanos y estándares jurídicos de los instrumentos internacionales de la materia"; Paula Barberi, integrante del Programa de Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación se refirió a las "Normas internacionales que resguarda el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los pueblos originarios", Marina Salmain, Defensoría General de la Nación "Derechos de los niños, niñas y adolescentes en procesos migratorios de expulsión de sus progenitores".

Los textos de estas exposiciones principales, salvo dos trabajos, se encuentran en el primer y segundo tomo de la presente publicación, encabezando cada comisión de trabajo y tienen la particularidad de abordar los temas de las cinco comisiones de trabajo del Congreso, desde enfoques disciplinares diversos, que incluyeron principalmente perspectivas jurídicas, filosóficas, sociológicas y psicoanalíticas.

En cuanto a las ponencias, también hay enfoques interdisciplinarios y diversidad de técnicas de investigación y recolección de datos. Las ponencias aceptadas por las comisiones evaluadoras, fueron distribuidas entre los Coordinadores de las comisiones según las temáticas abordadas. Fueron presentadas oralmente en el transcurso de dos días, por profesionales especialistas en ciencias sociales, activistas, estudiantes de grado y de posgrado, docentes, investigadores, becarios, sociólogos, trabajadores sociales, mediadores, licenciados en ciencias de la comunicación, profesionales del campo de la educación, la salud, la abogacía, la psicología, el trabajo social, economistas, tanto del país como de otros países de Latinoamérica y de Europa. Así como también, participaron integrantes de diversos

6 Se pueden consultar las exposiciones del panel de manera completa en https://www.youtube.com/watch?v=DjDAJKV9kas&t=1291s

organismos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerios Públicos Fiscales y de la Defensa nacionales y provinciales, Colegios Públicos de Abogados y representantes de sus distintas áreas, cuyas experiencias brindaron un conocimiento contextualizado del objeto de estudio del Congreso, esto es, de las infancias, enriqueciendo las distintas áreas temáticas abordadas en el Congreso.

Por otro lado, las comisiones evaluadoras estuvieron integradas por profesores investigadores, del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L Gioja, del Instituto Gino Germani, del CONICET, de la Universidad de Buenos Aires y por docentes investigadores de centros de investigación de otras universidades públicas nacionales y extranjeras: Universidad Nacional de Rosario, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad Nacional de La Pampa, Universidad Nacional del Comahue y Universidad Temuco de Chile. Este trabajo implicó intercambio de miles de correos electrónicos respondidos en su mayoría por los integrantes del equipo UBACyT: "Derecho, Sociedad e Infancia" Programación científica 2018-2020: Carla V. Gutierrez, Paula Noelia Bermejo, Jennifer Dell Orso, Camila Selene Tortone, Laura Vanesa Medina, Rocío Michel, Rosario Martínez Sobrino, Sergio Andrés Delgadillo y María Florencia Ponce Medana. Todos ellos transmitieron comentarios y sugerencias a los ponentes antes de la exposición. Por su parte, los coordinadores de comisión, a partir de la propuesta de la suscripta Medina -docente e investigadora UBACyT-, elaboraron conclusiones en cada comisión de trabajo, las que fueron expuestas al finalizar cada sesión. Esto implicó un intercambio de más 1500 correos electrónicos.

Las 62 ponencias presentadas fueron expuestas sucintamente por 84 ponentes que participaron dentro de las cinco comisiones de trabajo que sesionaron a través de reuniones zoom, a saber: Comisión 1 de Acceso a la justicia: exigibilidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes; Comisión 2 de Sistema penal, su impacto en personas menores de dieciocho años de edad; Comisión 3 de Teorías y prácticas interdisciplinarias para la niñez y la adolescencia; Comisión 4 de Migrantes, refugiados y desplazados y la Comisión 5 de Pueblos originarios e infancia. Todas estas exposiciones se encuentran disponibles a través del Canal de YouTube del Instituto Gioja y constituyen un acervo de la Facultad de Derecho de la UBA. A partir de esta publicación, dichas ponencias, además, quedan disponibles de forma escrita en formato electrónico.

La Comisión 1 de **Acceso a la Justicia y Exigibilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes** estuvo coordinada por

Laura Vanesa Medina (Abogada, Especialista y Maestranda en Derecho del Trabajo, docente-investigadora UBACyT, de la Facultad de Derecho, UBA), por Laura Pautassi (Investigadora CONICET, y docente UBA) y por Silvana Rodríguez Musso (Abogada, de la Universidad Nacional de La Pampa). La secretaría de la Comisión estuvo a cargo de Noelia Diéguez (Abogada, de la Universidad Nacional de Rosario).

El trabajo de esta Comisión 1 se desdobló en dos sesiones.[7] Los resultados de la primera jornada de trabajo refieren fundamentalmente al cuestionamiento acerca de la efectividad del acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, reconocidos como tales desde el marco normativo nacional e internacional aplicable en Argentina, Brasil y Chile, que fueron los países de pertenencia de los ponentes. Así, se identificó que esta efectividad de derechos es atravesada por impedimentos provenientes del ámbito privado y también por obstáculos que se originan en el ámbito público, sea a partir de la deficiencia o incluso la ausencia de políticas públicas específicas y especializadas o a través del tratamiento socio-jurídico que recibe la niñez y la adolescencia por parte de la justicia, en tanto poder del Estado. En este sentido, se analizó la labor de los profesionales en el ámbito de la administración de justicia, como ser, el abogado del niño, los mediadores, el Ministerio Público y también, de todos aquellos que participan de los procesos administrativos o judiciales. Asimismo, se ha examinado la exigibilidad de las obligaciones a cargo de estos profesionales y del Estado en particular. El niño como sujeto procesal es una figura cuya construcción doctrinaria se observa en proceso. En todas las ponencias expuestas en la Comisión 1 se analizaron variables tales como: "efectividad de derechos", "exigibilidad de derechos", "restitución de derechos", "derechos vulnerados", "sujetos de derecho", "interés superior del niño", "interacción de una diversidad de sectores, actores e instituciones", "ejercicio interdisciplinario", "determinación de derechos y obligaciones en un tiempo razonable", "defensa, promoción o protección de derechos", "defensa técnica jurídica y abogado del niño" y "cuidado y responsabilidad parental". A partir de un estudio transversal de estas variables y dimensiones, complementarias entre sí, se advirtió que los derechos humanos de la infancia reconocidos normativamente a nivel internacional, aún requieren para su efectividad; por una parte, de la adecuación de la legislación local (de cada país) al paradigma de la protección integral de la infancia, siguiendo

7 Disponibles en: https://www.youtube.com/watch?v=hlStC-5X1mI

lo establecido en los dispositivos específicos de la materia y las recomendaciones de los organismos internacionales especializados. Por otra parte, se reflexionó que resulta necesario el ejercicio de repensar la labor de los profesionales que intervienen la infancia, de las familias y del Estado, en todos los ámbitos en que estén comprometidos los derechos de la niñez y la adolescencia, para disminuir la brecha existente entre los discursos y las narrativas sobre la infancia y las prácticas sociales. En idéntico sentido, la Comisión 1 destacó la necesidad de derribar las barreras identificadas como obstáculos para la efectividad de los derechos de los niños, advirtiendo que la mirada general de las líneas de trabajo abordadas, en ambas sesiones, exige y alienta la vigencia del paradigma de la protección integral de la infancia, al tiempo que, registra cómo la niñez se encuentra afectada por las problemáticas propias del mundo adulto, como ser, la pobreza, la migración, el desarrollo sostenible, entre otras.

La Comisión 2 de **Sistema Penal e impacto de las personas menores de dieciocho años de edad** estuvo coordinada por Martiniagno Terragni y Sergio Delgadillo, mientras que la secretaría estuvo a cargo de Rosario Martínez Sobrino, todos abogados Especialistas en Derecho Penal e integrantes de proyectos UBACyT. El trabajo de la comisión también se desdobló en dos sesiones.[8]

Las conclusiones advierten que, a partir de una importante cantidad de reformas legislativas parciales, el proceso penal nacional y federal desde hace muchos años se encamina hacia el sistema acusatorio, como ya se había legislado en el derecho público provincial. En cuanto al derecho penal juvenil, se señala que Argentina ha avanzado en los últimos veinticinco años en un proceso gradual y continuo de acercamiento al derecho penal de adultos, al menos en su aspecto procesal. Este doble acercamiento —primero del proceso penal general al modelo adversarial y, segundo, del derecho penal juvenil al modelo de enjuiciamiento de adultos—, presenta diversas particularidades que, a la luz del mencionado principio de especialidad, deben ser especialmente consideradas, tanto en el plano legislativo, como respecto de los tribunales encargados de su aplicación. Los ponentes abordaron esta nueva complejidad, con sólidos marcos conceptuales e importantes investigaciones empíricas, y ello se observa en la selección de los temas tratados. La especialidad y la interdisciplina como ejes transversales del corpus juris de derechos de niñas, niños y adolescentes, permitieron desarrollar dos principios

8 Disponibles en: https://www.youtube.com/watch?v=Ue17VofZ-ag, sesión de trabajo del día 19 de mayo de 2020.

de este denso entramado normativo: la desjudicialización de conflictos penales a partir de un nuevo abordaje (procesos y prácticas restaurativas) y la mínima intervención estatal frente al delito atribuido a personas menores de edad (ya sea como medida cautelar o como una sanción). Por último, se destaca que se identificó que durante el proceso penal juvenil (incluso durante los procesos restaurativos) coexisten las garantías penales clásicas con los deberes de prestación estatal hacia niñas, niños y adolescentes.

La coordinación de la Comisión de Trabajo 3 de **Teorías y Prácticas interdisciplinarias para la niñez y la adolescencia** estuvo a cargo de las abogadas Dolores Suárez Larrabure (Investigadora de la Universidad Nacional de Tucumán) y María Florencia Ponce Medana (quien se desempeña en una Defensoría Pública de Menores e Incapaces de Nación). Asimismo, contaron con la colaboración de los Secretarios de Comisión, Lucas S. Vidal (Becario de la Universidad Nacional de Tucumán) y Natalia Juárez (Investigadora de la Universidad Nacional de Rosario).

Las ponencias presentadas y expuestas a lo largo de las dos sesiones de trabajo de esta comisión, abarcan una gran extensión de temas, que van desde las normas propias de protección a la niñez –su discurso y su debate parlamentario–, la identidad de género, el rol del abogado del niño, el niño como sujeto de derecho y económico, los diferentes ejes de abordaje de la niñez, la educación y la mediación, hasta la intervención interdisciplinaria en los casos de la infancia en contexto de violencia de género, entre otros–; posibilitando además, nuevas reflexiones y debates posteriores. Asimismo, se advierte la inquietud de todos los participantes de la Comisión respecto al impacto que tiene y que tendrá en las infancias el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) impuesto a raíz del contexto pandémico que atraviesa el mundo en el año 2020, como también destacan la necesidad del abordaje de las dificultades que atraviesan las responsabilidades materno paternales, laborales y de esparcimiento en un contexto adverso como este.

Por su parte, la Comisión 4 de **Migrantes, refugiados y desplazados** fue coordinada por Luciana Beatriz Scotti (Doctora en Derecho, UBA), a Mariana Kohan (Doctoranda UBA y CONICET) y a Lidia Garrido Cordobera (Doctora en Derecho, UBA), estando su Secretaría a cargo de Camila Tortone (miembro UBACyT).

El trabajo de esta Comisión evidencia que la migración es un fenómeno pluridimensional, de alcance mundial, que afecta la vida de un número significativo de personas. En efecto, se estima que 258

millones de personas son migrantes internacionales (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, 2017). Ante ello, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General de la ONU, pone de relieve esta realidad. El Objetivo 10 es la reducción de las desigualdades, y la Meta 10.7 específicamente alude a "Reducir la desigualdad en los países y entre ellos", y en tal sentido insta a facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas. Los participantes de la comisión de trabajo señalan que esta meta debe ser tenida especialmente en cuenta cuando se trata de niños, niñas y adolescentes migrantes, que en ocasiones ven seriamente vulnerados sus derechos fundamentales, quedando en situación de apátridas, refugiados o desplazados. Los ponentes en particular, han abordado desde diversos enfoques, la búsqueda y la propuesta de soluciones para las distintas realidades y problemáticas que atraviesan las infancias en contexto de migración.

La Comisión 5 de **Pueblos originarios e infancia**[9] fue coordinada por Sylvia Morelia Saavedra Espinoza (abogada, Universidad Católica de Temuco, Chile) y por Silvina Zimerman (Prof. de Derechos humanos y garantías, UBA, Ex Becaria CONICET). La secretaría del trabajo estuvo a cargo de Jennifer Dell Orso (integrante UBACyT).

Considerando el espacio como un lugar abierto e interdisciplinario, se invitó a participar a estudiantes, investigadores, docentes y activistas en el entendimiento de que esa confluencia de distintos saberes es un emergente en el campo jurídico académico tradicional. Desde esta perspectiva, se organizaron sub-comisiones de trabajo de los distintos grupos.

En el primer grupo se trabajaron los siguientes temas: "La relevancia de la familia en las comunidades originarias a la luz del sistema interamericano de derechos humanos", relevándose el enfoque y la perspectiva comunitaria de la familia, con una especial mención a los efectos sobre los niños, niñas y adolescentes y considerando los mandatos de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño. El segundo tema tratado fue "Niñez y Pueblos originarios: Abuso y violencia sexual infantil", siendo un tema sensible en la vulneración de los derechos de la infancia que invita a repensar los roles como agentes o sujetos del derecho y a abordarlos desde otras perspectivas, en especial, manera decolonial y multicultural. En la

9 Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=HD69FEvZGtU

tercera exposición denominada “Tekomboé: La discapacidad en la interculturalidad y el bilingüísmo”, se trataron abordajes alternativos y/o complementario en las intervenciones con infancia en contextos multiculturales, bilingües, con impacto para concretar el principio de Consciencia Situacional en la intervención socio- comunitaria. Para finalizar las exposiciones de esta subcomisión, se abordó el tema “Pobreza y Desnutrición infantil en comunidades originarias” compartiéndose la experiencia interdisciplinaria vinculada en la repercusión de la variable desnutrición en el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, visibilizando las problemáticas de las comunidades originarias.

En el segundo grupo se trabajaron dos temas específicos: “La construcción de los derechos sexuales de los NNA en la jurisdicción indígena” y las “Huellas De Infancia En Comunidades Indígenas: Experiencias En La Comunidad Huarpe Guanacache, San Luis (Argentina)”. El trabajo de ambas temáticas se resume en la visibilización de las variables, que influyen dentro del enfoque de derechos de la infancia, en que deben ser consideradas para un abordaje integral, la multiculturalidad, el bilingüismo y el pluralismo jurídico. Para esta subcomisión, el cruce entre estas categorías es el que permitirá avanzar en la implementación de un paradigma de protección de la diversidad y enfrentar resistencias en el plano jurídico, ético, económico, social y cultural.

Apuntes finales

Durante el desarrollo del Congreso hubo variadas disertaciones y las ponencias fueron presentadas y defendidas en forma oral por sus autores/as.

Las disertaciones de los paneles y las sesiones de trabajo de cada comisión, como se mencionó, fueron transmitidas en vivo por YouTube a través del canal oficial del Instituto Gioja, pero, además; una vez finalizada cada actividad, sus videos contaron con múltiples reproducciones, de hecho, tan solo la apertura tiene cerca de 2100 visualizaciones.

Los coordinadores/as de las comisiones de trabajo han dedicado muchísimas horas a la lectura y evaluación de cada ponencia, haciendo diversas propuestas, quedó a criterio de cada ponente incorporarlas. También organizaron la dinámica de trabajo de cada comisión distribuyendo igualitariamente el tiempo de las exposiciones, de tal manera que todos pudieran exponer. En algunas comisiones,

debido a la gran cantidad de ponencias trabajadas solo se pudieron compartir las conclusiones de las problemáticas abordadas en conjunto; mientras que, en otras, además de ello, se intercambiaron y debatieron los temas presentados.

A los pocos días de realizar el Congreso se hicieron las desgravaciones de las exposiciones de los panelistas facilitando la información necesaria que sirvió de soporte para la redacción de artículos para difusión y transferencia a la comunidad académica, como por ejemplo, el artículo presentado en la revista *Lecciones y Ensayos*[10] con la finalidad de que pueda servir a quienes investigan sobre la temática y, en especial, para el uso del material que podrán hacer los estudiantes. En esta actividad contamos con la colaboración de todos los integrantes del UBACyT, por su parte, Sylvia Morelia Saavedra Espinoza, Profesora de la Universidad Católica de Temuco, asumió la tarea de lectura y revisión, como miembro externo del grupo.

También se hizo difusión de la reseña de las actividades del Congreso en el boletín del Comité de investigación en Sociología Jurídica RCSL 12 ISA[11] y en el Research Committee 53: Sociology of Childhood of the International Sociological Association (RC53 Sociology of Childhood/ISA).

Esta breve presentación pretende ser una invitación a la lectura pormenorizada de los trabajos, de las investigaciones –ejecutadas o en curso– y de las experiencias interdisciplinarias compartidas por todos los participantes del Congreso, expositores, profesionales, ponentes e invitados; que nos permitieron construir durante los días 18 y 19 de mayo de 2020 un espacio enriquecedor de intercambio de reflexiones y de propuestas que nos permiten resignificar y repensar las acciones aplicadas a las infancias que se inspiran en el Derecho, comprender su sentido y verificar el alcance que en la práctica socio-jurídica tienen los derechos humanos de las infancias y la adolescencia.

10 Lora Laura N., Bermejo Paula, Reseña del I Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario Revista Lecciones y Ensayos N 105, aprobado por Comité de redacción 20 de agosto 2020, en prensa.

11 Lora Laura N, Congress of Human Rights For Children And Adolescents International Sociologycal Association Research Committee on Sociology of Law, Newsletter N 2 , 2020, p. 10-11 disponible en:
http://www.iisj.net/es/system/files/rcsl_newsletter_2_2020-final.pdf

PARTE I

ACCESO A JUSTICIA. EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Los derechos de niños y niñas como derechos de prestación[12]

Mary Beloff[13]

I. Me gustaría iniciar esta presentación a partir de la referencia que hizo el profesor Martyniuk al "cuento de los derechos"[14], no porque vaya a atribuir a la expresión el mismo significado que le asignó él, sino porque me permite introducir lo que creo que es el sentido peculiar que caracterizó en el último cuarto de siglo a la narrativa latinoamericana referida a los derechos de niños y niñas.

Las normas internacionales (universales y regionales) de protección de derechos de niños y niñas –y a las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere como el "amplio *corpus iuris* de protección internacional de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes"[15]–, fueron interpretadas en nuestra región con un enfoque específico, al cual en algún momento la profesora Graham consideró la "refundación de la niñología"[16], y yo misma denominé "la traducción latinoamericana del *corpus juris*".[17]

Cuando se compara la forma en la que este sistema normativo fue decodificado en la región, respecto de cómo se lo lee en el ámbito universal –cuestión que es posible apreciar, por ejemplo, al analizar los informes que los países presentan al Comité de Derechos

12 Este trabajo resume la presentación realizada en el marco del Congreso Federal Internacional e Interdisciplinario sobre Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 18 y 19 de mayo de 2020 en el panel *Derecho Sociedad e Infancia*. La edición mantiene el tono coloquial de la exposición que le diera origen.

13 Profesora Titular de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

14 Esta expresión ha sido utilizada por C. Martyniuk al momento de su exposición titulada: Infancia y Anomia.

15 Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C nº 63, párr. 194.

16 Desarrollado en el mismo panel por Marisa Graham bajo el título: Derechos de niños, niñas y adolescentes. Viejos desafíos en tiempos de COVID-19.

17 Cfr. Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2° ed., 2019.

del Niño que preside en este momento Luis Pedernera–, se percibe claramente que la narrativa que se construyó en América Latina sobre el tema no está presente en otras regiones del mundo.

Por eso, como punto de partida, sostengo que hubo una traducción propia, un "cuento" –por volver a citar al prof. Martyniuk– que es relevante a los fines del tema planteado por este panel. En concreto, la hipótesis que quiero introducir para la discusión es que esa *traducción* generó problemas considerables a la hora de garantizar los derechos –reconocidos en la ley internacional y en los derechos nacionales–, a niñas y niños del continente; en otras palabras, a la hora de acercar la teoría a la práctica.

II. La segunda cuestión que me interesa plantear puede conectarse también con la alusión que el profesor Martyniuk hizo respecto de las imágenes de los niños, como niños devaluados. Concretamente, quiero relacionarla con el sesgo problemático que encuentro en la lectura del *corpus juris* que mencioné recién. Seguramente están al tanto de la literatura especializada sobre sociología de la infancia que plantea que desde que se "descubre" (en palabras de Philippe Ariès[18]) y/o se comienza a tematizar la cuestión de los niños en las ciencias sociales en los años 80, se organizan las representaciones acerca de la infancia y de los niños a partir de dos imaginarios en tensión: el del "niño dionisíaco" y el del "niño apolíneo".[19] Lo apolíneo alude a la bondad, a la pureza, a la belleza, a la ternura, a la inocencia; por lo contrario, lo dionisíaco alude a lo salvaje, a lo primitivo, a lo no reprimido, a lo descontrolado. Entiendo que el prof. Martyniuk se concentró en las representaciones dionisíacas de la infancia, con todas las dificultades que ellas plantean en términos sociológicos y filosóficos, a las que tan bien describió.

Yo en cambio quiero concentrarme en la imagen de los niños que encuentro en el *corpus juris*, que es la del niño apolíneo. Como todo sistema normativo de protección de derechos humanos, el refe-

18 Ariès, Philippe, *L´enfant et la vie familiale sous l´ancien régime*, Paris, Éditions du Seuil, 1973, Cap. II. [en español *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, con traducción de Naty García Guadilla, Madrid, Taurus, 1987].

19 Cf. Beloff, Mary, *Sistema penal juvenil: ¿Garantías sin protección especial? La interpretación latinoamericana*, en Revista "Nova Criminis. Visiones criminológicas de la justicia penal", Centro de investigaciones criminológicas de la justicia penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, n° 6, diciembre de 2013, ISSN 0718-9869, págs. 63/118.

rido a la infancia también puede ser leído como texto utópico[20]; no como una utopía negativa, un *utopos* como no lugar, sino en sentido positivo, como el mapa que señala el punto al que hay que llegar a la vez que muestra cómo hacerlo. Casi por una imposición epistémica, en ese "hacia donde" el *corpus juris* presupone, necesita tener un ideal de niño. Es respecto de ese niño ideal que se construye el sistema de derechos que los Estados se comprometen a generar, a alcanzar (llegar), a asegurar.

En otras palabras, lo que sostengo es que en el Derecho internacional el foco está en el niño apolíneo: el niño que juega, que se expresa y es oído hasta al participar en medios de comunicación, que va a la escuela, que no trabaja (porque el derecho asegurado es el de la protección contra la explotación), que crece al amparo de una familia que lo quiere y cuida, en resumen, una persona respecto de la cual el Estado tiene fuertes obligaciones positivas, correlato del derecho-sombrilla de los niños a su protección especial (por todos, tal como se encuentra definido en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como derecho a medidas especiales de protección).

Eso no implica negar que el Derecho internacional de derechos humanos también contenga regulaciones a partir de un imaginario dionisíaco, pero son mínimas. El ideal de niño del *corpus juris* es, reitero, centralmente apolíneo.

III. El derecho de los niños a su protección especial que se encuentra regulado en el Derecho internacional prácticamente desde sus orígenes[21], es la expresión normativa de la vulnerabilidad esen-

20 De acuerdo con COURTIS, Christian, en "Los instrumentos de derechos humanos como texto utópico: sociedad inclusiva y personas con discapacidad", expuesto en el Seminario *Los derechos humanos, la utopía de los excluidos* del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, llevado a cabo los días 21 a 23 de mayo de 2007.

21 Por esa razón no es correcto sostener que los niños son sujetos de Derecho internacional recién a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, más allá de que esta sea la expresión más completa del derecho de los niños a su protección especial. Este derecho ha sido reconocido tanto en el ámbito universal como regional. Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse: A) Ámbito universal: i) Organización Internacional del Trabajo: Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales, Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), Convenio sobre las prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, entre otros. ii) Organización de Naciones Unidas: a) Declaraciones: Declaraciones de los Derechos del Niño (1924 y 1959), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.2), Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, Declaración sobre los

cial de los niños[22], la cual justifica la existencia de los mencionados deberes de prestación del mundo adulto y del Estado hacia ellos.

Cuando aludo a una narrativa regional, lo que quiero decir es que en América Latina el *corpus juris*, y en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, fueron interpretados como una exigencia para la refundación (desde cero) de los sistemas legales de protección a la niñez existentes al momento de su incorporación en los diferentes países, no como una reconstrucción o reformulación de los mecanismos de promoción y garantía de los derechos del niño. En ese sentido, el *corpus juris* aparecía como un sustituto estructural de lo que solemos llamar el "complejo tutelar"[23] clásico.

Esta perspectiva original que he denominado en otra ocasión "traducción latinoamericana" del *corpus juris*[24], implicó por un lado, que se presentara a la Convención del Niño en confrontación absoluta con cualquier ley, concepción o experiencia anterior referida a la protección de los niños, cuestión que resumo en la idea de la "falacia de la ruptura".[25] Por otro lado, implicó también que se redujera la

---

principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; b) Convenciones y Pactos: Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV, arts. 14, 17, 23, 24, 38, 50, 89, 94 y 132), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.3 y 12.2.a), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6.5., 10, 14.4, y 24), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, arts. 5, 9, 11, 12 y 16), Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos, Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción; entre otros. B) Organización de los Estados Americanos: a) Declaraciones: Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (arts. VII y XXX); b) Convenciones: Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4.5., 5.5., 13.4, 17, y 27), Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de Menores, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, art. 16), Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará, art. 9); entre otros. Sobre el tema, Beloff, Mary, Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano, ob. cit.

22 Garzón Valdés ha denominado a esta vulnerabilidad esencial como absoluta o radical (Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, *Desde la modesta propuesta de "Swift" hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño*, en Revista "Doxa", Alicante, n° 15/16, 1994, págs. 731/743).

23 Donzelot, Jacques, *La police des familles*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977 [en español *La policía de las familias*, Valencia, Pre-Textos, 1979, pág. 99, traducción de José Vázquez y Umbelina Larraceleta].

24 Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C nº 63, párr. 194.

25 Cfr. Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano,* ob. cit., Cap. II.

discusión respecto de la implementación de todo el Derecho internacional de los derechos humanos (sobre todo, de la CDN), a una cuestión de reformas legales, lo que condujo a soslayar los aspectos referidos a las transformaciones institucionales, económicas, sociales, etc., necesarias para implementar debidamente los compromisos internacionales y de ese modo lograr los cambios esperados (aspecto que llamo "reduccionismo legal"); al tiempo que se concentraban todas las discusiones sobre los derechos del niño en la justicia juvenil. Esto último además reprodujo cierta lógica asociada a los enfoques penales que suelen presentar a los cambios legales como soluciones mágicas para enfrentar serios problemas sociales, cuestión que he llamado en alguna ocasión "reduccionismo penal".[26]

IV. Me gustaría conectar ahora la idea de la traducción latinoamericana con la de las imágenes de la infancia. Estas últimas pueden asociarse a los diferentes mecanismos de control social, los cuales se organizan y funcionan de manera diferente precisamente porque presuponen diferentes ideales de los sujetos.

Me parece crítico estar advertidos de que la traducción latinoamericana, por cierta "querella de escuelas"[27], con un enfoque bastante "maniqueo" y, como tal, simplificado, leyó al niño del *corpus juris* como niño dionisiaco y puso foco en la cuestión penal juvenil (en los derechos de defensa, como límites al paternalismo injustificado). Con ello se perdieron de vista las obligaciones estatales positivas, contracara de los derechos de prestación y protección especial de todos los niños (incluidos los infractores).

Acá aparece la segunda distorsión de la traducción (reduccionismo penal) vinculada, repito, con la idea de hacer foco en la respuesta estatal al delito de las personas menores de edad, lo que como indiqué inevitablemente fagocita cualquier discusión sobre derechos humanos y problemas sociales. Allí donde ingresa la cuestión penal sin que su presencia se justifique por la existencia de un crimen, hay que olvidarse de la posibilidad real de tener discusiones o intercambios de otro tipo.

En resumen, en nuestro continente se puso la atención en la cuestión penal juvenil, lo cual implicó no considerar prioritariamente los derechos de prestación y protección especial de los que es

26 Cfr. Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano,* ob. cit., Cap. II.

27 Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", Sentencia de 28 de agosto de 2002, Serie A nº 17, voto concurrente razonado del juez García Ramírez.

titular toda niña, niño y adolescente. Esa es otra cuestión con la que quería conectar mi presentación con las anteriores, en términos de los diferentes imaginarios de la infancia y las obligaciones de los países.

V. Además de la señalada distorsión, ¿qué otro problema generó este enfoque? Como la preocupación por los derechos estuvo fijada por muchos años en la justicia juvenil, la pretendida transformación de los mecanismos de control social que aún dentro de la narrativa latinoamericana producirían los cambios legales (esto es, la derogación de los mecanismos tutelares clásicos), lo que provocó en realidad fue un acercamiento de la justicia especializada a la justicia penal general, de la mano del mencionado debilitamiento de los derechos de protección (pérdida de la especialidad).

Con anterioridad a la irrupción de la Convención sobre los Derechos del Niño, no se discutía que los derechos de protección reconocidos a la infancia por las normas internacionales como el derecho a la familia, a la vivienda, a la educación, o a la salud, fueran absolutos, como parte de un "coto vedado"[28] o núcleo duro de derechos. Estaban fuera de discusión; en todo caso existían otras ideas respecto de qué significaba "protección", por ejemplo, que una familia fuese *adecuada* o no para asegurar este derecho, pero no se cuestionaba la obligación principal de protegerlos (sobre todo si los llamados naturalmente a hacerlo no podían o no querían). Era así porque los derechos de prestación eran entendidos como derechos de protección *total*, sin límite alguno en función de la edad, madurez, etc., tal como sí comienza a plantearse en la Convención sobre Derechos del Niño, como una transacción entre derechos de protección y libertades negativas. Entonces los derechos de defensa de los niños y adolescentes –como definitorios de las relaciones entre las personas y el Estado en el ámbito público–, no eran discutidos.

Planteado el *corpus juris* como un punto de llegada y no como un punto de partida (expresión del piso mínimo que cada país debe asegurar a todas sus niñas y niños), la principal dificultad del proceso de concreción de principios y reglas de derechos humanos de la niñez en América Latina en el último cuarto de siglo es que el *primer derecho* de los niños, *su derecho a la protección especial*, parece haberse debilitado considerablemente, para ser sustituido por un enfoque centrado en las garantías y derechos de libertad o de defensa.

28 GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Algo más cerca del "Coto vedado", en Revista "Doxa", Alicante, n° 6, 1989, págs. 209/213.

En otras palabras, el reconocimiento de los derechos de primera generación (libertades negativas y garantías del debido proceso) de los niños, los invisibilizó y les hizo pagar un costo alto: el debilitamiento de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Es importante no obstante reconocer que desde hace años existe claridad y un consenso notable respecto de algunas cuestiones vinculadas con los derechos de los niños y las políticas de niñez (más allá de las dificultades de traducción que menciono). Hay algunas cuestiones que son grandes victorias de la democracia. En este sentido, algunos derechos de los niños no son "verso" (cuento en ese sentido) en este país: por ejemplo, que los niños no pueden ser privados de la libertad sino por circunstancias excepcionales está fuera de discusión, o que los niños que no tienen una familia que los cuide y quiera tienen que tener una familia que lo haga, para que sean cuidados y queridos, para que puedan ser personas felices. Por mencionar dos, son cosas que en este país forman parte ya del entendimiento general de la sociedad, de las instituciones y sus operadores.

VI. La tercera cuestión se relaciona con la estructura de los derechos de los niños. En términos dogmáticos (positivistas) es posible afirmar que en el Derecho internacional de los derechos humanos de la infancia ella se encuentra invertida respecto de la estructura normativa de los derechos humanos pensados para las personas adultas.

Es un punto nuclear en el análisis que propongo. A lo que me refiero es a que, como es sabido, los derechos humanos surgieron y se fueron desarrollando originalmente y en adelante, como derechos de defensa para garantizar las libertades (negativas), la dignidad y la autonomía de las personas. Consideradas básicamente como defensas frente al Estado, esas libertades negativas definieron el modelo de los derechos por siglos; y recién una vez que esas libertades y defensas se consolidaron jurídica, política y culturalmente, se inició un proceso de reconocimiento gradual de otras obligaciones estatales (positivas).

En particular, si se analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se advierte que el reconocimiento de estos derechos y su exigibilidad apunta en general a grupos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad como resultado de construcciones socio-históricas. La Corte IDH considera a los integrantes de estos grupos como destinatarios de una especial protección estatal, la cual implica una intensificación de los niveles de cuidado, necesarios para que estas personas puedan gozar de sus derechos, libertades y

autonomía (pueblos originarios, mujeres, personas bajo la custodia del estado, niños, etc.).

Pero cuando se trata del *corpus juris* de protección de derechos de los niños, la aproximación es algo diferente. La Corte IDH lee y aplica los tratados en su literalidad, no a partir de lo que, si se me permite, les "hicimos decir" en América Latina.

De acuerdo con él –el más amplio, denso y sofisticado que existe en el ámbito internacional, quizás porque se trata de un sujeto con mayores complejidades subjetivas asociadas a su vulnerabilidad esencial[29], pero esta es una cuestión que no puedo abordar aquí–, en la base de la estructura normativa se encuentran los derechos de prestación/protección por parte del Estado hacia niñas y niños.

Es que por las características del sujeto, si no se cumple sobre todo en las primeras etapas de la vida[30] con esas obligaciones positivas (el núcleo duro de los derechos), hay una probabilidad altísima de que el niño se extinga como sujeto. Esto es así al punto, como señalé, de que muchos de los derechos fundamentales de prestación o protección especial incluidos en los tratados no se encuentran limitados como sí lo están otros derechos de libertad, por la edad, madurez o aquello que pueda afectar al niño o sus intereses (interés superior).[31]

---

29 "(…) vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (…)", Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", Sentencia de 28 de agosto de 2002, Serie A nº 17, párr. 8 del voto concurrente razonado del juez García Ramírez.

30 El asumir que el niño es una categoría socialmente construida nos hizo perder de vista que los niños son niños, más allá de que respecto de la infancia se puedan construir diferentes visiones y maneras de tratarla. Por eso es importante que la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 1 disponga que "niño es toda persona menor de 18 años". Es una decisión del mundo entero respecto del reconocimiento de la incompetencia básica (fenomenológica) de los niños, la que requiere fuertes deberes de prestación del Estado. Con su aproximación post-moderna, la traducción latinoamericana perdió de vista este aspecto fundamental y, al hacerlo, perdió de vista que los niños son niños y los comenzó a pensar y a tratar como adultos, en algún sentido de forma equivalente a lo que sucedió en los Estados Unidos en los años 60 cuando se dieron estos debates.

31 Como ejemplo puede mencionarse el art. 12 de la CDN: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, *en función de la edad y madurez del niño* (…)", destacado agregado. La Corte IDH sostuvo que los niños ejercen sus derechos "de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal", por lo que el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño y su interés superior a fin de acordar su participación

Se trata de aquellos derechos que Ernesto Garzón Valdés incluye dentro de la idea que mencioné antes, de "coto vedado", los cuales explican el perfil paternalista justificado del *corpus juris* de la infancia. Se trata de esos derechos que no son transables por libertades negativas, en ejercicio de la autonomía plena de un sujeto del cual se considera que cuenta con máxima agencia moral. Otra conclusión quitaría sentido a un sistema normativo especialmente diseñado para personas diferentes de los adultos precisamente por la cuestión de la competencia.[32] Un sistema normativo dirigido a los niños, pero

---

en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso" (caso "Ramírez Escobar y otros *vs*. Guatemala", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C nº 351, párr. 172; en sentido similar, Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit., párr. 102; "Atala Riffo y niñas *vs.* Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C nº 239, párr. 199; "Furlan y Familiares *vs*. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C nº 246, párr. 230; entre otros). En el caso "Ramírez Escobar y otros *vs*. Guatemala" el Tribunal sostuvo que: "(…) Si bien J.R. tenía entre uno y dos años, la Corte recuerda que los niños ejercen sus derechos por sí mismos de manera progresiva de acuerdo con su edad y madurez, por lo que los Estados deben tomar las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias (…)" (párr. 182). De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño: "Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión.", Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (2013), párr. 44.

32 "(…) en el caso de los niños, el ejercicio de su autonomía está condicionado por una situación de radical vulnerabilidad. Quienes se encuentran en una situación tal no están en condiciones de negociar por sí mismo relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones (…) En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda. Por ello es que los casos de vulnerabilidad absoluta son los casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no solo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas (…)", GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "*Desde la modesta propuesta" de J. Swift a las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños,* cit., págs. 737 y 738. Esta limitación a la autonomía del niño depende de su edad y madurez; es decir, debe existir una relación proporcional: a mayor edad y madurez, mayor participación y protagonismo del niño en el ejercicio directo de sus derechos. También dependerá del tipo de derecho en juego, ya que cierto grado de madurez permite ejercer determinados derechos, pero este desarrollo físico e intelectual no autoriza necesariamente el ejercicio de otros derechos que involucren una mayor capacidad de comprensión y autonomía al implicar consecuencias más gravosas (y en muchos casos, irreversibles) con directa repercusión en el futuro de la vida de ese niño o niña.

con la estructura clásica, los pondría a la par que los adultos y de ese modo, insisto, su existencia carecería de sentido.[33]

Lo curioso es que la *traducción latinoamericana* leyó otra cosa. En la práctica, esta tensión entre derechos de protección y derechos de libertad se presenta todo el tiempo y complejiza la resolución de los casos que, además, por tratarse de niños, deben ser resueltos de forma inmediata. La tensión coloca a los operadores en una suerte de parálisis en términos de cómo resolver. Como ejemplo puede recordarse el recurso sistemático y acrítico al interés superior del niño para decidir que se resolverá de forma opuesta a lo que el niño manifiesta, cuando lo que hay detrás es una dificultad en interpretar en contexto de qué habla el niño o la niña, cuál es su necesidad y cuál es el mejor medio para satisfacerla.

VII. No hay posibilidad de definir una política pública si antes no existe un acuerdo sobre las dimensiones y características de la realidad sobre la que se pretende intervenir. Si todo lo sólido se desvanece en el aire, si la realidad social depende de la mirada y la percepción de cada uno, desaparece la posibilidad de definir e implementar una acción social, colectiva, política, sobre esa realidad.

Para poder concretar los derechos contenidos en los tratados a través de políticas eficaces, es fundamental llegar a acuerdos teóricos pero también políticos y culturales, respecto de qué significa ser un niño, una niña, de lo que quiere decir "violencia", acerca de qué hablamos cuando hablamos de "infancia", de "autonomía" o de "capacidad". En la construcción de esos acuerdos el rol de la jurisprudencia (sobre todo internacional) es fundamental, más allá del aporte de las ciencias sociales.

Donde en cambio prevalece el enfoque de estas ciencias y otras relacionadas, es respecto de la definición de cuál es la mejor solución a un problema que involucra derechos de niños, o cuál es la mejor intervención en un caso. Es un problema diferente pero que presupone tener resuelto el mencionado en el párrafo anterior. Es importante, sobre todo cuando se trabaja en la implementación de principios y reglas de derechos humanos, el tener presente que los

33 John Stuart Mill consideraba a los niños como incompetentes básicos, a quienes no se aplica el principio de libertad. Eso no quiere decir que Stuart Mill tuviera una mirada despreciativa o minusvalizante de los niños, sino simplemente que no se les podía aplicar el principio de libertad por su condición madurativa. Una manera de reconciliar a Garzón Valdés con Mill es que para que el niño pueda ejercer su autonomía y se le pueda aplicar el principio de libertad es preciso primero garantizarle los derechos que integran el "coto vedado". Por ese motivo la garantía de estos derechos nucleares no puede estar supeditada al ejercicio de los derechos de libertad.

enfoques relativistas en muchas ocasiones frustran la realización de esos derechos humanos, sobre todo en punto a la exigibilidad en términos de implementación de políticas públicas (por definición, *ab initio*, universales).

En resumen, me parece que esta tensión entre derechos de protección y derechos de libertad probablemente constituye una de las explicaciones centrales para los problemas que aparecen en la práctica de los derechos de niños y niñas en el país.

VIII. En lo que respecta al contexto/crisis actual, como técnicos del proceso de adjudicación de derechos, nos corresponde asumir algunos debates y discusiones vinculados con el cuidado, la protección, el desarrollo, la autonomía y la libertad, las cuales en ocasiones sitúan a niñas y niños en posiciones muy difíciles, como la de tomar la decisión de si va a ser protegido y cuidado, por ejemplo, en medio de la pandemia, de una infección con consecuencias que pueden ser muy graves para sí y/o para el entorno familiar y/o comunitario, en lugar de dejar claro que la responsabilidad de tomar esas decisiones corresponde a las personas (adultas) expertas en la materia.

De regreso al ámbito jurídico, sobre las diferentes características del *corpus juris* de los derechos del niño frente al de los adultos, me parece que la dificultad se encuentra en cómo resolvemos normativamente.

En el momento en el que el operador (el que sea) que tiene que tomar una decisión se encuentra en la situación de tener que asegurar los derechos de protección de ese niño con la máxima empatía y registro del otro vulnerable, esencialmente vulnerable por su edad, no en ejercicio de una solidaridad aparente sino real, puesto que se trata de un deber funcional, y se ve de pronto interpelado por una suerte de lectura peculiar de quien plantea que no se encuentra performativamente en condiciones de tomar las decisiones de solidaridad real sino aparente.

Me concentraría en la siguiente pregunta: ¿en qué momento se determinó que los operadores estatales, judiciales o administrativos, podían transferir el poder y la responsabilidad de decidir al niño? Es un problema serio

Siempre me llamó la atención que la Ley N° 26.061 de "Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" tiene cinco artículos donde menciona el derecho del niño a ser es-

cuchado.[34] Me pregunté por qué tantas veces el derecho del niño a ser oído, No encuentro la razón de reiterar tantas veces un derecho cuando ya se encuentra contemplado en la CDN con algunos problemas (art. 12); en todo caso, la ley nacional debería haber clarificado las dificultades que presenta este derecho, su garantía y su ejercicio tal como quedó regulado en la CDN. Eso no se hizo sino que se repitió el mismo texto cinco veces. Tanta repetición evidencia un mecanismo no suficientemente estudiado, que ojalá los científicos sociales tomaran la iniciativa y analizaran estas cuestiones. Una vez más con nuestras mejores intenciones esta vez en clave *progresista* trasladamos la responsabilidad de las decisiones a los niños en lugar de resolver nosotros con todo lo que eso implica.

IX. Resulta claro que los niños tienen derechos y que es deber del Estado garantizarlos. Lo que no se puede desconocer desde el punto de vista de la política criminal es que una sociedad que tiene, que garantiza mejor y más ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, es una sociedad con menos violencia hacia los niños y de los niños hacia la sociedad. Es un valor agregado. De modo que el foco debería estar aquí.

Para finalizar quiero recordar al profesor y filósofo italiano Eligio Resta[35] quien nos recuerda en un texto magnífico que los casos de niños siempre son casos trágicos. Yo agregaría que no hay "buenos" casos de niños, ni siquiera los casos de no son de los niños dionisíacos. Dice Resta que siempre son casos trágicos porque cada vez que un niño está frente a una autoridad es porque algo trágico pasó en su vida (una guerra, una catástrofe natural, la pobreza, el desamor de sus padres resuelto de una forma violenta, actualmente una pandemia). No pensemos solo en casos de máxima vulnerabilidad socioeconómica. La Prof. Graham puede dar seguramente muchísimos ejemplos de su práctica extensa en el derecho de familia y también como funcionaria del Poder Ejecutivo provincial y nacional por mu-

34 Ley N° 26.061 "Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" (sancionada el 28/09/2005, y promulgada de hecho el 21/10/2005), arts. 2º, 3º, 24, 27, y 66.

35 Resta, Eligio, *La infancia herida*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008. Este autor fue de un modo casi censurado porque no fue de los libros traducidos en los años en los que hacíamos la reformas legales, ya que claramente su punto de vista no iba en la línea que sumaba al discurso instalado, que llamo de la traducción latinoamericana y de su doble reduccionismo legal, penal y de ruptura que son digamos los pilares de la traducción latinoamericana. La ruptura y el reduccionismo, solo cambiar leyes y leyes penales, la fórmula de la traducción latinoamericana. Finalmente logramos publicarlo con la ayuda de la Dra. Lora que lo tradujo.

chos años, de niños que pertenecen a familias con muchos recursos económicos pero que también son casos trágicos. Están también las niñas o niños que trabajan en programas de televisión con una carga horaria tremenda, o los niños a quienes se entrena como deportistas de alta competición. Estos también son casos trágicos. Resta sostiene que si no hubo una tragedia, un niño, una niña no comparecen frente a la autoridad, la que sea, tal como probablemente ninguno de nosotros haya crecido bajo la custodia del Estado, y también probablemente por ese motivo, mejor o peor pudimos tener una infancia y salir adelante.

Los casos de niños son casos trágicos siempre como primer dato, pero, además, sostiene que es trágica la situación en la que se encuentran quienes tienen que resolver porque no hay manera de saber (agregaría, ni con el *corpus juris* ni con toda la mejor voluntad) si la decisión que toma es la correcta. Al mismo tiempo los problemas de los niños son urgentes, pero hace falta tiempo para resolverlos, encima sin saber si se va a resolver con acierto. Todas estas tensiones agregan carácter trágico a los casos de niños.

Me parece que nos tenemos que hacer cargo de eso y pensar una teoría más robusta porque de otro modo vamos a repetir errores que no nos van a permitir concretar las condiciones de vida digna[36], que tanto reclama el Derecho internacional para los niños. Yo me corro un poco del lugar jurídico y me pongo en el lugar más analítico, y me disculpo por eso, pero intuyo que con la mejor lectura latinoamericana de la Convención tan punitivista tenía que ver también en la mejor luz no soportar este carácter trágico que tienen los casos de los niños.

Para sintetizar quise ser lo más esquemática posible debido a la modalidad virtual empleada pero no quiero sonar dogmática en el sentido que hago afirmaciones que no desarrollo sino que trato de ser esquemática por el formato. Señalada entonces la dificultad ya más desde la filosofía del derecho en las diferentes características del *corpus juris* de los derechos del niño frente al de los adultos me parece que si se quiere la dificultad se encuentra en cómo resolvemos normativamente esto que Martyniuk llamó "aparente solidaridad". Leí "aparente solidaridad" en el momento en el que el operador o quien tiene que tomar una decisión, se ve puesto en la situación de tener que asegurar los derechos de protección de ese niño con la máxima empatía y registro del otro, esto es no una solidaridad aparente sino

36 Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala", cit. párr. 144.

real, además un deber funcional, y se ve de pronto interpelado por una imprecisión o una suerte de lectura peculiar de quien plantea que no se encuentra performativamente en condiciones de tomar las decisiones de solidaridad real sino aparente.

Infancia y anomia

Claudio Martyniuk

1. El cuento del derecho, las cuentas de la anomia

i. Los enunciados son elocuentes: enumeran derechos, constituyen agencias e intervienen organismos, el funcionariado crece a la par de la inflación de derechos. ¡Ah, la niñez con derechos! El reverso de este eje de la sociedad del espectáculo: anomia. Los chicos de la calle, los recolectores, esas existencias del neolítico, devienen contemporáneos por el dispositivo biopolítico.Violencia estructural y violencias reactivas. Miseria y embrutecimiento. El cuento de los derechos, las cuentas de la anomia: ¿acaso sorprende ese movimiento que atrapa existencias y las reduce a la nuda vida?

ii. ¿Acaso sorprende la cultura de la indiferencia que se distancia de la responsabilidad? No aprueban explícitamente la desaparición, sin embargo la mayor parte de los valores que se admiran y practican –transgresión a las reglas, recurrir a atajos, desconsideración por el otro, triunfalismo, impaciencia, desconfianza, etc.– se alimentan y florecen en un contexto violento como el que provocó la desaparición de personas; ese contexto se halla alejado de la cultura de la vergüenza, también de la cultura de la culpa, y mucho más de la de la responsabilidad. Cayendo con facilidad en las ilusiones de renovación, lo visible es Odradek, forma kafkiana que asumen las cosas en el olvido. Desfigurados por la uniformidad, los cuerpos de la niñez humillada se convierten en museos de la barbarie y la más fría oscuridad les queda como único hogar.

iii. *¿Me aplaude después de cantar?* La prosa, acción evocada en la tranquilidad. Angustiosa ausencia de palabras frente a una acción reducida a imagen devaluada. Es el pedido que ya no es un grito, es la voz rutinaria de una nena, siempre la misma, cada vez más grande. Y la coraza del pasajero. El camino plagado. Pasan ante al pedido, insensibles, pasan como los espacios, las estaciones y las esquinas, de espalda, sin mirar; pasan, cansados, indiferentes. Una señora harta de ser abordada por chicos. La nena que busca mecá-

nicamente una mano, un beso, una aproximación por una moneda. Los chicos solo parecen pasar. Están siempre. Los pasajeros, como sombras que imploran un viento bíblico que limpiara la fealdad intrusiva. No es preocupación por la economía de expresión; no es aspiración de captar conteniendo. Es, sí, una cuestión estética; es, sí, una afección a los sentidos. Es la menor sensibilidad, más plana que la hoja, más vacía que la tinta en el papel. Nada cobra realidad. Esquivan. ¿Por qué se esquiva la piel? Bajo pensamientos zigzaguiantes, a la indignación le sigue la distracción, la indiferencia, la comodidad. Reaccionan a los estímulos, pero alejan esas vidas aparentando solidaridad. Buenos Aires, un extraño caso de simulación social, que en cada momento muestra una intensa asociabilidad, y en ella unos y otros se enlazan.

El pasado crece. Y enmudecidos, autocomplacientes, se estrecha la conciencia. Nadie se aparta del camino, y es el mismo amanecer, y es el mismo atardecer. Apartados, expuestos al frío, solos en un horizonte de eterno otoño, abismados en las horas vacías. A veces un esbozo de carnaval siempre abortado, conquistando restos abandonados. Siempre criaturas provisorias. No se trata de ejercitar la intensidad de la transgresión, ni de perderse en ensoñaciones mientras se hallan abrumados por la incesante alternancia de rituales: droga, robo, ayuda, abandono, encierro, tortura. Así la forma de vida se fragmenta.

¿Qué hacer? Tal vez asumir la pasividad: no hacerse cargo de este mundo en el que desaparece la infancia bajo la forma de chicos de la calle, seres que quedan en agujeros del espacio público. Todos podrían verlos, pero no son visibles más que cuando afectan. Son efímeramente experimentados, se experimenta, otra vez, la irrealidad. La experiencia alienada, entre el optimismo ingenuo y la desesperación, conforma una fantasmagoría, una fantástica visión mediante la cual son representados en un ánimo autocomplaciente. Arte fantasmagórico que carece de la profundidad de las personas, que las desprecia como portadoras de derechos y solo las trata como seres obligados o atávicamente determinados. Ninguna imagen de ellos persiste, ninguna representación los mantiene presentes hasta darles la palabra, hasta interrogarlos por el qué hacer. Persiste la expulsión, reina el fracaso social de la imaginación. Se dice: “necesitan amor”. Se practica la exclusión. No importa la verdad o no del mito de la necesidad del amor, algo que solo una completa arqueología de lo humano podría esclarecer, pero imaginados en el desamparo, en este teatro de la crueldad se los desampara, se los anula día a día.

Solo quieren que desaparezcan, son tratados como moscas pegajosas; a veces son fuente de temor, a veces, sin culpa ni idea de responsabilidad, brota una lástima fugaz. Solo quieren no percibirlos. Lejos, afuera, donde puedan ser olvidados, nunca más experimentados.

Pide un aplauso ridículo, una mísera moneda. Pide nada, obtiene menos que nada.

iv. Lejos va el niño, corporalmente sano, pero moralmente rebelde.
Robert Louis Stevenson, *Juego de niños*

El sueño, la aventura, la acción, ¿acaso serían mejor sin iniciativa, sin voluntad, sin ímpetu vital? Tal vez serían como la carne petrificada que viaja en subte. Ya están nublados por el país natal; ya están anulados por la pereza que impera, y además tratan de expropiarles sus experiencias. Es cierto, robar, drogarse y todo el restante fárrago de acontecimientos ya no se convierten en experiencias. Es cierto, viven bajo una opresión cotidiana, sin una generación que le transmita experiencias, despojados de la autoridad de la palabra y del relato. Pero se los caza, desde fuera se los reduce a un "caso", a un "tipo", a una imagen. Como si no fueran existencias que alcanzan certezas sufriendo, como si el goce y la transgresión no se vincularan. Debe imponérsele el bien, y a eso se lo llama educar; debe evidenciarse la moralidad, y a eso se lo llama remordimiento. Objetos de otros –los sujetos de la enunciación–, enmudecidos aún por quienes saben de la subjetividad como sujeto de lenguaje. ¿A qué se refiere ese "yo" mudo? A una opresión de las entrañas, a una normalidad policial, al destinatario de una filípica, a una figura de sordas oraciones.

Eso "yo" mudo, un haz de imputación de normas. ¿Pero a quién deberían exigir sus derechos? ¿Y por qué lo exigirían siempre a un tercero? ¿Acaso deberían seguir la lógica de la protesta política, y manifestar, hacer piquetes y, en definitiva, pedir y pedir? Toman en sus manos el derecho a la subsistencia, como si no le concerniera a nadie más que a ellos. Quedan en un juego solitario, en un juego salvaje (después de todo, el derecho, acá, se muestra como un juego salvaje). Salía un grito que buscaba justicia, que desconfiaba del derecho, de las manos de sus agentes, de la dureza de sus encierros, de los abusos que esconde la "prevención", de la hostilidad que habita en los institutos. Salía de un contramundo. Desde allí recordar no es el superficial volver a lo que había ocurrido, ya que desde allí, volviendo, la experiencia muestra su lugar. Desde el contramundo es

posible asignarle un lugar a lo que se ha vivido. Olvidando, sin lugar para el humillado que canta grotescamente en el subte, con los sentidos dormidos; o formulando, alejando la autoridad de los hechos; siempre desatendiendo. Quizás, y como los años de dictadura, los años de esta infancia desaparecida se resistan a ser relatados; quizás baste con las palabras represión, frío, indiferencia colectiva, hambre, tortura, basura. Esa crepitación dura y constante en el desierto argentino, ese contramundo puede auxiliar al recuerdo, recuperando el tiempo borrado, remontando la desaparición persistente, despejando los sentidos embotados, quizás entonces los hijos de estos hijos no necesiten un odio y un espanto como los suyos. ¿Qué se requiere para salir del camino del resentimiento?

v. En un mundo donde nada tenía ninguna importancia, crearla a presión, a fuerza de subjetividad, equivalía a crear un monstruo.

Cesar Aira, *El mago*

Cuando una caricia se vuelve inimaginable (y no porque no la tuvieran en su ámbito, sino por la condena mortal que reciben de los otros). Cuando un grito por el horror ya es posible (y para ello se debe tener vergüenza). Cuando de la mudez del paisaje, de la vanidad, de la mirada cargada de aversión, se logra saltar a la atención capaz de darles calidez, capaz de alcanzar un cansancio común. Eso es un detenerse ante ellos, es su aparición como un valor, como si fuéramos curados de una larga ceguera.

¿Acaso ha preocupado cómo se ha transformado nuestra visión de nosotros mismos como personas que llevan adelante sus propias vidas y deben dar cuenta de sus actos, desde la desaparición sistemática de decenas de miles de semejantes, mejor: desde la pasividad ante la desaparición y todas las capas sucesivas de aniquilación que se fueron sucediendo, y que pesan sobre ancianos y chicos, política y economía, el derecho, la educación y la ciencia? Nuestra visión normativa ha sufrido una transformación atroz, que afecta la conciencia que funda, que acompaña nuestras actividades. La certeza de lo que somos capaces de hacer, así como del valor de nuestras propias razones, están heridas de muerte, y basta oír a un chico de sexto grado para advertirlo. Pero la sordera, la superstición y la negación, la misma negación de la desaparición, prosiguen alimentando la aniquilación. Y así, "la delincuencia juvenil" es la figura retórica que encubre y legitima la continuación.

Detenernos. Guardar dentro de uno la imagen de chicos durmiendo en el piso de las estaciones, agotados. No es el cansancio de la pasividad evasiva. Están atados y cada tanto se desatan, pujan por vivir, aun cuando inhalan pegamento. Nosotros somos algo, por lo menos desgraciados. Buena parte de que sucede ya no se puede remediar, sí se puede sentir algo por la ausencia. Sí se puede todavía, en este decorado de país, sentir algo por la presencia. Sí se puede pasar del recuerdo de hechos, a la rememoración de sensaciones. Mientras tanto, seguiremos siendo aquellos que identifica Job: "Los que edifican despoblados para sí".

Como la vida de los padres que no ha llegado a ser vivida. Flotan en el paisaje, con melancólica disconformidad, afrontan los problemas existenciales desde el plano más básico, más bajo de la sensibilidad y del pensamiento. Con vitalidad para el choque. Con vitalidad destructiva, autodestructiva. ¿Y sus padres? Reducidos, degradados, animalizados. Padres, hogares arrollados, en extinción, aniquilados, desapareciendo. Y, como lo afirmó Jung, nada influye tan poderosamente sobre los niños como la vida de los padres que no ha llegado a ser vivida. ¿Qué porvenir configura para los hijos? Ezequiel Martínez Estrada, escribiendo sobre este padre, en *El mundo maravilloso de Guillermo Enrique Hudson*, responde que resulta un "sucederse uno a otros fracasos, mermar escomidos sus escasos bienes, crecer sus hijos sin ninguna aspiración ni esperanza, aleccionados en su ejemplo desalentador. Llenársele de yuyos su camino. A la injusticia de los hombres se agrega por lo regular la ordenación en serie de las adversidades hasta que todo unido configura un rostro impasible que jamás sonríe". Y, sobre un hijo en particular –Hudson–, afirma que "recibió la porción mayor en la herencia del padre, que era la de matar toda esperanza y no pedirle nada a la vida. Reconoció cuán extraño de entender era que los defectos del padre representasen con formas sensibles sus más elevadas o brillantes cualidades". A nuestros chicos vagabundos y criminales, que están colgados, flotando en la ciudad, la tarea de pensar les resulta penosa. Son ociosos. También lo era –como nos enseña Martínez Estrada– Hudson. Crecen, hacen. Piden, pero no parecen pedirle nada a la vida. Viven, salvo que se sean condenados a desaparecer.

¿Ante ellos acaso rige un ideal espiritual de impasibilidad? No. Pero la piel evita el contacto. ¿Cuál es el por qué del no, del rechazo sensible? ¿Cómo es posible que se sea indiferente? Son cuerpos, pero es como si no se tuviera ninguna mirada ni gesto de reconocimiento, cuerpos que no reciben respuestas de los otros, otros

que somos nosotros, sin dolor, sin acercamiento. “Toda sensación va acompañada de dolor”, enseñó un filósofo presocrático. Pero el andar por las calles, el caminar por una estación, el estar viajando en subte expone la ausencia de dolor. Envueltos en estados de cosas, sin sensaciones, sin un abrirse al mundo, siempre en la inmanencia. Sin el poder de la atención que vuelve la percepción más intensa, sin que el cuerpo comience con el trabajo de la atención que se continúa con los recuerdos. Sin la atención, como enseñó Henri Berson en *Materia y memoria,* no hay sino una yuxtaposición pasiva de sensaciones acompañadas de una reacción maquinal. Sin velar, que significa querer, se desmaterializan los cuerpos, se hacen nada. Y ese hecho, ese mundo exterior, es tan desolador como nuestro mundo interior.

Mientras tanto, ellos se refugian en algunos lugares. Cuando se cierran las estaciones, descubren sitios más pequeños, y allí a veces hallan calma. Sufren. También transgreden normas. A veces hallan algún perdón (una respuesta jurídica). No hallan promesas (como si no existiera verdadero lazo social). Reciben palabras que llenan las bolsas de miseria.

vi. Un recuerdo mezcla de poesía y verdad, patria. Una actualidad, este presente, inconformismo integrado o un todo de cuerpos sin mundo, una minoría por la que sufre la mayoría. En el consumo ostentoso, en sus desperdicios se ubica la pobreza; la miseria que produce exhibe el estatuto de desapego alegre, el autismo que ejercita. ¿Ellos? Si somos más pequeños que nosotros mismos, incapaces de imaginar a los otros como seres sensibles. Inocencia culpable de sonámbulos pegajosos que se refrescan y hacen superficial todo lo posible. Son ellos, y van interrogando espejos por vanidad. ¿Nosotros? Somos más pequeños.

Unos me hablaban de la patria.
Mas yo pensaba en una tierra pobre,
Pueblo de polvo y luz,
Y una calle y un muro
Y un hombre silencioso junto al muro.
Octavio Paz, “Razones para morir”

Patria, pater-patris, segundo padre ¿para qué? ¿Acaso para que los seres humanos sean tratados de manera igualitaria? (Ronald Dworkin, en su artículo “Liberalismo”, afirma que “el liberalismo no puede basarse en el escepticismo. Su moral exige que los seres

humanos sean tratados como iguales por su gobierno, no porque no exista lo correcto y lo incorrecto en la moral política, sino precisamente porque eso es lo correcto"). La patria está donde no estamos. La infancia como patria. Mientras nos hacemos vegetales, una generación crece, pero ese crecimiento es decaimiento. Crece, hundida en la barbarie, en medio del cansancio y la indiferencia. Una vasta prole expulsada por seres banales que representan la vanidad, la sociedad argentina. Cada uno de los miembros de esa generación: una historia sin vida, la historia social representando la banalidad de los vegetales políticos, que ya sienten tedio por los chicos y las chicas condenadas a la cárcel de la pobreza, excluidos hoy para que no tengan futuro. Y se repite el paisaje (el paisaje de la pobreza humana).

Un viaje a través de las sensaciones vividas. Fatiga, pero no salen de sus sensaciones, eruditos en desatención. Miran para apartar la mirada, se complacen con la eliminación, viven junto a la humillación, dejan de experimentar la aniquilación, dejan que siga la aniquilación. Lo saben, pero cierran los sentidos. Mientras tanto, las frases hechas, los enunciados de compromiso. Y la música sigue. Signo inconfundible de una catástrofe de una índole y profundidad difícil de evaluar.

Pero nos quedamos, si ya no es la patria, si ya no está. Persiste el mismo libro, escrito en caracteres de violencia y aniquilación. El sentimiento de inseguridad de los inmigrantes ante un país vasto. El sentimiento de inseguridad ante la devastación. Huellas de inquietud, pero siempre una perspectiva egomaníaca. Y las estadísticas que hacen desconocer lo concreto, como si fuera perceptible que siete de cada diez menores están viviendo en el desamparo de la pobreza. Estacados en la sordidez. Una nausea vaga.

Indiferencia, imperturbabilidad del ánimo frente al dolor. Ataraxia cruel, que provoca más crueldad. Y sin franqueza en el habla. Expuestos al azar, cercados en el campo social, empujados hacia las ratas y, llegada la hora –usando o no al derecho–, el exterminio. Mientras tanto, los *cool hunters* siguen tras las modas efímeras, y hasta para ese vampirismo los chicos son marginados. Quizás si sobreviven, quizás si triunfa uno o dos, quizás ellos sí den algún nombre buscado por los otros…, pero los otros solo atienden a otro que ya no es otro, que ya es como ellos, a esos que tienen una dependencia de la atención ajena.

La patria, una extraordinaria resignación.

¿Cómo serán las fantasías de la infancia violentada? ¿Qué recuerdos perdurarán? Seguro que entre ambos persistirá el horror.

La blanca ensoñación, no el furor hirviente, bruma en la que se agitan seres despojados de referencia y de sentido.

Los recuerdos son trazos de vida arrancados al vacío. Sin amarras.
Georges Perec, *W o el recuerdo de la infancia*

"Ya no tengo recuerdos de la infancia", una afirmación, un desafío. Los hilos que nos ligan a la infancia están rotos. La infancia, olvido, alguna fábula, un seudorecuerdo. También sin visión de los seres que envejecen. Somos entre ellos, junto a sus cuerpos marcados, dejamos marcas en sus sombras.

Leyes duras. Feroz ironía, todo es pena, imputación, deberes. Disponen de sus vidas, y los arrojan. Y ellos nada tienen que esperar. In-fantia, incapacidad de hablar. Experiencia sin correlato en el saber, pero tampoco en la autoridad, en la narración. Pobreza de la experiencia, pobreza adulta, incapaz de tener y transmitir experiencias en el fárrago cotidiano de indiferencia a la crueldad del mundo. La experiencia solo es artificio, la sensibilidad cinematográfica, digital. El pasado solo ocurre en el cine. No sabemos nada del gesto de tocar al otro, de dar con la mano. Esas oscilaciones del humanismo insulso dejan paso a la crueldad.

Individuos publicitarios en el espacio público. Individuos amorfos, en los límites, estaciones, líneas de trenes, subterráneos, esquinas oscuras. Infancia, origen del lenguaje, ¿pero para qué decir? Eso le cabe esperar, nos cabe esperar: el decir de esta infancia. Fantasmagoría objetiva, sobreviviente.

Esferas, solidarización: no. Jóvenes desamparados al salir afuera. Uteros al vacío, después de ellos un desierto frío. ¿Qué queda del sueño de autonomía humana? Ellos no tienen rostro son vaciados, como en las pinturas de Bacon. Rostro, lo que se ofrece a la vista de los demás. ¿Cómo se corresponde ese ser-visto? ¿Cómo se devuelve su mirada? La faz del otro, desaparecida. Sin simpatía. Cuerpos sin magnetismo, sin gravitación: solo estorbos a correr, para dejar al espejo. *Nobjetos* (término acuñado por Thomas Macho, para referirse a modos de realidad fetales), signos desde la oscuridad, se experimenta la presencia sensorial de cuerpos blandos, de límites de cuevas, de líquidos. Se percibe algo que se asoma, pero no son sujetos, no hay ningún enfrente subjetivo, son nobjetos. Son apenas presencias sonoras, apenas resonancias en el universo psíquico. Pero en un mismo campo de fuerza. ¿Qué nos es lícito esperar?

No estamos en casa. La soledad complementaria, junto a la soledad indiferente y hostil. ¿Qué ruidos hacen, qué ruidos harán después de haber sido así arrojados? Nuestras sirenas, que cantan desde el lugar del oyente, realizarán todos nuestros temores. La inseguridad somos nosotros. Pero ese deseo de seguridad no es un deseo, es tan solo una defensa, una certeza de la nada, y en ella, el arbusto raquítico de la libertad, de todos modos un bien.

Una sociedad vale lo que vale en ella las relaciones de los seres humanos con las vidas, humanas y no humanas, y con sus ambientes. En la nuestra –¿por nosotros? ¿por qué otro?– impera la lógica de la desaparición, de la dispersión, de la fragmentación.

Credulidad, fuerza de los niños, debilidad de los hombres. ¿Miedo en el espíritu? Creer en la patria, hacer creer en la patria. (No creemos). ¿Podemos hacer creer en ese segundo padre? Vociferarla, juramentarla, prometerla. Y más desaparición: aniquilan esos padres. Obedecemos. Oímos: -Patria.

Lo que se ve está siempre presente. Por eso se cansa la vista. Pero las voces –como todo lo que tiene que ver con las palabras– vienen de lejos.

John Berger, *Hacia la boda*

vii. *Nada. En esto, ni mi Stevenson ni mi Sterne me daban claridad. Tampoco la diaria conversación con gentes de moral frívola. Y cada mañana, en la Facultad, en vez de encontrar a un maestro, a un hombre cuya función es enseñar, encontraba a un señor o a varios, abogados, cuya obligación presupuestaria era "enseñar". Hombres vacuos, petulantes y grises, sin sentido auténtico de la vida, algunos de los cuales, en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, hacían mofa ridícula de su propia asignatura, prefiriendo a otra cosa menos miserable y más decente exhibir ante los estudiantes el airecillo de un trivial ingenio burgués. Y de estos hombres, yo me acuerdo, no me olvido. He visto a algunos de ellos tener después mando en el país, levantar sobre tantas cabezas de buena voluntad su perspicacia cínica de medradores, demagogos y políticos. Y he sentido entonces, con terror, con miedo de verificarlo, que el país que los llamaba podía parecerse a ellos.*

Eduardo Mallea*, Historia de una pasión argentina*

Como si el cambio solo fuera real en las películas norteamericanas, mientras que el paisaje exterior y el universo interior quedan,

acá, moviéndose en esta y cíclica dirección. Soñar, bailar, mientras se rechaza al semejante. Todos tocados en la mancha de las conciencias paralizadas, y cuando queda la compasión y el desprecio ya nadie se toca. Y luego explotar: ¿cómo convertir el resentimiento en justicia? Se extiende el esperpento en la marcha de seres que arrastran miseria.

Desde la habitación visual un muro impide percibir la alteridad, anula la alteridad física y temporal, suprime la alteridad del pasado respecto al presente (y en esta alteridad, hasta la velocidad de la luz dejaría de ser constante). Produciendo ficciones (eso qu *hace del lenguaje el supremo peligro*) con vehemencia ontológica, sucumbiendo a la atracción de las soluciones, ante la gravedad de la ideación (paliativo para el ansia de decepción). Produciendo crisis, en torno a la basura.

Sin el camino cartesiano y el método para la inspección del horizonte desde un comienzo puro y primero, el comienzo que no tiene tras de sí otro inicio. Con mutilación y una fiebre casi imposible de articular, en esta desesperanza, en el hambre, humillados, desesperados y desalentados. Luego de dormir en vagos bienestares se percibe el extravío. Antes silenciado, el extravío persistente –como el mutismo, camino del no reflexionar–; solo cesa ante una esperanza siempre más débil y efímera que la pasada, cada vez más infundada.

(Cerca del Centenario*,* Antonio de Tomaso –en revista *Nosotros*, 1913, incluido en Leumann, Borges, Martínez Estrada, *Martín Fierro y su crítica*, antología, selección, prólogo y notas de María Teresa Gramuglio y Beatriz Sarlo, CEAL, Buenos Aires, 1980, p. 39– dijo que el *Martín Fierro* no resonaba para los argentinos, "porque las ideas y sentimientos de hoy han cambiado fundamentalmente con las transformaciones habidas en el país: la consolidación de la propiedad y de la autoridad, el preciso deslinde de los campos, la mejor organización de las policías, el desarrollo de la palabra escrita y de las comunicaciones, el colosal desenvolvimiento de la agricultura, actividad tranquila, tenaz y estable, el oleaje inmigratorio que se ha transvasado en el cuerpo del país, etc. De intento he mencionado cada uno de estos hechos. ¿Qué pueden ser para los argentinos de hoy, aun para los criollos típicos –¡tan pocos!– que haya en la campaña, para los descendientes directos de Martín Fierro o de Cruz, la 'partida', el 'contingente', el 'entrevero con la polecía', el comandante o juez de paz que requiebra y quita la mujer al paisano, la 'indiada' y todos esos hechos que forman el telar en que se teje la vida del gaucho legendario, su puñal y su caballo? Todo eso pertene-

ce a un mundo que se va, que tiene que irse, si es que todavía existen algunos de esos rasgos, en las regiones más bárbaras y desgraciadas del país”).

Geografía rígida, seres llenos de noche y apenas educados, sin siquiera el recuerdo de un hogar cálido, a merced de líneas de fuerza y siempre en el fracaso. *Intelectuales* que una y otra vez adhieren a esas mismas líneas de fuerza con la ilusión de orientarlas; que una y otra vez fracasan. Y siempre un colectivo que, como ya hace tiempo lo advirtiera Tulio Halperín Donghi, mantiene una ingenuidad infinita.

Sin acumulación de experiencias y de saberes, cada generación contra la otra. Los “privilegiados”, los niños, en la orfandad: como advirtió Ezequiel Martínez Estrada del Martín Fierro, la paternidad espiritual desaparece y los hijos son siempre huérfanos. Sin ideas, los ideales cada vez más vaporosos, bajo un fatalismo telúrico.

Todo lo que nos rodea es falso e irreal, falsa la historia que nos enseñaron, falsas las creencias económicas que nos imbuyeron, falsas las perspectivas mundiales que nos presentan, falsas las disyuntivas políticas que nos ofrecen, irreales las libertades que los textos aseguran.

Raúl Scalabrini Ortiz

Sospechó Alberdi, que la educación, la educación superior, es una de las causas del empobrecimiento permanente de la Argentina, por la dirección que ella da al empleo que sus habitantes hacen de su tiempo y de sus actividades. No se logró que echara raíces una cultura de la responsabilidad. Ajenos al esfuerzo y a la atención, huyendo del sudor, en el goce embotado, tras el instante evasivo o especulativo, sin esas *nuevas costumbres*, como llamaba Alberdi al resultado de la lección muda del ejemplo que surge del silencio fecundo de la vida privada. La infancia sin hogar, con escuelas-gueto que parecen reducidas a brindar una comida por cada día hábil, en los escasos meses de un ciclo lectivo de pocos libros y con simulación de utilización de nuevas tecnologías.

viii. *Nada de política: estoy empachado con ella. Me da náuseas cuanto veo y oigo. No es poco alivio poder distraerse, apartarse la vista de tanta inmundicia y sangre, haciendo excursiones poéticas. Después de haber renunciado por tanto tiempo a la poesía,*

estoy casi tentado por desahogo, por desesperación, por no sé qué… a engolfarme todo entero en ese mundo ideal. Vale más eso que revolcarse en la pocilga, blasfemando y gruñendo, como uno de tantos puercos.

Esteban Echeverría, Carta a Alberdi

Es la pobreza arrojada con la que se cubre el país, ahí todo se desvanece en el estruendo de las palabras. Se abandona la comunidad de los humillados, y el contacto se reduce a la humillación.

Nunca se comprenderá bien la psicología del gaucho, ni el alma de las multitudes anárquicas argentinas, sino no se piensa en la psicología del hijo humillado, en lo que un complejo de inferioridad irritado por la ignorancia puede llegar a producir en un medio propicio a la violencia y al capricho.

E.M.E., R. …

César Aira utiliza en sus relatos la maniobra de dar a entender que tiene algo difícil que expresar para tomar un camino indirecto, demasiado complicado para no ser cierto; pero se trata –como lo confiesan algunos de sus personajes– de mentir con la verdad (y viceversa): mentir con la verdad y viceversa: tal la ironía superficial, autocomplaciente, pasatista, tal el cinismo ante la humillación. Y un desenlace precipitado. (Diciembre de 2001 es equivalente a los finales de la casi totalidad de novelas de Aira escritas a partir de *La liebre*). Un final gratuito, una agitación insensata. Y la persistencia en la inocencia: empresarios inocentes, banqueros inocentes, políticos inocentes, jueces inocentes, gremialistas inocentes, docentes inocentes, curas inocentes, policías inocentes. Ideas, prédicas inocentes: discursivas y reflexivas, afirmativas; deshaciendo lo equívoco, lo sospechoso, lo polivalente, lo exasperante; haciendo sentir que algo definido puede hacerse: así se descendió a la fraseología, la mutilación, la unilateralidad, la repetición, el entristecimiento; así se transformó el ímpetu en hastío. En libros, periódicos y aulas el entendimiento se escindió de los afectos. De libros, nuestra delicadeza que choca tanto con la crueldad que se parece tanto al embrutecimiento.

Una teoría de la verdad es infinitamente larga, y por eso no puede formularse, sostiene la teoría minimalista de Paul Horwich, para la cual "verdad" sería un predicado no genuino, un concepto cerrado a la explicación. Aun así, hablar, discernir, individualizar; también

responsabilizar y reparar. Sentido y referencia: nombrar a cada chico humillado y reconocerlo.

2. Derechos humanos, educación y democracia

Idolatría, indiferencia, atención

i. La cultura de los derechos humanos, con su dedo alzado que cristaliza la memoria de un pasado de exterminio, puede dejar en un margen de abandono la atención y la persuasión; en la carencia de revisión crítica, puede expandir reificación y embotamiento. Ante la burocratización de la memoria y el empobrecimiento de la experiencia, prosiguen la crueldad opresiva, la desprotección y el descuido, la dilapidación y la aniquilación. La cultura de la memoria, cuyo prisma es el pasado, puede mantenerse alejada de exterminios e imposiciones de humillación del presente, de las nuevas víctimas y de la persistente indiferencia. Atención y persuasión, entonces, nominan aquello que puede / debe rebasar y exceder retóricas que se manifiestan en la ética y política de la memoria.

ii. Bajo la cultura de la indiferencia se concretaron los exterminios contemporáneos. Se promovieron y dejaron que prosiguieran. No se buscó liberar Auschwitz. Esma funcionó, con cierta visibilidad, hasta 1983 como campo de desaparición en pleno Buenos Aires. El silencio de la indiferencia social, el desinterés de los otros estados, la letra de declaraciones de derechos quedaron reducidos a tinta inerte. Y después, siempre después, los derechos humanos en la retórica. Hay excepciones, heroicas a veces, pero sobre un fondo de indiferencia. El derecho a la indiferencia es polivalente en la cultura democrática. En cambio, la indiferencia a la interpelación política suele ser desafiada por regímenes totalitarios que no admiten la prescindencia ante un partido o un líder, y la conciben dentro de las formas ilegítimas de existencia de la oposición. El gesto mudo ante los otros es también libertad para mostrar y contemplar sin condena. Indiferencia es, además, sensibilidad anestesiada, pasividad. La indiferencia puede adquirir la forma de humillación institucional. La desaparición, también el abandono de chicos y ancianos, de aquellos que deambulan reducidos a meros seres vivos, privados de otras dimensiones, masa corporal sobre la que cae el peso de acciones del estado. Si no es indiferente, el estado controla, disciplina, barre, encierra, aniquila. Si no son indiferentes, la comunidad, las personas, las instituciones, ¿cuánta entrega deben brindar ante cada violación

grave de los derechos humanos perpetrada? ¿Cada uno "debe dejarlo todo" hasta la reparación, la sanción, la verdad, u algún otro fin evaluado como apropiado? "Toda" esa concentración de atención provoca, por acción intencional o por omisión, desatención de otras violaciones y de otras dimensiones de la sociedad. Puede, además, ser banal la invocación de los derechos humanos. Y una política de defensa de un registro de los derechos humanos podría encubrir la comisión de violaciones en otra serie de registros también comprendida como derechos humanos.

iii. Asistiendo sin sentir, asintiendo sin actuar: tal parece ser la regla más difundida. Sentir con otro, sentir la afectación, el dolor que grita un ser humano es un fenómeno estético, apunta a la sensibilidad y los poros de la piel son conmovidos. Pero la educación sentimental se encuentra bajo el signo del empobrecimiento de la experiencia, entre los barrotes del espectáculo y el consumo. Y las violaciones a los derechos humanos se suceden, ocupan el espacio público, pueblan campos en los márgenes, extienden archipiélagos, expanden la excepcionalidad. ¿Cómo no sentirlas? ¿Cómo no reaccionar? Y sin embargo todo sigue. La sociedad civil argentina durante la dictadura fue especialmente sensible a la inflación, a la cotización del dólar, al fútbol. No fue muy diferente la sensibilidad dominante durante la crisis argentina de 2001/2. Mientras tanto, se consume (se consumen también discursos sobre los derechos humanos). Y no hay inocencia, solo indiferencia. Ante lo terrible, crece la indiferencia. La imaginación moral se acota y agota en la indignación efímera, naturalizada ante lo terrible.

Los periódicos, las revistas de actualidad me hacen oír, cuando las abro, la indiferencia del porvenir, del mismo modo que se oye el ruido del mar cuando se acercan a la oreja algunas caracolas.

Maurice Blanchot, *Falsos pasos*

iv. *¿Qué es la cultura? Formación de la atención.*

Simone Weil

¿Cómo es posible restituir el gesto de humanidad ante el dolor de la injusticia? ¿Se puede alcanzar una visión que singularice, que capte el grito de la injusticia, que aumente la duración de la percepción? Concebir al acto de percepción como un fin, experimentar aquello que se encuentra delante de nosotros pero no lo vemos, esa liberación

del objeto es la atención. Atención que persigue que el gesto no enmudezca. Y enmudece bajo la imposición de los dispositivos que automatizan el sentir, que fortifican la sensibilidad, montan la coraza de la indiferencia y erigen estados de negación.

v. En la construcción de la sensibilidad –y de la indiferencia– la inseguridad ha pasado a primer plano. Esta sensibilidad a la inseguridad tiene un acento ansioso –hay hipersensibilidad a la inseguridad, hay ansiedad de seguridad–, que provoca una creciente intervención estatal en el control y penalización de personas que aparecen como excedentes, superfluas y son localizadas en campos o dejadas a la deriva, sin hogar donde regresar. La Declaración de los Derechos Humanos demanda un estado que se comprometa en su realización. El estado policial, en cambio, navega en una bruma de miedo, emplea un decisionismo que expulsa, traza excepciones y priva de derechos, condena a la mera vida a una masa gigantesca de personas.

vi. Crecen los campos de refugiados, de migrantes, de expulsados, de indocumentados, de marginales. Pueden concebirse como laboratorios de una vida total. No en los márgenes, no afuera: en las veredas, en los parques cuando no están enrejados, en las villas miseria, adentro, en el interior de una ciudad, la vida expuesta de una masa de seres excedentes también es un laboratorio, y a veces produce una forma de organización que aprovecha intersticios y genera esperanza y felicidad. No importan, crecen en esas formas bajo el desprecio. Y es tan débil la imaginación moral, es tan frágil la sensibilidad a los padecimientos de los otros, que hasta omite evaluar cualquier nivel de responsabilidad.

vii. El historiador del derecho Peter Brown concibe a la ordalía como un procedimiento que básicamente desplaza "el odio a la responsabilidad humana". Y así se traslada el peso de decidir a dios. Ese odio se solapa a la inclinación a responsabilizar. "Esta es vuestra culpa", se le podría señalar a una sociedad, de ser posible alcanzar una cumbre bien alta desde la cual levantar visiblemente el dedo sobre todos. Acaso, entonces, la sociedad política sería, como lo ha pensado Karl Jaspers, responsable de la comisión y persistencia de padecimientos injustificados sobre sus contemporáneos. Más también: hay culpa por quedarse sin hacer nada cuando se cometen los crímenes. La carencia de solidaridad, el presenciar y no hacer nada, funda una culpa que debe ser sentida por cada uno y que no se le puede impu-

tar a un tercero. Hay responsabilidad imborrable ante la injusticia y se pone en juego la comprensión de la propia sociedad, la perspectiva de los sucesos. La comprensión personal también requiere un tratamiento evaluativo. Los descendientes, las nuevas generaciones tienen a su cargo el examen crítico de los mayores, repartiendo responsabilidades. El riesgo de evadirse en un pesimismo antropológico, en un fatalismo historicista, olvida la llegada a un límite en el que hay que elegir –y en la preferencia de conservar la vida los errores cognitivos se invocan como justificaciones, pero son parte de la producción de estados de negación–. Se requeriría, entonces, interrogar la posibilidad de la barbarie, su persistencia y extensión en la sociedad, en las artes, en el saber, en las instituciones. Y concebir las cimas de esa barbarie, los genocidios, no solo como el resultado de la actuación de una maquinaria racionalizada y burocrática, o de factores singulares. Expresar, interrogar, evaluar, discutir responsabilidades es una demanda política, también ética y estética, que debe abrir los poros de la sensibilidad, cuestionar los dispositivos institucionales y las metas y valores dominantes. ¿Cómo, en la cadena de expectativas que constituye la acción social, edificar sensibilidad de ayuda al otro sin contrapartida? En el campo jurídico está penalizada la omisión de ayuda. Pero en el proceso civilizatorio de autocontrol de las emociones, de transformación de las pasiones en intereses, el individualismo propietario, la sensibilidad embotada y el cansancio acallan el ímpetu de entrega. ¿Cómo no vivir en la intranquilidad por la omisión? ¿Cómo despertar de la reificación que hace perder la multiplicidad de significaciones existenciales de las personas que nos rodean y hasta de nosotros mismos, y que hace invisibles o peligrosos a los otros?

viii. Se establecieron narrativas nacionales sobre costumbres y logros, potencias, promesas y riquezas. Esos relatos ejercieron un gran influjo en el imaginario latinoamericano. Pero han desconectado responsabilidades entre sucesos históricos y contemporáneos, lo cual significa que se mantiene presente un pasado que se encapsula, que suele darse por sentado que se ha superado, sin proyecciones en las miserias y violencias del presente. La idolatría en la condena de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado es contemporánea a la indiferencia a violaciones graves a derechos humanos en el presente. La prescindencia de la sociedad civil se mantiene, dejando a su suerte a los chicos de la calle, a los sin techo, a los desamparados y humillados por las instituciones. Se carece de

una reflexión sobre los futuros posibles del pasado, una problemática en la cual se hallan incluidas la vitalidad, cristalización, abuso y reavivación de la memoria, el castigo y compensación de los crímenes, su posible reparación y comprensión y los espacios y formas plurales de ejercitar el reproche, el perdón, la crítica, la representación y la búsqueda de justicia. Y la falta se muestra en la frialdad de la sensibilidad, en la indiferencia de acero salvaje. Esa humillación estructural y su imposición institucional, así como el par indiferencia - indignación del individuo/espectador, que se exime de responsabilidad, marcan a fuego un orden social.

ix. También marcan al yo. ¿Cómo se ha transformado la visión de uno mismo como persona que lleva adelante su vida y debe dar cuenta de sus actos desde la desaparición sistemática de miles de semejantes, desde la pasividad ante todas las capas sucesivas de aniquilación que se fueron sucediendo, y que pesan sobre la infancia y las mujeres, salud, política y economía, arte y educación, ciencia, derecho y naturaleza? La transformación de nuestra visión normativa ha sido atroz. La certeza de lo que somos capaces de hacer, así como del valor de nuestras propias razones, están heridas de muerte. Pero la negación, la misma negación de las responsabilidades ante las víctimas, prosiguen alimentando aniquilaciones. Sin un abrirse al mundo, en la inmanencia, sin la atención que vuelve la percepción más intensa, sin más que yuxtaposición pasiva de sensaciones acompañadas de una reacción maquinal. Persistiendo, entonces, en la inocencia.

x. La cultura dirigida al pasado, lejos de un culto, devino rutina, recorrido obvio. El dedo acusa. Fácil y cómodo lo hace. Sin escándalo, sin involucramiento colectivo, sin responsabilidad compartida. Apartada y desvinculada, fragmentada y deshilachada, semejante al hurgar desechos, al acostumbramiento a una supervivencia a partir de materias descartadas, ideología de diario caduco que gana la supervivencia al envolver la fugacidad del presente, esta memoria instituida es consagrada como hostia, celebrada como espectáculo, peregrinada como virgen, adorada como dogma, mistificada, momificada, fantasmal, pero masiva solo en su general aceptación pasiva. Desvela y no devela, mantiene la mirada, fascina, inclina, disuelve, agota y persuade del agotamiento, cansa y resigna al cansancio. Bandera de remiendos y burocracia, becas y subsidios, en su vaguedad forja cruzados. Más que defensa de las bases expresivas de una épo-

ca, integra una estructura que empobrece y mantiene la influencia de la constelación de la desaparición. En la retención de la sensibilidad que hundió en la catástrofe se advierte un hilo que recorre un largo proceso que aún se proyecta sobre el porvenir. Collage de indiferencia y arrogancia, retórica y superficialidad, política cómoda, estética cosmética, un cono de sombras que reduce la declamación de derechos humanos al juzgamiento de algún crimen "espectacular" (espejo que, en su reverso, muestra anomia y excepcionalidad).

xi. ¿Cómo romper ese mar congelado? Normas y prácticas inciden en la configuración de la atención y de su fondo indiferenciado. La educación y los hábitos son pilares de la economía de la atención. La sensibilidad, el contorno estético de las personas, ese pliegue de piel y cultura, de animalidad, vergüenza y orgullo, voracidad refinada que hace al azúcar blanco, las camas de realeza y las corbatas de seda, que hace mirar y limpia la mirada de estorbos. La estética oftalmológica gobierna al estado policial, depura, comprime, encesta, entierra, y lo hace sanitariamente. Como impureza marginal y residuo contaminante es excluido, tachado, desaparecido. Lo es, pero nunca del todo. La ecología de la desaparición provoca una implosión.

xii. En la imposible plenitud de la atención, ella, collage de discursos, prácticas, artefactos, complejo de representaciones, poéticas y políticas, relaciones de poder y hermenéuticas singulares. Inestable, la atención puede alcanzar una intensidad que evada las condiciones ordinarias, esa unidimensionalidad que superpone imposiciones. Acción atenta, una atención que tense las imposiciones, que espere y devele los puntos ciegos de la cultura de la memoria. Atención que se entrega a los perdidos. Atención, manantial de igualdad que sacude servidumbres.

xiii. El testimonio es una forma de atención. El cultivo de la atención como modo de detención, como forma de intensificación de la sensibilidad, es capaz de sumergir el fondo de la memoria, advertir el contorno de la representación y vivenciar la descripción, encarnando y practicando la entrega. Un acento en la piel, en los pliegues de la sensibilidad, un paso que une ética y estética. Un tono, un acorde íntimo, una interpelación poética, una entrega radical para recuperar la apertura de la vida, la dación del mundo, la potencia de sentir plegada a la expresión y la acción. De aquí, políticas estéticas de la atención, rebasando las políticas éticas de la memoria. El arte,

testimonio, entonces, de la atención. Atención a la crueldad y la explotación, a la humillación y el cansancio, atención que expone su piel cultivada en la calidez. Atender, alcanzar el fin de lo percibido, captación perspicua que desenreda el embrujo, las tramas del cautiverio en la superficie aplanada.

xiv. El control externo de la atención afecta la autonomía, muestra la imposición técnica e institucional. Los relatos de la memoria se concentran en el pasado y brindan un modelo atrincherado del presente y el futuro. Esa pauta desatiende. La humanidad de los derechos humanos no debe ser el fruto de imposiciones políticas, manipulaciones de la memoria, estrategias narrativas que se oficializan, cristalizan y musealizan, consagrando la desatención, dejando al sufrimiento en el campo del espectáculo, blindando la sensibilidad y despejando la indiferencia. La atención, interpelación estética, política y ética, piel que siente sin fanatismos y cegueras. Atención que rebasa criterios, un sentir que vea la no visión teórica, las exclusiones, asedios, catástrofes y bombardeos de la santa iglesia del humanismo de los derechos humanos y su congregación de la fe en la cultura de la memoria. La memoria, discurso oficial, relato fosilizado, puede convertirse en una trampa. Memoria, control de la atención a través de formas de linealidad, retóricas solemnes, mitologías y caricaturas. No hay suelo para la atención. La memoria, escorzo, reductor de perspectivas, resistencia a la deriva, intento de anclaje, gesto envolvente, roca dura, estabilización pesada. Los efectos territorializadores de la memoria, el peso de sus fijaciones, su monumentalidad, un bloque autocomplaciente, conservación resistente, fuerza que el presente ata al pasado para proyectarse al futuro. Y la desterritorialización de la atención, flotante, evanescente, abierta, mutante torbellino, flujo y disyunción, juzgada como desorientación desde la mirada de la tradición. Cierta asimetría hay entre atención y memoria, persuasión y retórica. Nada está a salvo del olvido, ni aquello que es objeto de obsesivo recuerdo, menos aún los recuerdos rutinarios –memoria sepultada por momentos conmemorativos instituidos, acciones que fortalecen aquello que se quiere cambiar, cultivo paradójico de la indiferencia.

xv. Reconocer las cristalizaciones académicas y subsidiadas del "deber de memoria": Memory Studies, Holocausto Studies, Desaparecidos Studies. La memoria puede no ser la luz, sino la oscuridad visible. Aun movilizando emociones, fosilización de la memoria, el

congelamiento de la sensibilidad se extiende. Las imágenes se vuelven menos reales, repetidas. No basta la observación pasiva, no bastan las imágenes. Un resto de insatisfacción acompaña, entonces, el persistir de la persuasión y la atención. Atención, contra la autocomplacencia, que desresponsabiliza, irresponsabiliza. ¿Con quiénes y con qué más debemos devenir justos? ¿Cómo devenir justos? Lo desmesurado que hace insoportable esta cuestión, que la hace políticamente insoportable, se aloja en su condición inconclusiva.

xvi. La precarización de los DDHH, la mutilación de la energía transformadora se condensa en monumentos y museos, en exposiciones, centros culturales y jornadas académicas que celebran la memoria y los derechos de la niñez, pero he aquí la civilización y su banalidad, en las diversas direcciones de sus oleajes conservativos e innovativos, restaurativos y vengativos, en las redes de su racionalidad burocrática, de sus fuentes de trabajo y sus mercancías ofrendadas al visitante. Acaso puedan incidir para darle densidad a los derechos, más allá del espacio de la memoria y secretarías de la niñez, de sus oficinas y santos oficios, sacudiendo mezquindades, odios, recelos y, sobre todo, indiferencia. Acaso despierten el asombro. ¿Qué de aquel asombro con el que en la polis comenzara la filosofía? ¿Qué asombra de la ruina de "nuestras" polis? ¿Pero qué asombra en esta, nuestra noche polar de helada oscuridad y dureza? Aún el asombro, aún aquel otro lado de formas y sombras.

xvii. Tal vez deba desorganizarse la narrativa oficial. La crítica al orden –histórico, político, jurídico– quizás apenas ahonde en la percepción de los fenómenos y en el enigma de la violencia. ¿Pero cómo hacer girar la perspectiva desde la que pensamos y actuamos? La anatomía de lo normativo reconoce lo que impone la negatividad: también la crítica a las perspectivas que dicen qué debe hacerse y pensarse traza deberes. La crítica insaciables y sin paz, su ímpetu ciego ve detrás de todo y en cada fórmula un fin escondido, un medio perverso, un síntoma, un mal. Va, indiscriminada, en una tremenda atmósfera de negatividad. Ve omisiones y especulaciones, falacias y manchas, mala fe y defraudaciones junto a auto engaños e ilusiones estériles, ve más lejos y más hondo para malograr lo que malogra, para herir lo que hiere y torcer lo que tergiversa. Lleva las tensiones al extremo, a límites y umbrales. Pero no sabe decir sí. ¿Dónde halla refugio? Fuera de la caverna mecánica que la automatizó, apenas queda algo bello y melancólico en la tarea crítica. Apena la unifor-

midad en la negatividad. Apenas pasividad, a veces a salvo entre baladas, lamentos, duelos. Pero enseguida irrumpe lo que urge y perturba. Se interpone, como dijo Th. Adorno de la Quinta Sinfonía de Mahler, *un grito de horror ante algo peor que la muerte*. Crítica, palabrerío para encubrir el silencio. Corroída la crítica, cada tanto lo inasimilable se materializa en una obra artística banal que corroe la experiencia. Lo que empuja, lo que ya apenas sostiene, esa deuda crítica queda como una ninfa desconcertada.

xviii. Libertad incondicional para pensar, ¿pero acaso la profesión estatutaria que compromete al preguntar y contestar, la libertad universitaria que aún transita límites kantianos, testeando bordes externos, plegando los internos, acaso esa labor de funcionario puede mostrar soberanía en los actos, vale decir, libertad incondicional en su obrar en el lenguaje? Crítica, punto esquivo, el de aquella incondicionalidad sin poder, crítico solapamiento a la regulación meticulosa de la burocracia académica. La filiación de las "nuevas Humanidades" con la época de las Luces muestra el inacabado sentido de superación.

En el acto de pensar está encerrada toda la esperanza.

Max Horkheimer

xix. Simone Weil observó que las instituciones constituyen esencialmente un lenguaje simbólico. Ese lenguaje debe reconocer que no hay legitimidad sin dignidad, y no la hay si provocan humillación o la consienten. Y abonar suelos fecundos, para que broten destellos en los que se reconozca que la vida está allí. En lo común, desde el sustento al despliegue del arte.

Por encima de las instituciones destinadas a proteger el derecho, las personas, las libertades democráticas, hay que inventar otras destinadas a discernir y a abolir todo lo que, en la vida contemporánea, aplasta a las almas bajo la injusticia, la mentira y la fealdad.

Hay que inventarlas, pues son desconocidas, y es imposible dudar acerca de si son indispensables.

S. W., "La persona y lo sagrado"

xx. Más que un hegeliano derecho a la superación, se trata de mostrar lo quebrado y atender a su reparación, ayudando a los des-

graciados, “a los que la desgracia ha mordido en el fondo del alma” (SW). Dar, a todos “un poco de bienestar, mucha belleza y la protección contra quienes les hagan el mal” (SW). Dar, más allá del castigo. La necesidad de evaluar, juzgar, aprobar y reprobar lo interviene todo, acciones y conocimientos. Realiza límites al derecho a la indiferencia instalando jerarquizaciones y superaciones: considerar, argumentar, criticar, reconocer, decidir, responsabilizar. Se deshilvana el poder de las palabras, el poder que teje ilusión y desteje error. Hilvana cuidado en palabras pulidas que imbrican brillantez y opacidad. Demanda educación sabia, cauta al disponer merecimientos (recompensas y sanciones), sugestiva, expresiva, activa en la formación de atención y sentido de responsabilidad. Elogio del esfuerzo, dación de confianza: educar. Buscar el consentimiento, el consentimiento que compromete reparar la condena a la mera vida. La anomia, ese grito de piedra, no es un destino.

Todo esto tiene un aspecto fantasioso, pero no lo es.

Lo más difícil sería imaginar el régimen de transición antes de que tales usos puedan instalarse.

S. W., “Ideas esenciales para una nueva constitución”.

La infancia en la agenda de Desarrollo Humano Sostenible 2030

Yanina Soledad Álvarez[37]

1. Introducción

Entre los días 24 y 25 de septiembre del año 2015 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó formalmente la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: Transformar Nuestro Mundo. Para la infancia a nivel mundial esta Agenda significa un cambio de paradigma en cuanto a la concepción de "desarrollo" que se tenía hasta ese momento. Se pasó de la identificación del desarrollo como progreso económico, ha desarrollo como equidad. En la infancia las inequidades se manifiestan fundamentalmente en tres dimensiones: supervivencia infantil, educación y pobreza infantil. Para poder combatir las desigualdades existentes y lograr que todos los niños, niñas y adolescentes tengan las mismas oportunidades de sobrevivir, crecer y alcanzar el desarrollo pleno de sus capacidades, es necesario que se promueva el acceso equitativo de las dimensiones mencionadas anteriormente. Lograr la comprensión y el compromiso por parte de la Comunidad Internacional que el Desarrollo Humano Sostenible debe poner énfasis en la eliminación de las desigualdades que injustamente privan a niños, niñas y adolescentes de derechos sus reconocidos en la Convención Sobre los Derechos de los Niños (CDN) como lo son el derecho a la no discriminación (Art. 2 CDN), a la educación (Art. 28 CDN) y a la supervivencia y desarrollo (Art.6 CDN) fue el principal aporte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 para la infancia mundial. La implementación de los enfoques Multidimensionales para el Desarrollo en las políticas públicas en materia de infancia constituye una contribución positiva para la reducción de la desigualdad existente en términos de acceso de derechos, disminución de desigualdades y trasmisión intergeneracional de la pobreza.

37 Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Estudiante de Master en Necesidades, Derecho y Cooperación al Desarrollo de la Infancia. XXIIIª edición (2019-2020). Universidad Autónoma de Madrid. Comité de España de Unicef.

2. La Agenda de Desarrollo Humano Sostenible 2030. Composición. Principios

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible fue adoptada formalmente por la Asamblea General de Naciones Unidas los días 24 y 25 de septiembre del año 2015.[38] La Comunidad Internacional se ha propuesto "poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo de aquí a 2030, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales. Para lograr este objetivo se parte del reconocimiento de la interdependencia existente entre la erradicación de la pobreza y la desigualdad, la preservación del planeta y el fomento del crecimiento económico inclusivo".[39] La Agenda está compuesta por 17 objetivos y 169 metas, centrados en tres dimensiones: económica, social y medio ambiental.

Los Objetivos de Desarrollo Humano Sostenible 2030 se encuentran atravesados de manera transversal por los principios de *universalidad, solidaridad, igualdad de género y un enfoque de desarrollo desde la equidad*. El *principio de universalidad* se ve plasmado en el hecho de haber sido suscriptos por todos los países que conforman las Naciones Unidas. Dando lugar a una Alianza Mundial de Colaboración, en la que todos los países se comprometen a trabajar en pos de la consecución de los Objetivos, poniendo especial énfasis en las personas pobres y en situaciones de especial vulnerabilidad. Sin embargo, no hablamos de una universalidad en términos absolutos ya que tanto los objetivos como las estrategias de cumplimiento establecen que se tendrán en cuenta las diferentes realidades, capacidades y desarrollo de cada país, tal como lo establece el *principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas*.[40] Este

38 Naciones Unidas. Asamblea General. Proyecto de resolución remitido a la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 por la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015).

39 Naciones Unidas. Asamblea General. Proyecto de resolución remitido a la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 por la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015). Párr. 3.

40 Naciones Unidas. Asamblea General. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Declaración Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (Río de Janeiro 1992. Asamblea de Naciones Unidas).

principio va de la mano del *principio de solidaridad* por el cual los países más desarrollados se comprometen en colaborar a los países menos desarrollados en el logro de los objetivos. La *igualdad de género* es otro principio que guía todos los objetivos, buscando la igualdad entre los géneros, el empoderamiento de todas las mujeres y el fin de todos los tipos de violencia que sufren las mujeres y niñas, incluyendo las prácticas nocivas como la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, entre otras. El *enfoque de desarrollo desde la equidad* procura la satisfacción de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, mediante la eliminación de las desigualdades existentes en el acceso a dichos derechos.

3. Enfoque desde la Perspectiva de la Equidad

Podemos afirmar, sin ninguna duda, que todos los niños y niñas del mundo nacen con los mismos derechos. Lo que tristemente no podemos afirmar es que todos los niños y niñas del mundo puedan acceder y ejercer sus derechos de manera efectiva. Una de las principales causas de la imposibilidad de ejercicio es la falta de inversión por parte de los Estados en políticas públicas en materia de infancia. La Convención sobre los Derechos del Niño proporciona el marco normativo para que todo niño, niña y adolescente pueda tener una vida digna, acceder a una educación de calidad y gozar de una vida libre de violencia y abusos. Además establece que son los Estados los principales obligados a incorporar las disposiciones de la Convención a sus políticas (locales e internacionales) y programas en relación con la infancia. En este sentido, los Objetivos de Desarrollo Humano Sostenible constituyen un hito sumamente trascendental en clave de infancia. Reconocen la importancia que reviste la inversión en infancia como motor de eliminación de las inequidades existentes en el acceso a los derechos de los cuales todo niño, niña y adolescente es titular. La meta que la Comunidad Internacional promete alcanzar en materia de infancia es "un mundo que invierta en su infancia y donde todos los niños crezcan libres de la violencia y la explotación; un mundo en el que todas las mujeres y niñas gocen de la plena igualdad entre los géneros y donde se hayan eliminado todos los obstáculos jurídicos, sociales y económicos que impiden su empoderamiento".[41]

41 Naciones Unidas. Asamblea General. Proyecto de resolución remitido a la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 por la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones. Transformar nuestro

Así mediante la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030 se reconoce la importancia de la promoción de la equidad y la eliminación de desigualdades. En relación con la infancia podemos decir que un desarrollo será equitativo cuando todos los niños tengan las mismas oportunidades de sobrevivir, crecer y alcanzar el pleno desarrollo de sus capacidades. Mientras que el desarrollo de un niño o niña será inequitativo cuando injustamente se prive a determinados niños de los derechos y oportunidades básicas de las que otros gozan. Un enfoque basado en la equidad comienza por reconocer quienes son las personas vulnerable y porque, localiza a los niños, niñas y adolescentes en riesgo y analiza los determinantes estructurales. Esta es la diferencia fundamental con los enfoques basados en análisis de progreso y promedios nacionales, que enmascaran inequidades y no profundizan en la eliminación de las disparidades existentes, siendo insuficientes para la eliminación de la transmisión internacional de la pobreza y la inequidad.[42]

4. Objetivos en Clave de Infancia

En clave de infancia podemos destacar cinco objetivos con los que la Comunidad Internacional se ha comprometido y que presentan una incidencia directa en la vida de los niños, niñas y adolescentes de todo el mundo. En primer lugar, el Objetivo n° 1 establece poner *fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo*, procurando reducir la cantidad de niños de todas las edades que viven situación de pobreza. Este objetivo se vincula de manera directa con el Objetivo n° 2 que es *poner fin al hambre, lograr seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición*. Se hace hincapié en grupos especialmente vulnerables en los que se incluye a los niños menores de un año de edad que requiere una alimentación sana, nutritiva y suficiente. Luego ampliando el concepto de seguridad alimentaria según un criterio etario, se propone *poner fin a la malnutrición*, en los grupos de niños menores de 5 años para evitar retrasos de crecimiento y el adelgazamiento patológico. Por último aborda las necesidades nutricionales de las adolescentes, mujeres embarazadas y lactantes. Se puede decir que la segmentación que se utiliza en este objetivo es una de las fortalezas del informe, y hubiera sido óptimo

mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015). Párr. 8.

42 Fondo de Naciones Unidas Para la Infancia. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2016. Una Oportunidad Para Cada Niño. (Nueva York. Fondo de Naciones Unidas Para la Infancia. UNICEF. 2016).

que se repitiera en la estructura de los restantes objetivos vinculados a la infancia. Identificar las necesidades alimentarias por grupo etario y por grupo vulnerable ayuda a direccionar medidas específicas y un mejor logro de objetivos. A más de ello podemos decir que este objetivo, por la particular segmentación de edades que realiza, presta especial atención a la satisfacción de las necesidades de los niños y niñas; concretamente de la necesidad universal de salud física.

El Objetivo n° 3 procura que se *garantice una vida sana y el bienestar de todas las personas*. En el caso de los niños y niñas mediante la reducción de las tasas de mortalidad materna, la muerte de recién nacidos y de niños menores de 5 años. En este objetivo se identifica bienestar y vida sana, con disminución de la tasa de mortalidad. Esto es otro punto que podría marcarse como fortaleza del informe y propio de los Modelos de Desarrollo de Equidad o Modelo Multidimensional para el Desarrollo Humano Sostenible. Ambos modelos incluyen el análisis del porcentaje de supervivencia infantil como una de las dimensiones en que se manifiesta la inequidad e impide alcanzar el desarrollo sostenible, por eso es fundamental su tratamiento y disminución.

El Objetivo n°4 *promueve garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad*. Este objetivo, al igual que el Objetivo n° 2, efectúa una distinción de las necesidad de educación según la edad de los niños y niñas, y la pertenencia a determinados grupos de mayor vulnerabilidad como los son las niñas. Así en primer lugar y como derecho humano fundamental se procura asegurar el acceso a la enseñanza primaria y secundaria, la que deberá ser gratuita, de calidad y efectiva. Avanza en procurar educación preescolar y servicios de atención y desarrollo para la primera infancia, a fin de que estén preparados para la enseñanza primaria. Considero que el cumplimiento de este objetivo es fundamental para la mejora de la calidad de vida de los niños, niñas y adolescentes del mundo. Es un derecho clave en términos de desarrollo, ya que una educación de calidad, nos permite que el día de mañana los niños, niñas y adolescentes en su vida adulta puedan insertarse en el mercado laboral y llevar una digna calidad de vida, disminuyendo así el grado de trasferencia intergeneracional de la pobreza.

El Objetivo n° 5 procura *lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas*. Este objetivo pone de manifiesto la doble vulnerabilidad a la que se ven expuestas las niñas, en primer lugar por ser personas en desarrollo y en segundo lugar por su género. Lo destacable del objetivo es, por un lado, el compromiso

de eliminar todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres y las niñas, tanto en el ámbito privado como público. Pero va más allá y efectúa una diferenciación y detección de los principales flagelos que sufren las niñas, como los son las prácticas nocivas como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina; dejando plasmado el compromiso asumido por toda la Comunidad Internacional de extinguir dichas prácticas.

Por último, el Objetivo n° 6 busca *garantizar la disponibilidad, y la gestión sostenible del agua de forma tal que se garantice el acceso universal y equitativo del agua potable*. En clave de infancia este objetivo es sumamente importante ya que tiene incidencia directa en la salud de los niños y niñas. Mediante el presente objetivo se pretende el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuado y la eliminación de las letrinas (defecación al aire libre). El acceso a agua potable produce importantes disminuciones en las tasas de mortalidad infantil, ya que se elimina un factor de alto riesgo de contagio de enfermedades infectocontagiosas. De igual manera es un factor que colabora al tratamiento de la violencia contra las niñas que suelen sufrir agresiones sexuales al utilizar letrinas.

La gran ausencia y debilidad en términos de infancia en la Agenda 2030 es el haber omitido el establecimiento de objetivos y metas concretas vinculadas con los niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados no acompañados o separados de sus familias. Creo que hubiera sido una oportunidad en la que la Comunidad Internacional podría haber establecido metas, aunque sea mínimas, en clave de derechos y garantías para evitar los desastres humanitarios que estos movimientos poblacionales masivos ocasionan, y las grandes violaciones a derechos humanos que las conductas de los Estados ocasionan.

5. Enfoque de Desarrollo. De las Capacidades Básicas a las Aumentadas

Cuando hacemos referencia a desarrollo sustentable, nos referimos a un desarrollo equitativo, tendiente a la eliminación de desigualdades. Para poder detectar y eliminar las desigualdades existentes entre las personas es necesario que su análisis deje de centrarse en las disparidades de ingreso o riqueza. Como así también dejar de buscar su explicación utilizando únicamente medidas de desigualdad centradas en una sola dimensión, generalmente económica. Para comprender y eliminar las desigualdades existentes y lograr los Objetivo de Desarrollo Humanos Sostenible el Informe de Desarrollo

Humano 2019 nos invita ir más allá del ingreso, más allá de los promedios y más allá del presente y nos presenta un análisis muy gráfico del camino que estamos recorriendo hacia 2030 y de los logros alcanzados en estos 5 años.[43]

Entendiendo a la desigualdad como el grado de acceso a las capacidades necesarias para tener una vida digna y plena, podemos observar que hay un avance en cuanto a la eliminación de desigualdades en el acceso a las denominadas capacidades básicas que un niño o niña requiere mínimamente para desarrollarse (supervivencia en la primera infancia - enseñanza primaria - tecnología básica). Pero es necesario destacar la importancia de poder acceder a las denominadas capacidades aumentadas (acceso a una atención de la salud de calidad en todos los niveles - educación de alta calidad en todos los niveles - acceso efectivo a tecnologías modernas - resiliencia frente a nuevas crisis desconocidas) para disminuir la brecha de desigualdad. Podemos observar que estas capacidades aumentadas son aquellas en las que la Comunidad Internacional asume el compromiso de invertir en materia de infancia.

6. Situación en la Argentina

Un aspecto importante a desatacar es que nuestro país cuenta con el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales (CNCPS), que es la institución dependiente del Gobierno Nacional encargada de coordinar las acciones necesarias para la adecuación, seguimiento y efectiva implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Desde el año 2016 el CNCPS cuenta con el apoyo de Unicef, para lograr el cumplimiento de los Objetivos 2030 mediante el análisis del nivel de inversión en infancia y su vinculación con los Objetivos. A modo de referencia podemos decir que desde el año 2017 la inversión en infancia ha presentado un crecimiento considerable dado principalmente por el aumento del monto y alcance de la Asignación Universal por Hijo. Del Informe elaborado por Unicef y el CNCPS surge que más de la mitad de los programas que componen el gasto social nacional tienen foco en los niños, niñas y adolescentes e impactan directa o indirectamente en el logro y/o avance de los ODS. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible con mayor proporción de gasto asignado se vinculan con las temáticas

43 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe sobre desarrollo humano 2019. Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente. Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI. (Nueva York, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2019).

de salud, educación, pobreza y desigualdad. No obstante, algunos objetivos tienen escasa o nula asignación de recursos, por ejemplo, los vinculados al medio ambiente.[44]

Del informe surge:

- El gasto público social nacional (GPSN) incluye 200 programas presupuestarios. De su clasificación –en función de su vinculación con cada uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)– se desprende que los 17 objetivos se encuentran en 2017 contemplados por, al menos, un programa social. Los ODS 1 (Fin de la Pobreza), ODS 3 (Salud y Bienestar) y ODS 4 (Educación de Calidad) son aquellos impactados por una mayor cantidad de programas. Se identificaron 111 programas que tienen foco en NNyA y en el cumplimiento de la Agenda 2030.
- Respecto a los programas pertenecientes al GPSNN y AODS, los ODS que concentraron en 2017 la mayor cantidad de programas son Salud, Educación, Pobreza y Desigualdad. El orden de priorización cambia si se toma como criterio el monto devengado por ODS, dado el peso del programa Asignaciones Familiares y de las Pensiones no Contributivas, que concentran el 64% del conjunto del gasto analizado. Ambos programas refieren principalmente a los ODS vinculados a la Pobreza y la Desigualdad, por ende, son estos objetivos los que se ubican en el primer lugar en orden a los montos devengados, seguidos por las funciones Educación y Salud.

7. Conclusión

Existe una vinculación inescindible entre equidad, inversión en infancia y desarrollo humano sostenible. Los compromisos asumidos por la Comunidad Internacional mediante la Agenda de Desarrollo Humano Sostenible 2030 constituye la posibilidad de brindar a los niños, niñas y adolescentes de todo el mundo mejores condiciones de vida, acceso equitativo a capacidades y oportunidades que les permita tener una vida plena y digna. Es imposible hablar de desarrollo sostenible mientras las niñas continúen siendo obligadas a contraer matrimonio, mientras sigan padeciendo prácticas nocivas como la mutilación genital femenina, mientras millones de niños y niñas no

44 Centro Interdisciplinario para el Desarrollo, en el marco de la Cooperación Técnica con UNICEF en la Argentina y el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales. Seguimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible Niñez y Adolescencia a Través del Gasto Público Social Nacional. (Buenos Aires, Argentina. Centro Interdisciplinario para el Desarrollo, en el marco de la Cooperación Técnica con UNICEF en la Argentina y el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales agosto de 2019).

puedan acceder a la educación, es por ello necesario duplicar los esfuerzos para asegurar a los niños, niñas y adolescentes un presente equitativo y un futuro esperanzador. Para concluir el presente es útil citar un fragmento del Informe de Unicef sobre el Estado Mundial de la Infancia "Si se puede juzgar el alma de una sociedad por el modo en que trata a sus miembros más vulnerables, por una regla análoga se puede predecir el futuro de una sociedad –sus perspectivas de crecimiento sostenible, de estabilidad y de prosperidad compartida a largo plazo– por la medida en que brinda a cada niño una oportunidad justa en la vida. Dar a cada niño esa oportunidad justa es la esencia del progreso equitativo".

8. Bibliografía

Asamblea General de Naciones Unidas. *Proyecto de resolución remitido a la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 por la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* Naciones Unidas. Asamblea General.

Asamblea General de Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. *Declaración Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Rio de Janeiro 1992. Naciones Unidas. Asamblea de Naciones Unidas.

Fondo de Naciones Unidas Para la Infancia. UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia 2016. Una Oportunidad Para Cada Niño.* Nueva York 2016. UNICEF. Fondo de Naciones Unidas Para la Infancia.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe sobre desarrollo humano 2019. Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente. Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI.* Nueva York 2019. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Centro Interdisciplinario para el Desarrollo, en el marco de la Cooperación Técnica con UNICEF en Argentina y el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales. *Seguimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible Niñez y Adolescencia a Través del Gasto Público Social Nacional.* Buenos Aires, Argentina agosto de 2019. Centro Interdisciplinario para el Desarrollo, en el marco de la Cooperación Técnica con UNICEF en Argentina y el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales.

Programa "Mi Abogado". Representación Jurídica Especializada en Infancia para Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) separados del cuidado parental: un esfuerzo para saldar la brecha en el área de protección de derechos

Carolina Becerra Rivera[45] *y Sigrid Santander Astorga*[46]

1. Introducción

El objetivo de esta exposición se centrará en la experiencia y aprendizajes de este tipo de representación jurídica especializada ejecutada desde el año 2017, la que se ha construido sobre la base del ejercicio interdisciplinar e integra en su eje central el interés manifiesto de los niños, niñas y adolescentes, resaltando su derecho a ser oídoss y a tener participación activa en la toma de decisiones que los afecten.

Es dable señalar particularmente, la condición de indefensión de la infancia vulnerada gravemente en sus derechos, que vive y se desarrolla en Instituciones de administración directa del Estado u organismos colaboradores y que se encuentran privados de su seno familiar.

Este fenómeno social complejo se desenvuelve en un entramado en el que interactúan una diversidad de sectores, actores e instituciones. Una dialéctica en la que confluyen y/o colisionan derechos, condiciones de pobreza, exclusión, estigmatización y desigualdad, instituciones estatales y privadas, sectores como Justicia de Familia y Sistema Penal, Salud, Educación, Familias de origen y los propios Representados (as), cada uno impactando en mayor o menor medida en sus vidas.

El equipo del Programa "Mi Abogado" se posiciona como un actor que acompaña esta trayectoria institucional velando no solo por el fin de restituir su derecho a vivir en familia, sino que también de todos los derechos comprometidos, conjugando el interés supe-

45 Trabajadora Social. Programa "Mi Abogado". Región de Valparaíso. Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso, Chile.

46 Abogada. Programa "Mi Abogado". Región de Valparaíso. Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso, Chile.

rior con el interés manifiesto de cada uno de nuestros representados y representadas.

2. Contexto reciente de la infancia en sistema de cuidado alternativo residencial

Durante el año 2016 nuestro país se remeció por el deceso de Lisette Villa, una niña de 11 años que el día 11 de abril fallece por motivo de "asfixia por sofocación producto de una compresión mecánica externa"(CIPER Chile, 2019). Según el relato de testigos, dos funcionarias del Centro Residencial de Administración Directa (CREAD), en un intento por contener a la niña quien se encontraba atravesando una crisis de descompensación emocional, es inmovilizada en el piso. Acto que produce la asfixia y su posterior muerte.

Este acontecimiento generó una movilidad nunca antes vista, tanto por la institucionalidad del Estado, como por organizaciones no formales e internacionales. Por su parte, la Fiscalía, el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia despliegan acciones que buscan detener los abusos contra niños, niñas y adolescentes en instituciones residenciales del Servicio Nacional de Menores (SENAME). En consecuencia comienzan a conocerse una serie de denuncias que daban cuenta del complejo contexto en que vive y se desarrolla la niñez y adolescencia en instituciones de protección.

En el año 2018, se dio a conocer un Informe que realizó la Policía de Investigaciones de Chile el que concluyó: "es posible afirmar que en el 100% de los centros que administra el Estado a través del Servicio Nacional de Menores, se han registrado –de manera permanente y sistemática– acciones que lesionan gravemente los derechos de los niños, niñas y adolescentes dependientes de tales centros, en tanto, presentan –durante los últimos años– registros que dan cuenta de maltratos (físico y psicológico) y abusos sexuales contra los NNA residentes. Igual porcentaje se obtiene, respecto de las circunstancias y contexto abusivo en el cual se ha llevado a cabo tal transgresión, en tanto en el 100% de los centros de administración directa, esta vulneración de derechos responde a un maltrato intra-residencial, siendo los propios funcionarios, en su mayoría bajo la figura del ETD, quienes han sido acusados por los residentes como autores de tales apremios". (PDI, 2018)

Es en este escenario, en el que la institucionalidad encargada de resguardar, restituir y garantizar los Derechos de cada uno de estos niños y niñas, termina siendo el escenario que los expone a nuevas y constantes vulneraciones graves, las que en ocasiones pueden llegar

incluso a la muerte. Según este mismo informe desde el año 2005 a 2016 se han producido 1313 fallecimientos de niños vinculados a la red de atención de SENAME, cuyas causas forman parte de una investigación penal llevada adelante por el Fiscal Marcos Emilfork.

Por otra parte y de manera paralela, se solicita el envío de observadores de la Comisión de los Derechos del Niño (ONU, 2018), para remitir un informe que dé cuenta de la situación de los niños que se encuentran en cuidados alternativos en instituciones residenciales. Los resultados son categóricos. El Estado de Chile ha violado de manera sistemática los derechos de los niños niñas y adolescentes que se encuentran bajo su protección.

En este documento se identifican falencias y/o carencias en la aplicación de los siguientes principios y derechos consagrados de la Convención de los Derechos del Niño, y de la cual Chile se hace parte en agosto de 1990:

- Derecho a la No Discriminación
- Interés Superior del Niño
- Obligación de asegurar el respeto a las normas por parte de las instituciones encargadas de la protección
- En el Derecho a la Vida, Supervivencia y Desarrollo
- A la no separación de la familia, salvo el Interés Superior del Niño
- Derecho a expresar su opinión y ser escuchado
- Protección contra la violencia
- Derecho al más alto nivel posible de salud
- Derecho a la Educación
- Derecho al descanso, esparcimiento y cultura
- Protección contra la explotación y los abusos sexuales
- Protección contra la tortura y tratos crueles e inhumanos o degradantes

3. Medidas tomadas por el Estado de Chile

En este contexto se establece una comisión ordenada por el Gobierno para establecer un acuerdo transversal que permita establecer la hoja de ruta para abordar las complejidades anteriormente descritas. Así surge, el "Acuerdo por la Infancia" (Comisión Presidencial, 2018), cuyo objetivo principal es contribuir a reparar la negligencia del Estado en las áreas mencionadas y restituir los Derechos vulnerados de niños, niñas y adolescentes en esta especial condición.

En ese contexto, toma preponderancia El Derecho a Vivir en Familia, reconocido en el Art. 9 de la Convención de los Derechos

del Niño, junto con el Art 3° sobre el Interés Superior del Niño y 4° sobre Aplicación de los Derechos, del mismo cuerpo normativo. A ello se suma la dictación de las "Directrices sobre modalidades Alternativas de Cuidado" enunciada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2010 y la que dispone en su N°1: "Las presentes Directrices tienen por objeto promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación".

Derecho y normas que han encontrado su fundamento justamente en el campo de la psicología, la que ha destinado estudios a analizar el impacto en el desarrollo psicoemocional que se desencadena en contextos privativos de cuidados parentales, de vulnerabilidad, abandono, etc.

Se visualizó y problematizó entonces, como una necesidad el deber de generar políticas públicas a nivel nacional que operaran en favor de la restitución efectiva de dicha garantía fundamental que radica en cada niño, niña o joven. Labor que debía comenzar a trabajar con miras a la desinternación, entendiendo esta última como una medida esencialmente transitoria, que impone la obligación de trabajar en beneficio de la reunificación familiar o bien encontrar soluciones familiares definitivas en favor de los niños, que permitan remitir la sintomatología al trauma que ocasiona el ingreso a un espacio residencial

Se evidenció además, que trabajar y abordar desde un enfoque de Derechos era el punto inicial para comenzar a dar cumplimiento a la Convención de los Derechos del Niño ratificada por Chile en el año 1990, entendiendo dicho cuerpo legal como el reconocimiento de los Derechos Humanos a los NNA.

En este estado del arte, se torna evidente que los niños no solo requerían que los agentes del Estado trabajaran por su desinternación, la que no podía obtenerse a costa de cualquier medio. Era relevante reconocer en ellos el Derecho a la participación consagrado en el Art.12 de la CDN, a señalar su opinión en todos aquellos asuntos donde sus intereses se vieran involucrados, contando no solo con el reconocimiento al Derecho a Participar y ser oídos u oídas, sino que relevando la necesidad de ser defendidos como garantía de su Debido Proceso, la que implica justamente el Derecho que detenta cualquier persona a ser abogados e intercedidos por la defensa técnica que merecían dentro de un sistema proteccional.

4. Como parte de la solución: Programa "Mi Abogado"

La ley Chilena N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, regula en su Art 19. La figura del Curador *ad litem* dispone: "En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque estos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el *curador ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal".

Anterior a la implementación del Programa "Mi Abogado", el ejercicio de la curaduría *ad litem* se condice con un modelo tradicional, consistente en velar por los derechos de los NNA en las audiencias y actos procesales de su causa en el tribunal. Se depositaba a través de esta forma la confianza en los dispositivos intervinientes de SENAME y en los hechos constitutivos de prueba, para la definición de las acciones a promover y resguardar en la protección integral de los NNA.

En lo concreto, el modelo previo a la implementación se traducía en una baja incorporación de los NNA como *sujetos de derecho*, por ende, tampoco se promovían espacios para ejercer su derecho a opinión y/o participar en las decisiones que les afectan, ya que en contadas ocasiones los representados tenían acceso y contacto previo con su abogado, e incluso a comprender el proceso jurídico en el cual estaban inmersos. En efecto, al iniciarse una medida de protección se producía el mayor intercambio o relación entre el curador y los antecedentes contextuales que daban origen a la medida, mas no necesariamente con el niño.

Al momento de iniciar la fase de cumplimiento de dicha medida de protección ya decretada por el Tribunal de Familia, la situación solo podía ser visualizada nuevamente cuando se generaba una audiencia de revisión o por otras causales excepcionales como una

audiencia reservada o confidencial del niño con el juez; coligiendo entonces una dramática ausencia de un seguimiento de la trayectoria institucional de internación en que viven los NNA separados del cuidado parental. Sin duda, este proceder –aún vigente en casos no representados por el presente programa–, aunque carente de espacios idóneos para el ejercicio pleno de derechos de la infancia, era casi el único a disposición de los NNA para estos fines, ya que no existía una política pública que permitiera la dedicación especializada para casos graves de vulneración. Lo anterior, podría resumirse en las siguientes premisas:

a. Escasa participación del NNA en el ejercicio de sus derechos principalmente a ser oído y representado en cuanto a sus propios intereses en un proceso judicial.

b. Poco o nulo seguimiento del caso por parte del curador *ad litem* en cuanto a los objetivos de la medida.

c. En ocasiones, los Tribunales de Familia no renovaban las medidas proteccionales decretadas una vez que transcurría el plazo de estas.

d. Residencias no cumplían con obligación del artículo 76 de la Ley 19.968 que ordena el deber de informar trimestralmente sobre los avances en los procesos interventivos de los NNA sujetos de una medida proteccional.

e. Largos períodos de internación, sin que la medida residencial fuese revisada, no respetándose la naturaleza de esta: Transitoriedad.

f. Vulneraciones (en el amplio sentido de la palabra) sistemáticas de derechos cometidas al interior de las residencias.

g. Deficiente procesos interventivos con las familias de los NNA ingresados en residencia.

h. Invisibilización de otros Derechos: A la memoria, Pertenencia y Territorio, por ejemplo.

En este escenario irrumpe el modelo especializado de representación jurídica de NNA el año 2017 y comienza a estructurar y consolidar un modelo innovador de trabajo durante el periodo 2018.

El Abogado del niño comienza a configurar y visibilizar un rol inesperado en el sistema de protección y en la judicatura, el cual promueve y protege los derechos de la niñez, participando activamente en los procesos proteccionales durante *toda la trayectoria jurídica*, y particularmente en la etapa de cumplimiento de las medida proteccionales. Posicionando, ajustado al mandato internacional de la Con-

vención de los Derechos del Niño, la voz y el derecho a participar de todo NNA, por medio de un equipo que establece un vínculo profesional periódico y sistemático que promueve el acompañamiento y genera certezas en los niños, niñas y adolescentes respecto de su causa proteccional y de su acceso a la información.

Es necesario mencionar que durante este periodo fue un desafío lograr que los NNA comprendieran a cabalidad lo que implica la figura de "su Abogado", por lo que se desplegaron diversas estrategias lúdicas y comprensivas por parte de todos los profesionales del equipo, que mantenidas en el tiempo, han llenado de significados el rol del Curador *ad litem* y el equipo que le acompaña, incluso más allá de lo esperado. Y como tal, asumimos de forma responsable y comprometida el desempeño de las funciones que conlleva este ejercicio profesional.

El Programa "Mi Abogado", ejecutado por las Corporaciones de Asistencia Judicial cuyo objetivo general ha sido el de "contribuir a la restitución de derechos de NNA en el marco de la Convención de los Derechos del Niño, garantizando el acceso a la justicia y a la igualdad en la protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, a través del asesoramiento y defensa judicial especializada de NNA en situación de vulneración".

Entre los objetivos específicos del programa se encuentran justamente el de ejercer una defensa jurídica especializada, tanto en Tribunales de Familia, Tribunales con competencia en lo penal cuando se constituyan víctimas de alguna vulneración que reviste características de delito y accionando los mecanismos que correspondan ante Tribunales Superiores de Justicia, cuando los de primera instancia no proporcionan una resolución que coincida con la estrategia jurídica planteada en favor de los Derechos de los niños, niñas y jóvenes representados.

Sin perjuicio de lo anterior la defensa judicial especializada requería de conocimientos que no se satisfacen en el Derecho, pues la niñez representa una especial etapa vital que requiere de disciplinas con las que previamente poco habían dialogado y escuchado las y los abogados.

Un atisbo de lo anterior ya nos había señalado nuestro legislador al incorporar la figura del Consejo Técnico Interdisciplinario, como asesores de los Jueces en materia de Familia requiriendo poseer especializaciones en asuntos de Familia e Infancia, cuya principal función, de acuerdo con la normativa vigente, es emitir opinión dentro del marco de su disciplina cuando el Juez se lo solicite.

Entendiendo que los Tribunales de Justicia incorporaron profesionales especializados en la materia referida, era necesario propender que la propuesta de defensa judicial especializada que pretendía el Programa "Mi Abogado", integrara disciplinas que pudieran construir estrategias de defensa interdisciplinaria, incorporando al equipo, psicólogos/as y Trabajadores/as sociales que finalmente permitieran entrelazar y confluir tres áreas de las humanidades que hoy se pretende que trabajen y hagan un esfuerzo para colaborar en la restitución de los Derechos de la niñez.

Como consecuencia de lo anterior y entendiendo que el Derecho es insuficiente para ejercer una defensa especializada, es que hoy el Programa Mi Abogado se estructura por tripletas constituidas por Psicólogos/as, Trabajadores/as sociales y abogados/as, lo que sin duda, ha representado un desafío importante a la hora de abordar un mismo conflicto desde estas tres áreas.

4.1. En la práctica

En lo concreto, el programa logra que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se materialice en acciones, dejando en evidencia el operar y aun presente enfoque tutelar. Tensiona al sistema para gestionar la exigibilidad del articulado de la CDN, siguiendo como criterios orientadores las propias Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los NNA y las Observaciones Generales del Comité Sobre Derechos del Niño (N° 5, 12 y 14).

En términos generales podría afirmarse que la intromisión del modelo de representación especializada podría concebirse como la instalación de un *nuevo paradigma* que responde, no solo al resguardo de derechos asociados a la vulneración que origina la medida en las audiencias de protección y/o cumplimiento, sino que a escala de cada NNA, reconociendo sus necesidades y sus particularidades, su historia familiar y sus propios anhelos, los que son sometidos a un equipo altamente capacitado que –en constante revisión de sus prácticas–, busca interdisciplinariamente aportar a la restitución y al mayor goce de derechos posible en cada situación.

4.2. Enfoques transversales en la intervención

4.2.1. Enfoque de derechos humanos

La protección y garantía efectiva de los derechos humanos por parte del Estado exige no solo que este tome medidas para implementarlos internamente, sino también que toda su actuación –particularmente sus políticas, planes y programas– incorporen un enfoque de

derechos humanos, independientemente de la materia a que estas se refieran. El enfoque de derechos humanos "es un marco conceptual del proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operativo está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Con este enfoque se trata de integrar los valores, principios y normas del sistema internacional de derechos humanos en los planes, políticas y procesos de desarrollo". (ACNUDH, 2006, pág. 15)

En concordancia con lo expuesto, el Programa "Mi Abogado" como política social dirigida a la intervención por medio de la representación jurídica especializada hacia niños, niñas y adolescentes (NNA) constituye un eje de acción del Estado que asume la puesta en práctica a modo de correlato del compromiso asumido con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (ONU, 1989) cuya injerencia incide ya sea en los sujetos directamente relacionados con los contextos de vulneración de derechos tales como el o los NNA y sus familias, como con la institucionalidad, ya sea, judicatura, sistemas de protección especial (SENAME) y protección social (Oferta programática dirigida a la población más vulnerable del País). El Programa "Mi Abogado" se constituye como un agente articulador y movilizador de las demandas y necesidades asociadas al interés manifiesto y superior de los NNA y su posicionamiento en los organismos jurídico decisionales y técnico-administrativos vinculados a él.

4.2.2. Enfoque de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos

Una de las principales apuestas de acción del programa de representación jurídica durante 2019 fue consolidar su quehacer en el escenario de acción proteccional posicionando la figura del Abogado del NNA. Desde ese reconocimiento se comienza a materializar una nueva forma de comprender la representación jurídica que reconoce a los NNA como portadores plenos de derechos, es decir, como *sujetos dotados de capacidades* para opinar, participar e incidir con voz propia en sus procesos jurídico-proteccionales, relevando y resguardando su autonomía progresiva.

En concordancia con lo planteado se pone en el centro la tarea de representación el Interés manifiesto de cada niño, niña o adolescente.

Este trabajo ha permitido poner en evidencia la contradicción del proceder del sistema de protección de la infancia vulnerada en

sus derechos en diversos niveles de acción. La invocación del interés superior en Tribunales de Familia por diversos actores en muchas ocasiones no opera necesariamente desde un enfoque de derechos, sino más bien, este es intermediado desde la coexistencia de paradigmas contradictorios (NNA como objeto de protección v/s NNA como sujetos de derecho) que se expresan en el requerimiento y toma de decisiones que denotan un soterrado enfoque tutelar detrás de una narrativa impregnada de derechos humanos.

Otro aspecto importante a señalar en este punto lo constituye el garantizar *el acceso a la información por parte de los NNA* en su causa proteccional, en las gestiones que se desarrollan y en la toma de decisiones que les afectan. Este aspecto es abordado por el equipo con el fin de administrar de la mejor manera posible y considerando los impactos que conllevan en este traspaso, diversas estrategias que se ajustan a sus necesidades especiales ya sean de salud mental y/o cognitivas, como también respecto de su autonomía progresiva y el respeto por esta, cuando han sido los propios niños o niñas quienes han demandado explicaciones sobre la causa de su situación actual, siendo un ejercicio permanente por parte de nuestro equipo, el utilizar estrategias comunicativas o técnicas narrativas como "la historia alternativa" utilizada en el área de la mediación, resguardando, restituyendo y respetando el ejercicio del Derecho a acceder a la información, acorde a su edad y condición.

4.2.3. Enfoque interdisciplinar

Como premisa reconocemos que trabajamos con fenómenos complejos eminentemente psicosociales insertos en un escenario de acción jurídico legal y en medio de la implementación de sistemas de protección, lo cual nos plantea *un doble desafío, que identificamos por una parte en la capacidad de establecer una metodología de trabajo en el Programa Mi Abogado que permita determinar desde un análisis comprensivo e integral dicho fenómeno* y así lograr representar el interés manifiesto en concordancia con el interés superior de cada NNA, como también y en un segundo nivel, *aprender a desenvolvernos en un entramado institucional y administrativo que compromete también el ejercicio de derechos de nuestros representados.*

En el enfoque interdisciplinar cobra mayor relevancia nuestro primer desafío, pues la adecuada interpretación de cada situación que afecta a un NNA, necesariamente debe articular cada una de las disciplinas vinculadas (psicosociojurídicas), lo cual apunta a una *comprensión integral* de la realidad lo que se opone a una visión

fragmentada del sujeto, concibiéndolo desde la perspectiva de sujeto social, como parte de un entramado sociocultural, que requiere de un permanente ejercicio de memoria y construcción de identidad.

Es por esta razón que, se requiere generar una amplia compresión de cada NNA, para lo cual se entiende la representación jurídica como un *proceso interdisciplinar para el ejercicio de la curaduría*, lo cual implica que las distintas disciplinas converjan sobre la pregunta acerca de cómo se garantiza una cultura de derechos, que permitan que ese NNA goce plenamente de cada uno de estos. En este sentido, abogado/as, trabajadores/as sociales y psicólogo/as, colaboran para aportar a una comprensión integral que permita disminuir los sesgos y construyan nuevas definiciones que incidan en aquellos agentes que actúan sobre las condiciones que originaron el problema social. De esa manera, se genera una articulación entre distintas disciplinas que, desde el inicio de una causa actúan como *co-responsables* en la elaboración y ejecución de la estrategia de intervención, propiciando instancias que favorezcan el objetivo de restituir el derecho a vivir en familia.

En definitiva, el proceso interdisciplinario está dado por los diálogos y aportes que se realizan al interior de cada equipo en su totalidad y que a través de la metodología de *análisis de caso,* van definiendo las vías de acción y reconociendo los nudos críticos que demandan un proceso de creatividad colectivo para su oportuno despeje. Es por lo tanto, un espacio privilegiado para la *reflexión interdisciplinaria*, en el que se conjugan y articulan las distintas disciplinas, miradas, experiencias y comprensiones, y se piensan y levantan temáticas fundamentales, considerando el impacto que tiene para la vida de un NNA el perseguir determinadas decisiones jurídicas, logrando ir más allá de soluciones individuales y disciplinares para avanzar en la promoción de una cultura de derechos acorde a la dimensión del inevitable paso del tiempo y lo que implica esta dimensión en la vida de un NNA.

4.2.4. Enfoque intersectorialidad y gestión de redes

Este enfoque se fundamenta en la concepción del NNA como sujeto de derechos, lo cual necesariamente implica la integración de una *perspectiva sistémica,* que considera las distintas dimensiones en las cuales el sujeto se inserta y desarrolla. En este sentido, es necesario considerar a todos los actores y sus interacciones en articulación, como componentes que permean (de manera positiva o negativa) el proceso de bienestar de un niño o niña. De este modo,

se considera primero a la familia en su dimensión de resguardo y protección, luego a la comunidad en donde el NNA se inserta, la que permite oportunidades de relaciones sociales, espacios de cultura y recreación y la dimensión de las políticas públicas, las que aportan con planes y programas dirigidos a los NNA y las familias, facilitando recursos que apuntan a disminuir las condiciones de inequidad social y pobreza así como posibilitan el desarrollo humano.

4.2.5. Estándares de calidad del servicio de representación: autonomía, profesionalismo y especialización

Por lo anteriormente expuesto, es que este nuevo modelo ejecuta un funcionamiento diferenciado integrado por un equipo especializado, permitiendo el acceso a la justicia sin hacer distinción ante la protección de la ley. Para ello, el profesional que otorga representación jurídica trabaja de manera interdisciplinar, desarrollando una lógica de ejecución de diversas actividades con las partes involucradas para poder retroalimentarse de los antecedentes que serán considerados en la audiencia, aspectos que resultan relevantes para brindar una oportuna y adecuada solución jurídica a cada caso en particular.

En este sentido, este ejercicio permite que la curaduría a través del despliegue de las acciones del equipo profesional, recabe la información con los distintos actores intervinientes y protagonistas, adquiriendo una mirada amplia de la situación que permita tomar una posición autónoma e informada, siendo la integralidad el sello distintivo del Programa "Mi Abogado" de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso, que se plasmará en una defensa legal sobre la base del interés superior del NNA.

De acuerdo con esa mirada integral y especializada para la representación jurídica, se hace indispensable contar de manera exclusiva y excluyente con abogados, trabajadores sociales y psicólogos altamente calificados, con un alto estándar ético y compromiso en el abordaje de este modelo de intervención, a través de estrategias psicosociojurídicas, con un enfoque basado en derechos humanos de la infancia considerando el contexto y la realidad de cada niño o niña. Dejando atrás la posibilidad de que la representación jurídica sea asumida, en materias tan sensibles como la niñez, por practicantes o postulantes al título de abogado, como se había implementado en el antiguo modelo, evitando de esa forma que las intervenciones desplegadas carezcan de la responsabilidad que implica definir la trayectoria vital de un NNA.

5. Interés superior del niño v/s interés manifiesto

El Derecho a participar y a ser oído supone a un otro que sea capaz de escuchar de manera activa lo que el niño, niña o adolescente manifiesta en aquellos asuntos que involucran sus intereses, en aquellas materias donde se tomarán decisiones que impactarán directamente su vida. Sin embargo, esa escucha supone que el mundo de los adultos sea capaz de construir una solución que satisfaga el interés que el niño de manera directa o indirecta manifieste.

Sabemos que el Interés Superior del Niño se encuentra reconocido en el Art. 3 de la CDN, que señala: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" y que además se presenta de manera tridimensional: como un Derecho, como un Principio y como un Deber.

Cabe entonces preguntarse qué ocurre cuando el interés superior del niño creado o ideado por los adultos intervinientes en su causa proteccional, como los jueces, padres, residencia de SENAME, colisiona con el interés manifestado por el sujeto de protección.

El equipo del Programa "Mi Abogado", en su quehacer diario, ha intentado satisfacer de manera activa el interés manifiesto, construyendo, de manera interdisciplinaria, estrategias jurídicas que propongan soluciones que de alguna forma se adecuen a lo peticionado por el niño.

En la práctica concurrimos a las residencias de SENAME, solicitamos entrevistas con nuestros representados y representadas a fin de mantener una conversación de carácter preliminar. En ellas hacemos presentes a los niños, niñas y adolescentes que todo lo que conversemos en ese momento es de carácter reservado y que para poder contarle al juez u otro profesional la información que deposita en nosotras, requerimos de manera expresa su autorización, lo que es respetado y defendido cuando se nos ha solicitado que señalemos lo manifestado por los niños y niñas, teniendo como única excepción el peligro inminente de la integridad física o psicológica de los NNA.

En los hechos, lo que hacemos para cumplir con el secreto profesional que declaramos a nuestros representados/as, cuando por un interés superior evidente debemos poner cierta información en conocimiento del Tribunal o de profesionales de la Residencia, es solicitarles a los NNA, autorización expresa dando un fundamento válido y entendible para ellos de porqué es necesario que otros

adultos intervinientes cuentes con dichos antecedentes, lo que con el paso del tiempo genera un vínculo de confianza profesional para con su abogado y/o tripleta interdisciplinaria.

Sin embargo, poder acceder a nuestros representados y representadas no está exento de inconvenientes, encontrándonos en ocasiones, con profesionales o directores de residencias que obstaculizan las entrevistas o la confidencialidad de estas con el fin de contar con dicha información o evitar que el niño o niña manifiesta incomodidades que vive al interior del hogar proteccional. Sin duda esto representa un desafío en nuestra labor, y ha significado desplegar y crear variadas estrategias y técnicas de comunicación asertiva a fin de lograr en dichos profesionales un enfoque de Derecho que permita garantizar la confidencialidad en la relación abogado/a - representado/a.

Punto de partida para aquella discusión ha sido entender y socializar con equipos de Hogares Proteccionales que el niño, niña o adolescente tiene Derecho a hablar confidencialmente con su abogado/a, porque tiene Derecho a contar con defensa legal, lo que a su vez proviene de una garantía fundamental más amplia como es el Debido Proceso, consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Art. 10°. La empatía siempre es una aliada "¿A usted le gustaría que su abogado divulgara la información que le proporciona?", desde luego la respuesta siempre es negativa y desde allí planteamos la reflexión sobre el respeto a las conversaciones que sostienen los niños con sus abogados.

Por otra parte, nuestra legislación interna ha formulado disposiciones que se refieren a que los NNA tienen Derecho a ser oídos indirectamente, siendo representados por sus abogados/as, o a ser oídos directamente por el Juez en audiencias confidenciales a las que asisten acompañados de sus Curadores *ad litem*. Sin embargo, muchas veces esta etapa ha significado un mero trámite para la magistratura y a pesar de que los jueces escuchan de los propios niños y niñas sus opiniones, quienes han hecho un esfuerzo por manifestarse en un ambiente a ratos poco adecuado para ellos, las decisiones adoptadas no se hacen cargo, ni en fondo ni en forma, de aquello que han recibido de los principales interesados.

La labor del Programa "Mi Abogado" ha tenido como desafío incomodar a la audiencia reiterando lo manifestado por los NNA sujeto de sus causas proteccionales, direccionando al resto de los intervinientes a hacerse cargo y justificar el "porque no" a los intereses manifiestos de los niños. Cuando lo manifestado por nuestro repre-

sentados queda en el olvido de una audiencia y se sentencia aquello que es contrario al interés verbalizado por el niño, niña o joven, hacemos un esfuerzo para que por lo menos quede constancia que su representante legal o Curadora *ad litem* se opuso haciendo ejercicio de su defensa legal efectiva. Es lo mínimo que espera cualquier persona, adulto o niño, de su abogado quien dice defenderlo.

Sin embargo, para defender de manera efectiva y digna el interés manifiesto de nuestros representados no basta saber qué piensa o qué quieren. Como equipo interdisciplinario debemos ser capaces de desplegar acciones que nos den insumos y fundamentos para defender aquello que el niño o niña solicita, evitando que la defensa sea vacía y dotándola de sustento y materialidad que abran el debate en favor de nuestro representados.

5.1. Caso práctico

Como caso práctico relevaremos la solicitud de un niño de 11 años que en la primera entrevista con su abogada manifestó: "Quiero ver a mi mamá y a mi papá, pero están en la cárcel".

Desde un enfoque de Derecho entendemos que nuestro representado tiene Derecho a relacionarse con sus padres y si es contexto no es idóneo, son las instituciones las llamadas a adecuar el espacio en virtud del interés superior de nuestro representado, sin que la solución aceptable sea privar al niño de relacionarse con sus padres, quien por lo demás se encontraba en situación de abandono, no recibiendo visitas de ningún otro familiar que pudiera brindarle acompañamiento y contención psicoafectiva, lo que tiene y tendrá una serie de consecuencias psicológicas, emocionales y vinculares que causarán detrimento en su desarrollo integral.

Habiendo realizado las gestiones administrativas en el centro penitenciario que propendieran su adecuado ingreso a este espacio físico hostil y habiendo tenido éxito en estas, el Tribunal competente para resolver y autorizar el ingreso del NNA, no lo permitió por estimar, entre otros argumentos, que el niño utilizaría dicho contexto para aprender conductas carcelarias, invisibilizando la magistratura el Derecho que le asiste la CDN en su Art. 9 a nuestro representado, a mantener relaciones directas y regulares con los padres.

Sin duda la resolución judicial es además discriminatoria, pues los NNA que se encuentran bajo el cuidado personal de sus familias, no tienen inconvenientes administrativos ni prohibiciones judiciales para acudir al recinto carcelario acompañado de un adulto, a fin de

relacionarse regularmente con sus progenitores y familiares significativos privados de libertad.

En el caso ejemplificado, colisionan conceptos jurídicos que deben organizarse, relacionarse y crear una escala de prioridades entre sí en cuya labor debemos participar activamente, cada una desde nuestras áreas, psicóloga, trabajadora social y abogada de nuestra tripleta a fin de tomar decisiones que permitan esclarecer si el interés manifiesto del niño representado es atentatorio y contradictorio a su propio interés superior.

Interés Manifiesto, Interés Superior, Derecho a Participar y Opinar sobre asuntos que les afectan, Relacionarse Directa y Regularmente con sus padres y adultos significativos, Derechos a la Integridad Psicológica, Deber de Protección y Cuidado, Defensa Legal en Juicio, Autonomía Progresiva, son solo algunos de los conceptos jurídicos que debemos estructurar y priorizar entre sí cuando ejercemos la defensa de nuestros representados/as.

Cabría ponderar hasta qué punto la decisión adoptada por un Tribunal de Familia, en orden a impedir que un niño de 11 años vea a sus padres por el particular y adverso contexto en el que estos se encuentran, atiende al interés superior de nuestro representado, pues para hacer un examen acusioso del beneficio o merma que recaerá sobre la integridad psicológica del niño, a causa de la resolución judicial, haría falta proyectar en el futuro qué tan bien o qué tan mal estuvo prohibirle a sus 11 años ver, tocar, escuchar, sentir a sus padres.

Lo cierto es que puede haber opiniones a favor y opiniones en contra. Podemos pensar que la visita de un niño a la cárcel es en sí vulneratoria por ser un ambiente no propicio para su edad y desarrollo psicosocial. Lo que, a nuestro parecer está fuera de discusión, es que el niño representado, tiene Derecho a que su abogada, empleando un trabajo interdisciplinario creado en conjunto con la trabajdora social y la psicóloga del equipo, defienda su interés y accione en su favor, desplegando todos los medios disponibles para abogar por su garantía consagrada en el Art. 9 de la CDN.

Desde ese escenario, nuestra representación legal basada en argumentos interdisciplinarios, no se ha encontrado exenta de críticas al abogar por el interés manifiesto que, para la opinión de algunos sectores, colisionan con el interés superior de los niños, niñas y adolescente, sin embargo la práctica de esta defensa judicial ha dejado en evidencia que antes de su ejercicio existía un interés que poco se manifestaba por no tener el espacio para verbalizarlo.

Por lo demás, en nuestro sistema judicial existen otros intervinientes que pueden abogar por el Interés Superior de los NNA: por una parte, podemos citar el Art. 22 de la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, el que rige la potestad cautelar que poseen los Tribunales de Familia a fin de emplear los medios jurídicos idóneos que permitan resguardo de oficio o a petición de parte los derechos invocados que pudieran verse afectados; por otra, también podría acudir la familia del niño invocando una resolución que, conforme a su intervención se ajuste al Interés Superior. Finalmente el Servicio Nacional de Menores debe acudir y comparecer en la causa proteccional señalando aquello que estimen convenientes en defensa de los Derechos de los niños, niñas y adolescente, por ser la Institución Pública encargada de "proteger y promover los Derechos de Niños Niñas y Adolescentes que han sido vulnerado en el ejercicio de los mismos".

Teniendo en cuenta que el Interés Superior puede y debe ser defendido por otras partes que interaccionan en el proceso judicial o por el Tribunal mismo, cabría reconocer el Derecho que le asiste a todo niño, niña o joven a que su abogado o abogada argumente en favor de su interés manifiesto, creando la convicción ante la magistratura que aquello constituye y es efectivamente coincidente con el interés superior, tal como lo haría cualquier otro interviniente en su causa proteccional.

Entendemos entonces que de esos justamente se trata ejercer una representación legal que se encuentre a la altura de la problemática actual en materia de niñez, la que incluye el mal síntoma de dar por hecho que los niños, niñas y jóvenes desconocen lo que es mejor para ellos mismos, cuando son ellos quienes viven sus vidas y se enfrentan a sus miedos y desesperanzas.

Sería relevante reconocer la soberbia que prima en el mundo de los adulto, cuando tal vez y en algunos casos, nos debería bastar con escuchar y empatizar con la ingenua petición que realizan los niños, niñas y jóvenes al sentirse escuchados, al sentir que forman parte de una decisión. Cuando logremos escucharlos y escucharlas desde sus historias y memorias, tal vez sea más expedito el camino para arribar a un concepto integral de Interés Superior del Niño que atienda a sus intereses manifestados.

6. Reflexiones finales

Tras la experiencia de ejecución de nuestro Programa el cual siempre plantea nuevos desafíos, se han podido generar y consolidar

metodologías y buenas prácticas que dejan importantes aprendizajes. El primero de estos, es la fundamental participación de los niños y niñas en sus propios procesos, lo que conjugado con acciones de articulación de redes, del trabajo con sus familias de origen y familia extensa y con la permanente relación establecida con los demás intervinientes de los organismos de protección, permite configurar una panorámica amplia de la historia de cada representado, y de esa forma establecer una toma de decisiones estratégica, consciente y ajustada a cada situación particular y necesidades de nuestros representados.

Esto se evidencia en la judicatura por medio de una fundamentación sólida y consistente en las audiencias de revisión de medidas que diferencia a los Abogados de los Niños/as de este Programa ante la Magistratura, pues demuestra que no solo cumple con los imperativos legales, sino que vela por el cumplimiento integral y armónico de los derechos de cada NNA.

6.1. En torno al cambio de paradigma - desde el curador *ad litem* al abogado del niño

Funcionamos en un escenario social que integra y enuncia el enfoque de derechos todos los diseños de planes y programas que intervienen en infancia. Mas, cuando estos son puestos en práctica tienden a reproducir prácticas relacionadas al operar del enfoque tutelar. Desde el Programa "Mi Abogado", conscientes de esta situación, generamos instancias reflexivas continuas que nos permiten ir poniendo en evidencia las inconsistencias que puedan acontecer cuando se tratan fenómenos sociales con estos niveles de complejidad.

Así mismo, en la trayectoria de ejecución y como resultado de un ejercicio de revisión constante de nuestras prácticas, estamos transitando desde la figura del Curador *ad litem*, cuya función es representar los intereses de aquel que es "incapaz", es decir de la concepción de un sujeto incompleto, hacia la figura del Abogado del Niño, el cual representa los intereses del Niño o Niña como "sujeto activo" de su causa proteccional y como portador de plenos derechos reconociéndolo como capaz de manifestar su posición y sus intereses en concordancia a su autonomía progresiva.

6.2. La labor en torno a la exigibilidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes

Solicitar, en una audiencia de revisión de medidas proteccionales, que se ponga en práctica conceptos políticamente correctos y socialmente asumidos, utilizados solo para decorar la argumentación ante el juez, ha significado más de una crítica, sin embargo, existe un ingenuo pero inefable reconocimiento de nuestro representados cuando comienzan a percibir que la defensa de sus Derechos es efectiva, que se representaron sus intereses y que el juez tomó conocimiento de lo que estaban solicitando, en ocasiones incluso fallando en su favor,

Si estamos de acuerdo en cuanto a que el lenguaje construye realidades, se nos plantea el desafío de incorporar, al menos en lo discursivo, para luego exigir su puesta en marcha, otros derechos que parecieran de menor relevancia, pero que impactan en el diario vivir de los niños y niñas. "¿Acá dónde está el mar?", fue lo que preguntó un niño de la ciudad de Valparaíso, cuando por falta de cupo en las residencias proteccionales de su territorio, lo enviaron a un hogar en zona precordillerana, donde no hay contacto con el mar.

La medida que pretendía protegerlo vulneró aquello que a veces se vuelve menos evidente, pero que es parte del ser y constituye el patrimonio intangible de una persona que comienza su formación desde temprana edad. Pertenencia v/s Desarraigo, Derecho al Territorio y a la Identidad, lejanía con sus familiares y con su propio entorno, con el mar, constituyeron en sí una vulneración aun mayor a la que sirvió de fundamento para ordenar su ingreso al sistema de internación y la que, en parte se reparó y restituyó solo cuando pudimos defender el interés manifiesto y hacer posible el retorno de nuestro representado a Valparaíso.

7. Bibliografía

Policía de Investigaciones de Chile. (PDI. 2018). Análisis del funcionamiento en centros residenciales del Servicio Nacional de Menores. 13-05-2019, de Ciper Chile Sitio web: https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/informe-emilfork4.pdf

Sepúlveda Nicolás y Guzmán, Juan Andrés (2019). El brutal informe de la PDI sobre abusos en el Sename que permaneció oculto desde diciembre. 13-05-2020, de CIPER Chile Sitio web:

https://ciperchile.cl/2019/07/02/el-brutal-informe-de-la-pdi-sobre-abusos-en-el-sename-que-permanecio-oculto-desde-diciembre/

Ley N° 19.968. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de agosto de 2004.

DL N° 2465, Diario Oficinal de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de enero de 1979.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2018. Convenio de Colaboración y Transferencia para la Ejecución del Programa de Representación Jurídica de Niños, Niñas y Adolescentes, denominado "Mi Abogado".

ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/50ac92492.html [Accesado el 10 mayo 2020]

ONU, Comité de los Derechos del Niño, Junio 2018, Informe de la Investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Comisión Presidencial. (2018). Acuerdo Nacional por la Infancia. 13-05-2020, de Ministerio de Justicia Sitio web:

http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Acuerdo_Nacional_por_la_Infancia.pdf

Avances del Proyecto de Investigación: "Garantías mínimas del niño, niña y del adolescente en el proceso administrativo de adopción de medidas de protección excepcional, en la ciudad de Rosario"

Silvia Graciela Belmonte[47] *y Noelia Ada Diéguez*[48]

1. Introducción

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación titulado: "Garantías mínimas del niño, niña y del adolescente en el proceso administrativo de adopción de medidas de protección excepcional, en la ciudad de Rosario". Se encuentra radicado en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarios de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

El entramado de lo jurídico con cuestiones vinculadas a lo social y en su especificidad a niños, niñas y adolescentes en situaciones de vulnerabilidad necesita de una permanente revisión en lo que respecta a las prácticas que realizan los y las operadores del derecho que giran en torno a las garantías mínimas de procedimiento administrativo de medidas de protección excepcional de derechos, cuyo fin consiste en la separación de un niño, niña o adolescente de su grupo familiar cuando su interés superior[49] así lo requiera.

---

47 Abogada. Docente-Investigadora. Integrante del Centro de Investigaciones en Derecho de Infancias y Adolescencias. Facultad de Derecho UNR.

48 Abogada. Docente-Investigadora. Integrante del Centro de Investigaciones en Derecho de Infancias y Adolescencias. Facultad de Derecho UNR.

49 Hasta la sanción de la Convención de los Derechos del Niño (1989), el concepto era entendido como una contraposición de los representantes legales del niño/a (padres, los abuelos de sangre) al Estado. Era una contraposición de intereses, en donde el Estado asumía la patria potestad de los niños que consideraba se encontraban en situaciones de vulnerabilidad. Si bien el Interés Superior del niño en la Convención Internacional de los derechos del niño era un concepto vago que la misma Convención no definió, se han seguido criterios que permiten diferenciar dos etapas, *una primera* que obedece a un concepto abstracto y que el Comité de los Derechos del niño no ha dudado en declarar que el Interés Superior del niño es un "principio rector-guía", entendiéndose que es una prescripción de carácter imperativo para las autoridades obligándolos a estimarlo como una consideración primordial a la hora de tomar medidas respecto de ellos (haciéndolo extensivo también a instituciones privadas) para promover y proteger sus derechos concluyendo que el Interés

Es así que corresponde mencionar la Ley N° 12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Santa Fe[50], que adhiere a la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, profundizando la primera en los aspectos procedimentales en los que la ley nacional por limitaciones de índole constitucional no puede avanzar, atribución consagrada por Constitución Nacional (Art. 5, 75 inc. 12 y 121).

Por lo que, a partir de este marco jurídico, se pueden materializar los organismos administrativos que ponen de manifiesto la intervención estatal y el engranaje del Sistema de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

Desde esta perspectiva, se pretendió armonizar y circunscribir a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes con la autonomía del derecho administrativo, mirada diferenciada al enfoque que tradicionalmente se le ha dado al tema desde el derecho de familia y constitucional.

2. Objetivos del Proyecto de Investigación

Los objetivos del proyecto fueron enunciados del siguiente modo: *General:* 1) Analizar indicadores que permitan determinar si la autoridad administrativa competente en materia de niñez y adolescencia garantiza el debido proceso administrativo en lo que respecta a la adopción de medidas de protección excepcional y *Específicos:* 1) Observar las interacciones entre los operadores administrativos y los niños, niñas y adolescentes, a través de sus entrevistas y/o in-

---

Superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista, y *una segunda* que alude al interés concreto, compuesta de elementos circunstanciales, irreductibles y rebeldes a cualquier sistematización, ya que sistematizarlo significaría desatender a las circunstancias particulares de cada caso. Con idéntico alcance, Cecilia Grossman (2006) ha definido el concepto como el reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo.

Es en la ley Nacional de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes N° 26061/05 en el art 3, que define al Interés Superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la presente ley, debiéndose respetar la condición de sujeto activo y portador de derechos, el derecho a ser oído y a tener en cuenta su opinión, respetar el pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos, grado de madurez, medio social, familiar y cultural, equilibrio de los derechos y garantías las exigencias del bien común y su centro de vida, entendiéndose por tal, la residencia o lugar donde ha transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Complementada por la ley Provincial de niñez "Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" de Santa Fe N° 12967.

50 Sancionada 17 de marzo de 2009, promulgada el 17 de abril de 2009 y publicada en B.O el 22 de abril de 2009.

formes. 2) Determinar cómo se efectiviza la escucha. 3) Identificar políticas públicas y recursos existentes en la administración que permitan a los operadores efectivamente informar y/o comunicar a los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser asistido por abogado/a especializado. 4) Valorar si la opinión del niño, niña o adolescente ha sido tenido en cuenta en el proceso administrativo. 5) Observar si el interés superior del niño ha sido ponderado en el proceso administrativo.

3. Hipótesis del proyecto de investigación

El cumplimiento efectivo de las garantías mínimas de procedimiento favorecerá la participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos administrativos.

Se afianzarán los principios generales del procedimiento administrativo en las instituciones de infancias y adolescencias.

4. Metodología del Proyecto de Investigación

Para tal fin se propuso desarrollar una serie de tareas basadas, fundamentalmente, en trabajo de campo, utilizando las técnicas de observación participante con actores involucrados que directa o indirectamente intervienen dentro de la administración pública (Autoridad de aplicación) en dicho procedimiento.

Las técnicas de recolección de datos fueron provistas a través del análisis de fuentes directas (primarias), uso de la estrategia de entrevistas semi-estructuradas y encuestas a empleadas y empleados como así también a profesionales del área interesada.

En este caso, la adopción de la estrategia metodológica escogida para la realización de esta investigación fue de corte humanista/cualitativa. Al decir, tanto Marshall (2011) y Preissle (2008) la recomiendan cuando el tema ha sido poco explorado o no se ha hecho investigación al respecto.[51] Incidiendo en la propuesta de la hermenéutica ontológica política como un camino posible para comprender y transformar prácticas de la mano de los niños, niñas y adolescentes.

La principal unidad de análisis utilizada fue la legislativa (Ley Provincial de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente del año 2009, su modificatoria Ley 13.237/2011, y reglamentación N° 619/10), con la mirada puesta acerca de la situación actual que se vivencia en la ciudad de Rosario y a diez años de la sanción de la Ley N° 12.967.

51 Hernández Sampieri et. al., *Metodología de la investigación*, p. 358.

5. Resultados parciales

El recorte, en esta primera instancia, surgió como un entrecruzamiento fundamental y necesario que posibilita llevar a cabo de manera acotada y precisa el objeto de análisis.

Para ello, se indagó y sistematizó normativa, jurisprudencia y documentos que atraviesan tanto el campo del derecho administrativo como el de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Es así que, para el análisis del procedimiento administrativo que prevé dicha normativa, se elaboró una serie de pasos que nos sirvieron de guía-protocolo[52], donde se procuró determinar mediante informantes claves, los circuitos contemplados en la Dirección Provincial de Promoción y Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes de la ciudad de Rosario, como autoridad de aplicación, establecida por ley, que determinan las diferentes etapas del procedimiento administrativo especial de Medida de Protección Excepcional de Derechos.

Ante dicha metodología es necesario aclarar algunas de las limitaciones que convirtieron en desventaja esta primer parte de la investigación, por no haber obtenido autorización de acceso a expedientes administrativos que se encuentran reservados en la sede, para su lectura.

Por lo que hasta el momento pudimos indagar acerca de los roles y funciones de los organismos administrativos del 2do nivel de intervención y analizar la naturaleza jurídica del acto administrativo de las Medidas de Protección Excepcional y Urgente.

Como asimismo, a partir del trabajo de campo realizado se pudo identificar de las entrevistas realizadas a los informantes claves, lo siguiente:

1) en la apertura de expediente que da inicio al procedimiento administrativo, no se implementa el Sistema de Información de Expedientes (SIE), que utiliza la Administración Provincial de Santa Fe y que tiene por objeto la identificación y seguimiento integral de aquellas gestiones iniciadas por los ciudadanos en general, y por los Estados Municipales en particular.[53]

2) el área legal del organismo administrativo de niñez y adolescencia, en reiteradas oportunidades realiza notificaciones de

52 Guía Protocolo: A) Procedencia, elaboración y fundamentación del acto administrativo. B) Notificación y recurso previsto para el acto administrativo. C) Control de legalidad y razonabilidad.

53 Thomas, Gustavo J., *Procedimiento Administrativo en Santa Fe*, *Análisis exegético del nuevo Decreto 4174/2015*. Ed. Nova Tesis, 2017, p. 201.

las disposiciones administrativas de adopción de medidas de protección excepcional, no encontrándose comprendida dentro de los procedimientos contemplados por el decreto de reglamentación para el trámite de actuaciones administrativas N° 4174/15.[54]

3) el recurso de revocatoria entendido como el remedio procedimental tendiente a que el mismo órgano del que emanó un acto administrativo, por contrario imperio, lo revoque, sustituya o modifique[55], solo es ejercido por los responsables de los niños, niñas y adolescentes, y no por estos últimos.

4) la resolución del recurso,[56] previsto en la ley, coarta la posibilidad de que el ciudadano/a continúe la vía administrativa. Esta limitación o agotamiento de la etapa administrativa, pone de manifiesto una contradicción existente entre los niños niñas o adolescentes a quienes se le otorga la posibilidad de recurrir ante el superior jerárquico cualquier decisión que lo afecte, conforme el art. 25 inc. h de la ley 12.967; con la de sus representantes y/o responsables legales que se agota ante el *a quo*.

5) la ausencia de la figura de abogado/a del niño, niña o adolescente desde el inicio del procedimiento de adopción de medida excepcional de derechos.

6. Nuevos desafíos

- Elaboración final de informe de la primer etapa del proyecto de investigación
- Segunda etapa: Indagar acerca de la escucha a los niños/as en los procedimientos administrativos de adopción de medida de protección excepcional de derechos.

"Escuchar a un niño no es meramente el ejercicio pasivo de registrar sus vocalizaciones, sino que implica un compromiso profundo con su palabra y su contexto" (Efron, 2017).

54 Sancionado el 19 de noviembre de 2015.

55 Ibid., p. 374.

56 ARTÍCULO 62.- RECURSOS. Contra la resolución de la Autoridad administrativa del ámbito regional o la Autoridad de Aplicación provincial que decide la aplicación de una medida de protección excepcional puede deducirse recurso de revocatoria en audiencia oral y actuada producida dentro del plazo de doce (12) horas de interpuesto el recurso. Este no tiene efecto suspensivo de la medida recurrida. Finalizada la sustanciación del recurso este debe ser resuelto en un plazo de tres (3) horas, sin apelación administrativa y con notificación a las partes.

Jurídicamente la palabra del niño estuvo posicionada en distintos lugares según la época histórica, pasando de ser una palabra no reconocida, una palabra negada en la posibilidad de un sujeto que pueda tener algo para decir. Posición sostenida desde el Paradigma del Patronato, en el cual los adultos y los jueces ejercían un lugar rector respecto de la vida del niño, situándolo como "objeto" de las decisiones que ellos pudieran tomar.

En la Doctrina de Protección Integral, la palabra del niño/a y adolescente adquiere valor jurídico y lo que regula la puesta en funcionamiento de este régimen es su Interés Superior.

Este nuevo paradigma viene a traer oídos para escuchar a los niños, viene a traer consideración de sus deseos y necesidades singulares, viene a traer protección sobre ellos "más allá y por sobre el designio o voluntad de los padres, adultos e instituciones".

Se trata de un Paradigma que lo/la reconoce como "sujeto de derechos", que le da voz, que le permite ser escuchado y tenido en cuenta, siendo esto último la condición que sustenta toda la doctrina.

Escuchar a un niño no puede tomarse desde la literalidad de la "palabra", ya que están llenas de significaciones por hallarse en un tiempo de desarrollo. Escucharlo se torna más complejo, cuando las palabras aún no han advenido, o cuando su modo de expresión lo realiza a través de actos, inhibiciones, síntomas, o manifestaciones de angustia. Por lo tanto, escucharlo significa escucharlo en la integralidad de su decir, sean estos actos o palabras, y siempre en contexto.

Stolkiner (2013) plantea a la escucha como un acto de hospitalidad, que solo es posible desde una posición de desamparo de nuestras certezas. Y apunta particularmente a la distinción de la escucha hacia un niño: "Un niño es un extranjero que formula su pregunta desde un territorio del que hemos sido desterrados, en una lengua que olvidamos. Por ello hospedarlo, escucharlo, requiere un particular despojamiento", esto es, una disponibilidad particular.

7. Consideraciones preliminares

Con este artículo y enmarcado en un proyecto de investigación presentado en 2018 y aprobado recientemente, nos encontramos lejos de pensar hacer una crítica, sino por el contrario ofrecer una propuesta diferente al actuar de la administración pública –Dirección Provincial de Promoción de los derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia–, con sede en la ciudad de Rosario, en lo que respecta al procedimiento de las medidas de protección excepcional de derechos.

En este sentido, entendemos que comprender y transformar con los niños, niñas y jóvenes, las realidades en las que viven, requiere de nosotros los investigadores.[57]

Bibliografía

Aleman, India. "El niño y el adolescente en el proceso judicial. Garantías del niño en el proceso" en *Revista Derecho de Familia* Nº 62, noviembre de 2013, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Alvarez, Atilio. "El derecho del niño a ser escuchado en los proceso civiles" *Cuaderno Jurídico Familia*. Nro. 40, junio 2013, ps. 3-9, p. 9.

Beloff, Mary; Deymonnaz, Virginia; Freedman, Diego; Herrera, Marisa y Terragni, Martiniano. *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2012

CSDN (2009) Comité sobre los Derechos del Niño. Observación General N° 12. Disponible https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdfhttps://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf

Fernández, Silvia "Algunas cuestiones sobre el debido proceso judicial y administrativo en el sistema de protección integral de niños y adolescentes en la provincia de Buenos Aires", RDF, Nro. 49, p. 115.

Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo. Disponible https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo7.pdf

Granica, Adriana y Maggio, María. "El abogado del niño y la actuación judicial. Cuándo, cómo y dónde…" en *Revista Derecho de Familia* Nº 62, noviembre de 2013. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Guccione, Romina. "El derecho del niñ@ a ser escuchado. El Derecho a la singularidad" Proyecto de monografía final para la adscripción a la cátedra Residencia de Minoridad y Familia B, Facultad de Derecho UNR. Mayo 2020.

Hernández Sampieri Fernández Collado, Baptista Lucio. *Metodología de la Investigación*, 6° Edición, México, McGraw-Hill/Interamericana, 2014. Disponible http://observatorio.epacartagena.gov.co/wpcontent/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf

Italiani, María Inés. "El abogado del niño y el rol del Ministerio Público de la Defensa" en *Revista Derecho de Familia* Nº 62, noviembre de 2013, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Kielmanovich, Jorge. L., "La dimensión procesal de la ley 26.061", en García Méndez, Emilio, (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas. Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Buenos Aires, Puerto y Fund. del Sur. Emilio García Méndez, 2006.

57 Alvarado Salgado, Sara Victoria. CLACSO VIRTUAL. Seminario Virtual de Perspectivas Epistemológicas y Metodólogicas de la Investigación en Infancias y Juventudes. Clase Desplazamientos epistémicos y metodológicos de los estudios de niñez y juventud: profundizaciones en la hermenéutica ontológica política, 2020.

Mangione Muro, Mirta Hebe, con la colaboración de Belmonte, Silvia y Castellano, Norberto. Cuaderno Académico de la Cátedra Residencia de Minoridad y Familia B, Unidad 2, "La consideración Jurídica de la Infancia", pág. 45 y 46. Facultad de Derecho UNR.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

Mizrahi, Mauriciio "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061", en García Mendez, Emilio (comp.) *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*. Buenos Aires, Editores de Puerto, 2008, pp. 78-79.

Moscariello, Agustín. *Materia Contencioso Administrativa y Tribunales de Familia en la Provincia de Santa Fe*, 2014. Disponible http://www.todaviasomospocos.com/aportes/control-judicial-de-la-administracion-en-el-sistema-de-proteccion-de-ninas-ninos-y-adolescentes/.

O´Donell, Daniel. "La Convención sobre Derechos del Niño: estructura y contenido" en UNICEF *Derecho a tener Derecho*, T° I, La Primera Prueba, C.A, 1990.

Sagüés, Néstor P. *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 1997.

Thomas, Gustavo J. *Procedimiento Administrativo en Santa Fe*, *Análisis exegético del nuevo Decreto 4174/2015*. Ed. Nova Tesis, 2017.

Efectividad del derecho a conocer los orígenes

Marisol B. Burgués[58] *y Mariana A. De Lorenzi*[59]

1. Introducción

El artículo 7 párrafo 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (en lo sucesivo, CDN) consagra el derecho a conocer los orígenes cuando establece: "el niño… tendrá derecho… en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos".

El artículo 11 de la ley de protección integral de los derechos de los niños y niñas (Ley N° 26061), honrando la jerarquía constitucional que este instrumento tiene en nuestro ordenamiento, expresa: "las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a conocer a sus padres biológicos…", elevando el estándar de protección convencional ya que no limita el derecho a "la medida de lo posible" y obliga a los organismos del Estado a facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA) así como a facilitar el encuentro o reencuentro familiar.

El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), siguiendo los postulados de la CDN y la ley 26061, profundiza y consagra un valor relevante al derecho a conocer los orígenes en diferentes disposiciones.

Así, el artículo 595 lo recepta –junto al respeto a la identidad– como uno de los principios fundantes de la adopción, y como pauta de trascendencia según el artículo 613 para la elección de los pretensos adoptantes. Por su parte, el artículo 596 prevé tres mecanismos para su efectividad: a) el compromiso que deben asumir los adop-

58 Abogada. Especialista en Derecho de Familia y Niñez (UB). Profesora Adjunta de Derecho de la Niñez y la Adolescencia (UCEL).

59 Doctora en Derecho (Universidad de Barcelona). Abogada Especialista en Derecho de Familia (UNR). Profesora Titular por Concurso en la Facultad de Derecho de la UNR en las asignaturas *Residencia en el Instituto de Minoridad y Familia (Plan 2012*) y *Práctica Profesional II – Praxis en Derecho de la Niñez (Plan 2016)* (Cátedra B). Profesora Titular de Derecho de la Niñez y la Adolescencia (UCEL). Profesora asociada de Derecho Civil I (UCEL).

tantes de hacer conocer a la NNA sus orígenes; b) el acceso de las personas con edad y grado de madurez suficiente a los expedientes administrativos y judiciales en los que tramitó la adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos y c) la regulación de una acción autónoma que puede interponer el adolescente, con asistencia jurídica, para conocer sus orígenes.

Clara es la trascendencia de incorporar a la legislación civil este derecho humano y fundamental para así brindarle resguardo además como un derecho subjetivo; pues en su carácter de derecho de la personalidad goza de sus caracteres propios y, en particular, de la especial tutela que el ordenamiento les brinda interpelando a todos (Estado, adoptantes, familiares biológicos) quienes actúan en el proceso de adopción a garantizar su eficacia.

No menos importante resulta además la semántica empleada por el legislador. Para comenzar debe señalarse que todas las normas mencionadas hacen referencia a los "orígenes" sin adicionarle el acostumbrado término "biológicos". Su omisión no es banal sino que amplía el alcance de aquella noción para referenciar a un pasado vivenciado desde otros vínculos diferentes a los de sangre generados estando, por ejemplo, bajo dispositivos de cuidado alternativo (en una familia de acogimiento o incluso en instituciones).[60] En segundo lugar, debe notarse que se "…consagra el derecho *a conocer* sin referencia al contacto. Este silencio responde a que la ley no puede crear sentimientos en las personas ni obligarlas a generar un vínculo o a mantener una relación contra sus deseos".[61]

La revolución que la autonomía progresiva provoca en todo el derecho de las familias llega también a la adopción cuando, como las normas expuestas dejan entrever, se reconoce la posibilidad de que las NNA puedan acceder a sus orígenes. Sin embargo, este gran avance legislativo no ve su correlato en la realidad social.

Una investigación realizada durante el año 2019 en la ciudad de Rosario contempló la consulta y entrevistas a distintos organismos

---

60 Herrera, Marisa. "El derecho a ser uno mismo en la adopción. Una revisión crítica sobre el derecho a conocer los orígenes". Buenos Aires: *Revista Jurídica online*. El Dial, 2007, 02/10/07: en línea: https://www.eldial.com/. Fecha de consulta: 24/07/19; Fernández, Silvia. "*¿Identidades en suspenso? Sobre ciertas buenas razones en favor del reconocimiento de la autonomía progresiva de niños y niñas en el acceso al conocimiento de su origen"* en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 68 (3) 2015: 81-100; De Lorenzi Mariana- Gallego Molinero, Aranzazu y Fernández Paulina, "Adopción y Derechos. El acceso a los orígenes en Argentina, Chile y España", en *Revista de Ciencias Sociales "América Latina Hoy"*, Núm. 83: "Infancias, Adolescencias y Juventudes", América Latina Hoy, 83, 2019, 10.

61 De Lorenzi, Marina; Gallego Molinero, Aranzazu y Fernández, Paulina, ob. cit.

administrativos y judiciales vinculados a la adopción[62] así como a referentes de organizaciones sociales de "buscadores". El resultado central que esta arroja es que hasta la actualidad no se han presentado NNA indagando sobre sus orígenes. Ello, lejos de dar por cerrado el tema, impone su continuidad. Resulta así imprescindible, en primer lugar, un análisis de los datos recabados desde lo reflexivo teórico para formular hipótesis y conclusiones parciales. Con estos avances, y atendiendo que el objeto de la presente investigación se circunscribe a la esfera pública, será posible –en un futuro– extender su alcance al ámbito privado familiar para obtener información sobre las prácticas de revelación o secreto, los problemas y obstáculos existentes, las demandas reales, etcétera. Este trabajo pretende cumplir con el primer menester y comienza analizando las posibles causas manifestadas por los actores entrevistados. En segundo término, se reseñan los principales obstáculos identificados en un proceso de búsqueda. Finalmente, se esbozan algunas propuestas tendientes a garantizar su efectivización.

2. ¿Por qué las NNA no buscan sus orígenes?

Entre las diversas razones que explican la ausencia de búsqueda por las NNA, se menciona como primordial entre los entrevistados la desinformación acerca de este derecho; sea porque no se les comunicó acerca de la verdad de sus orígenes, porque habiéndolo hecho no han tomado aún la decisión de indagar sobre ellos o porque se desconoce la legitimación para hacerlo antes de cumplir la mayoría de edad.

Esta aseveración exige profundizar el estudio de dos aspectos fundamentales vinculados al conocimiento de los orígenes: el compromiso que asumen los adoptantes en revelar la verdad biológica y las funciones e intervenciones que el Estado tiene en el desarrollo de medidas tendientes a garantizar la accesibilidad y protección de este derecho por los principales interesados: las NNA.

62 Así, el Registro Civil, el Registro Único de Aspirantes a la Guarda Preadoptiva, la Dirección Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia, la Secretaría de Derechos Humanos; todos de la provincia de Santa Fe y los Tribunales Colegiados de Familia de la ciudad de Rosario.

3. El compromiso de los adoptantes de hacer conocer los orígenes a sus hijas e hijos

3.1. Las respuestas doctrinales

Si bien los adoptantes se comprometen expresamente a hacer conocer sus orígenes a la NNA no consta en el expediente ninguna instancia de intervención estatal posterior a la adopción que permita constatar su cumplimiento.

Uno de los aparentes obstáculos identificados es precisamente la falta de previsión de un mecanismo o sanción que garantice el cumplimiento por parte de los adoptantes de esta obligación.

El silencio normativo ha provocado el debate doctrinal acerca de la naturaleza moral o jurídica del compromiso de los adoptantes. La defensa de su carácter moral o ético se funda precisamente en la ausencia tanto de sanción expresa como del reconocimiento del status de carga pública[63]; quedando así su observancia ajena al derecho y reservada a la conciencia de los adoptantes.

En sentido contrario, se rechaza que la falta de previsión sancionatoria expresa permita negarle el carácter de obligación jurídica. Desoír el mandato legal de hacer conocer e ignorar el compromiso asumido ante el juez importa un indebido ejercicio de la responsabilidad parental y ello acarrea las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico.[64] Es más, si esta omisión pusiera en peligro la salud física o psíquica de la hija o hijo se configuraría incluso una causal de privación de la responsabilidad parental.[65] Por lo demás, no debe olvidarse que el artículo 52 del CCyC legitima a la persona humana *lesionada en su identidad o que resulte menoscabada en su dignidad personal a "reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1".*

---

63 Ver Belluscio, Augusto C. *Manual de derecho de familia* Tomo 2 Buenos Aires Astrea; 2004; Altamirano, Florencia; Armanini Adriana y González Marcelo. "La adopción una mirada no hegemónica" en *Summa de Familia,* Grosman, Cecilia P.; Lloverás, Nora y Herrera Marisa (directoras), Tomo II, capítulo IX. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, 2022.

64 Diaz P. Rodolfo Gabriel "El acceso al expediente de adopción y el derecho a la identidad", en V Jornadas Regionales y II Nacionales Interdisciplinarias de Adopción, Registro Único e Interdisciplinario de Adopción de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 9 y 10 de mayo del 2008.
http://www2.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro_adopcion/ponencias/EL_ACCESO_AL_EXPTE_Y_EL_DERECHO_A_LA_IDENTIDAD_A_LA_LUZ_DE_LA_L_26061.htm (consultado el 14 de mayo de 2020).

65 Cfr. Artículo 700, inciso c), del CCyC.

Gonzalez de Vicel explica que la ausencia de consecuencias jurídicas a la inobservancia del mandato legal responde a "…la imposibilidad de controlar el cumplimiento del deber y lo inadecuado de establecer un tiempo específico para hacerlo"[66] y a la inconveniencia de partir de "un voto de desconfianza" como sería presumir que primará el secreto, destacando que corresponde a cada familia definir cómo y cuándo revelar a su hija o hijo la verdad sobre su emplazamiento.[67]

Como a continuación se fundamenta, este artículo considera que el compromiso asumido por los adoptantes refiere al cumplimiento de una obligación de tipo legal convencional y que su observancia es pasible de sanción.

3.2. La respuesta legal

A diferencia de la legislación anterior y de los códigos decimonónicos en general, el CCyC rechaza toda pretensión de perpetuidad, completitud o superioridad. Una muestra de ello es que se enmarca dentro del llamado "proceso de constitucionalización del derecho privado". Reconociéndose como parte de un sistema, establece una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado.[68] Esta decisión resulta visible muy particularmente en los artículos 1 y 2, en los que manda resolver los casos e interpretar sus normas conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos, brindando las pautas para que así sea.

Además de la normativa convencional-constitucional, siguiendo la letra del mencionado artículo 2 el artículo 596 del CCyC deben interpretarse teniendo en cuenta sus palabras y finalidades, de un modo coherente con aquellas otras consagradas en él y en los demás microsistemas del ordenamiento jurídico argentino. Ello siempre desde la mirada del "águila constitucional", que debe sobrevolar todo sistema, para lograr un resultado acorde al derecho fundamental, cumbre del ordenamiento jurídico.[69]

---

66 González De Vicel, Mariela "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera (Directores), 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, 375 y 376.

67 *Ibidem*.

68 Fundamentos del Anteproyecto.

69 Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, "Derecho Constitucional de Familia", en Krasnow, Adriana (Dir), *Tratado de Derecho de Familia,* Capítulo 2, Tercera Parte, Tomo I, Thomson-Reuters, La Ley, 2015, 172.

En tal sentido, siguiendo una interpretación gramatical, es posible notar que el término "compromiso" es entendido como deber u obligación en varias de sus disposiciones[70] artículos cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad. Ergo, a falta de mención explícita en contrario y tomando en consideración la redacción imperativa empleada por el artículo 596 ("los adoptantes *deben*...”), el compromiso del adoptante no podría tener desde la literalidad una consecuencia distinta. Frente a ello, no puede sino considerarse que la información sobre los orígenes al adoptado es una obligación jurídica impuesta a los adoptantes; más aún cuando su observancia es asumida en el expediente judicial e incluso plasmada en la sentencia.

La solución no resulta distinta si nos adentramos en la finalidad de la norma. Según el CCyC, la adopción es una institución jurídica de protección del derecho de las NNA a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a la satisfacción de las necesidades afectivas y materiales (artículo 594); regida, por el respeto de su interés superior, su identidad, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, la preservación de los vínculos fraternos, el derecho a conocer sus orígenes y a ser escuchados y su opinión tenida en cuenta, al punto de resultar imprescindible su consentimiento a partir de los 10 años para la procedencia de su adopción (artículo 595).

En consecuencia, frente a este panorama legal, regido a la sazón de forma explícita por el resguardo del derecho a conocer sus orígenes en aras de la identidad personal, el compromiso de los adoptantes no puede ser comprendido sino como un deber legal de informar en la medida que tal información garantizar el ejercicio y goce de los derechos y principios antes enunciados que rigen la adopción.

Una interpretación diferente ignoraría el interés superior de la NNA, principio rector de la responsabilidad parental y que, siguiendo la definición brindada por el artículo 3 de la ley 26.061, implica la máxima satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos y garantías, los cuales prevalecen frente a cualquier interés o derecho que se le contraponga y tienen prioridad absoluta en el marco de la instrumentación de las políticas públicas (artículo 5°).

La responsabilidad parental se encuadra además dentro de la responsabilidad primaria y primordial que tiene la familia en el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías por las NNA, entre ellos el derecho a conocer sus orígenes. Así lo dispone la CDN y lo reitera la ley 26.061. Por tanto, el deber que asumen los

70 Cfr. arts. 194, 375 inc. m), 431, 1582, 1687 y 2603, entre otros.

adoptantes los compele a observar dicho derecho en el momento que estimen oportuno atendiendo a la edad y grado de madurez de su hija o hijo pero "siempre" antes de que alcance la mayoría de edad; pues, de lo contrario, el goce de este derecho por la NNA resultaría extemporáneo.

Ello no exime al Estado de su rol de actor y responsable principal en la garantía de este y todos los derechos de NNA y quien debe adoptar todos los mecanismos adecuados para brindarle efectividad (artículo 4 de la CDN y artículo 29 de la Ley N° 26061). De este modo, el Estado no puede dejar librada a la discrecionalidad de los adoptantes el cumplimiento de su deber de hacer conocer los orígenes a sus hijas e hijos; dado que su incumplimiento implica una vulneración del derecho que afecta su identidad y que legitima por tanto el control de su observancia mediante la intervención del Estado. Así, el Estado no solo está legitimado para intervenir sino que además está impelido a hacerlo en función del carácter constitucional que reviste el derecho (artículos 7 y 8 de la CDN[71]) y en los términos en que se encuentra receptado el derecho por la ley N° 26061, "[…] en su máxima exigibilidad" (artículo 1) y con carácter de orden público (artículo 2).

Ello explica que no se configure una intervención arbitraria en la vida –intimidad familiar, (respecto a la cual los entrevistados en el marco de esta investigación manifestaron temor), desde que existe previamente un compromiso jurídico en revelar la verdad biológica a las NNA asumido tras haber sido informado debidamente sobre su carácter y trascendencia por los organismos intervinientes.

Ahora bien, llegado al punto de plantearse la disyuntiva entre los intereses de los progenitores en resguardar su derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho de la NNA a conocer sus orígenes, si bien ambos han de ser tenidos debidamente en cuenta en su ponderación, como bien señala el citado artículo 3 de la ley 26061, serán los últimos lo que prevalecerán.

71 La CDN brinda un reconocimiento *integral* al derecho a la identidad, tanto en su *noción* que incluye todos los aspectos que hacen a ella como en su *amparo* al hacerlo merecedor de un triple mecanismo de protección estatal, a saber: i) velar por su aplicación; ii) asumir el compromiso de respetarlo y iii) restablecerlo de inmediato en caso de privación ilegal (De Lorenzi 2015: 319).

4. El principio de efectividad y los alcances de la intervención del Estado

Desde el rol activo del Estado en garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos a las NNA en la ley, se enderezan una serie de medidas que debe adoptar en cumplimiento del principio de efectividad (artículo 4 de la CDN y 29 de la Ley 26.061) en torno al derecho a conocer los orígenes de la NNA, que contemplan acciones que tienen funciones en las tres dimensiones que le competen: prevención, promoción y protección.

4.1. Prevención

En primer lugar, pesa sobre todos los poderes del Estado garantizar el resguardo de toda la información relativa a los orígenes.

El poder legislativo cumple con dicho mandato al dejar expresamente prevista la exigencia de resguardar la mayor cantidad posible de datos relacionados con la identidad en el artículo 596 del CCyC.

Dicha exigencia vincula también a las áreas de protección de la niñez y sus diferentes dispositivos de cuidado familiar alternativo en el marco de las denominadas medidas de protección de derechos adoptadas en los procesos de separación transitoria y/o definitiva de la NNA de su familia biológica. Igual responsabilidad recae en el poder judicial en lo que respecta al control de legalidad de las medidas de protección excepcional de derechos y, en especial, en las medidas definitivas, tales como la declaración de estado de adoptabilidad, la privación de responsabilidad parental, etc.

Dicha información debe ser conservada sin limitación temporal alguna. En cuanto al mecanismo o forma de resguardo de la información se requiere contemplar además de las constancias en soporte papel, procesos de digitalización de esta en todos los ámbitos, observándose una falencia en tal sentido por parte de los todos los organismos consultados.

De acuerdo con lo referido por los entrevistados, salvo algunas experiencias aisladas a nivel nacional, no se cuenta con protocolos de actuación administrativos o judiciales relativos a cómo brindar la información contenida en los expedientes.

Cabe destacar que el acceso a la información no se limita a conocer los datos identificatorios del o los progenitores biológicos sino que contempla de manera integral los antecedentes, la serie de hechos y acontecimientos, circunstancias que rodearon la adopción y que hacen a la historia o biografía personal y familiar (lugar donde nació, razones en su caso de su ingreso al sistema de protección in-

tegral, causas que motivaron la adopción, existencia de hermanos, familiares biológicos o referentes afectivos con quienes haya mantenido vínculo durante la primera infancia, como fueron elegidos los adoptantes, etc.).

Todos estos elementos deben quedar consignados de manera suficientemente exhaustiva, detallada y libre de consideraciones estigmatizantes y discriminatorias; y esta es una circunstancia que obliga a los profesionales que intervienen en esta tarea a tener presente desde el inicio la posibilidad futura de presentación de una NNA pidiendo conocer sus orígenes.

Por tanto, se presentan como imperiosas campañas de concientización y capacitaciones dirigidas a los profesionales que trabajan en organismos públicos vinculados a la adopción sobre la importancia de la modalidad que asume el registro de la información relativa a los orígenes de la NNA.

En la búsqueda y acceso a la información sobre los orígenes adquieren relevancia otras instancias administrativas involucradas con la documentación e información relativa a los nacimientos de las personas, tales como los registros civiles y los establecimientos de salud.

Al respecto, en el marco de la investigación, se han señalado, en particular, dos cuestiones que operan como posibles obstáculos.

La primera, se relaciona con la limitación temporal de 10 años del resguardo de la documentación de nacimiento (certificado de nacido vivo) en los establecimientos de salud, debiendo ello ser revisado y regular su conservación sin límite temporal.

El segundo limitante se vincula con la inmovilización o bloqueo de la partida de nacimiento original. El artículo 48 de la ley 26413 de Registro del Estado Civil y capacidad de las Personas establece que en los casos de adopciones plena se inmoviliza el acta de nacimiento original mediante nota marginal practicándose una nueva inscripción del nacimiento suscripta por el o los adoptantes, dejando constancia solo de la disposición u oficio qué la ordena .

La extensión de una nueva inscripción del nacimiento del adoptado sin mención alguna a la filiación anterior contrasta con el panorama legislativo que venimos desarrollando y desconoce lisa y llanamente el derecho a conocer los orígenes.

Por el contrario, la inscripción marginal de la adopción en el certificado de nacimiento (tal como ocurre con los supuestos de adopción simple) facilita el conocimiento de la adopción toda vez que permite descubrirla con solo consultar el acta de nacimiento, he-

cho que parece probable que ocurra en algún momento de la vida de la persona. Dicha modalidad, contribuye a garantizar el acceso a los orígenes poniendo énfasis en la necesidad de que el registro refleje la realidad completa relativa al nacimiento y adopción de las personas con fundamento en el derecho a conocer los orígenes, en los impedimentos matrimoniales y en el principio de concordancia del registro y la realidad. En definitiva, las prácticas registrales deberían facilitar el acceso a los orígenes en lugar de dificultarlo o complejizarlo.

El CCyC regula además el momento a partir del cual las NNA pueden tener acceso a la información[72]: desde que la persona con edad y grado de madurez suficiente lo requiera. La autonomía que exige el hecho de formular tal petición permite presumir las condiciones de madurez suficiente. A mayor abundamiento, es posible entender que el ordenamiento jurídico impone un piso mínimo a partir del cual ya no puede dudarse de dicha condición: los 10 años, dado que a partir de dicha edad el CCyC exige, bajo pena de nulidad, el consentimiento de la NNA a la adopción (artículos 595 y 634 del CCyC).

Cuando la persona es menor de edad solicita la información sobre sus orígenes, tal como establece el segundo párrafo del artículo 596, "el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración". La importancia de este acompañamiento de ninguna manera permite que la información resulte mediatizada por los profesionales de dichos equipos; no encontrándose habilitados a interpretar ni seleccionar la información según su criterio personal ni profesional. Es decir, los expedientes tienen que estar a disposición de las NNA para leerlos y en su caso sacar copias y los profesionales deben acompañarlos y brindarle la asistencia, si es que ellas/ellos lo requieren. Esta aclaración se justifica en miras a la praxis denunciada por los entrevistados acerca de la lectura previa de la documentación (legajo) por parte de las personas de los programas de búsqueda de orígenes y la transmisión verbal al solicitante de la información por ellos seleccionada. Las situaciones de vida dolorosas o traumáticas registradas no justifican una actitud paternalista como la denunciada. Las NNA tienen derecho a acceder a toda la información, sin retaceos, ya que el contenido del expediente le pertenece, se trata de *su* historia.

72 Muñoz Genestoux Rosalía y Robba Mercedes, *"La efectivización del derecho a conocer los orígenes en la adopción"*, en XXV Jornadas Nacionales de derecho Civil, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1, 2 y 3 de octubre de 2015, https://jndcbahiablanca2015.com (consultado el 14 de mayo de 2020).

Por último, entre las funciones de prevención adoptadas por el legislador, merece especial mención la previsión y consagración de la acción autónoma para conocer los orígenes que puede interponer la NN y el adolescente de manera autónoma, con asistencia jurídica, cuya aplicación tampoco se ha visto reflejada hasta la actualidad en antecedentes judiciales.

Dicha acción, ajena al campo de las acciones filiales y que solo tienen por objeto el conocimiento de la identidad biológica –es decir, sin consecuencia en el vínculo filial adoptivo–, viene a reafirmar el principio de exigibilidad que detenta el derecho a conocer los orígenes pudiendo esta ser interpuesta en aquellos casos en que enterado la NNA de su origen sus padres adoptantes se niegan a ampliar la información; frente a negación o retaceo de la información por parte de los organismos públicos y privados obligados a brindarla[73]; o bien puede dirigirse contra los progenitores biológicos, ascendientes o hermanos a los efectos demostrar la existencia de impedimentos matrimoniales; completar su historia o reclamar derechos alimentarios o sucesorios.

4.2. Promoción

La segunda función del Estado consiste en que todos los organismos administrativos y judiciales intervinientes en las distintas etapas de la adopción deben ofrecer un servicio de asesoramiento profesional a los futuros adoptantes respecto del derecho a la identidad, remarcando la importancia de que se trata de una obligación jurídica y no moral.[74]

En ello se destaca la importancia del trabajo de concientización que se realice desde los registros de adoptantes durante la evaluación, espera, vinculación y seguimiento del periodo de guarda de la NNA con la familia adoptante, así como desde la justicia de familia a la hora de seleccionar a los postulantes, durante la guarda y en el proceso de adopción.

En tal sentido se ha considerado que "es mucho más saludable un trabajo preventivo y contextualizado durante la etapa evaluativa a cargo de los registros de pretensos adoptantes, que una sanción legal ante un posible incumplimiento, reducido en cuanto a posibilidad

73 *Ibidem.*

74 Burgués Marisol, *"Aportes para la construcción y formulación de una política respetuosa de los derechos humanos en la adopción"*, Proview, cita: ap/doc/2982/2013.

de que se produzca por el avance que la sociedad tuvo en cuanto al derecho a la verdad del origen de las filiaciones".[75]

4.3. Protección

La responsabilidad del Estado va más allá del deber de informar y promover la importancia y necesidad de hacer conocer sus orígenes a la NNA, debe además asegurar su plena efectividad. Ello se traduce en la creación de mecanismos y/o instancias públicas de acompañamiento y seguimiento a los adoptantes en el cumplimiento de la obligación.

Claro está que en el diseño o modalidades que asuman dichos mecanismos y/o instancias debe respetarse el ámbito de decisión de los adoptantes en cuanto a la forma que entiendan más adecuadas para revelar la verdad, en consonancia con la evolución de las facultades de la NNA.[76]

Tras evaluar las opiniones de los diferentes entrevistados, dos son los mecanismos que consideramos resultaría viable implementar:

a) Acompañamiento y apoyo en el marco de los Registros de Aspirantes a la Guarda Preadoptiva (RUAGA)

Una de las propuestas consiste en la realización de convocatorias grupales de adoptantes y adoptadas/os cada un determinado plazo de tiempo, en las que se trabaje en torno al derecho a la identidad. La otra refiere a la posibilidad de realizar un control de las familias que no participan para citarlas a un encuentro privado con personal del RUAGA en el que se pueda indagar sobre la revelación o no de los orígenes, temores, dificultades, etcétera y ofrecer el asesoramiento y acompañamiento necesario o que requieran.

b) Compromisos de informe a la justicia

Otro recurso válido es el de promover e instar dentro de la justicia prácticas que permita plasmar en la sentencia la aceptación de una comparecencia ante el tribunal interviniente en la adopción luego de transcurrido un determinado lapso de tiempo a los efectos de informar sobre el cumplimiento de su obligación.

Sin perjuicio de ello, algunos jueces entrevistados han manifestado ciertas reticencias a hacerlo sin una debida reforma legislativa que los avale.

---

75 González De Vicel, *ob.cit.*

76 Medina, Graciela, *La adopción*. Tº I. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, 318.

5. Propuestas

La plena satisfacción del derecho al acceso del conocimiento de los orígenes en orden a su exigibilidad-efectividad reclama la promoción de algunas acciones vinculadas a su difusión, concientización de su importancia y contralor respecto a los presupuestos y las condiciones que permiten su plena realización. En tal sentido, se proponen las siguientes líneas de acción.

- Instalar una mayor difusión, sensibilización y concientización entre las NNA acerca de la importancia e implicancia del acceso al conocimiento de los orígenes en la construcción de la identidad de una persona, para lo cual se propone la inclusión y abordaje de la temática en el ámbito escolar.
- Garantizar el adecuado resguardo a perpetuidad mediante un proceso de digitalización de toda la información relativa a los orígenes biológicos que conste en los expedientes administrativos y judiciales vinculados a la adopción, así como los registros relativos a los nacimientos existentes en los registros civiles y los establecimientos de salud.
- Capacitar a los profesionales que trabajen en organismos públicos vinculados a la adopción acerca de la importancia de la modalidad que asume el registro de la información relativa a los orígenes de la NNA.
- Generar protocolos de actuación que brinden parámetros relativos al acceso de la información por parte de las NNA.
- Revisar la modalidad registral en materia de adopción respecto a la inmovilización-bloqueo de la partida de nacimiento de las NNA
- Establecer en el ámbito de los registros de adoptantes instancias de participación con los adoptantes mediante las cuales se promueva el cumplimiento del compromiso asumido, se aborden dificultades y se brinde acompañamiento y asesoramiento a tales efectos.
- Promover en la justicia prácticas que permitan plasmar en la sentencia el compromiso de comparecencia luego de un determinado lapso de tiempo ante la justicia a los efectos de informar sobre el cumplimiento de su obligación.

6. Bibliografía

Altamirano, Florencia; Armanini, Adriana y González, Marcelo. “La adopción una mirada no hegemónica” en *Summa de Familia*, Grosman, Cecilia

P; Lloverás, Nora y Herrera, Marisa (directoras), Tomo II capítulo IX. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

Belluscio, Augusto C. *Manual de derecho de familia*. Tomo 2. Buenos Aires, Astrea, 2004.

Burgués, Marisol. "Aportes para la construcción y formulación de una política respetuosa de los derechos humanos en la adopción", en *Proview*, ap/doc/2982/2013.

De Lorenzi, Mariana; Gallego Molinero, Aranzazu y Fernández, Paulina, "Adopción y Derechos. El acceso a los orígenes en Argentina, Chile y España", en *Revista de Ciencias Sociales "América Latina Hoy"*, Núm. 83: "Infancias, Adolescencias y Juventudes", América Latina Hoy, 2019.

Diaz P., Rodolfo Gabriel "*El acceso al expediente de adopción y el derecho a la identidad"*, en V Jornadas Regionales y II Nacionales Interdisciplinarias de Adopción, Registro Único e Interdisciplinario de Adopción de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 9 y 10 de mayo de 2008.

Fernández, Silvia. "¿Identidades en suspenso? Sobre ciertas buenas razones en favor del reconocimiento de la autonomía progresiva de niños y niñas en el acceso al conocimiento de su origen" en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Vol. 68, 2015.

González de Vicel, Mariela en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera (Directores), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015.

Herrera, Marisa. "El derecho a ser uno mismo en la adopción. Una revisión crítica sobre el derecho a conocer los orígenes", en *Revista Jurídica online El Dial*, 2007.

Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, "Derecho Constitucional de Familia", en Krasnow, Adriana (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, Capítulo 2, Tercera Parte, Tomo I. Buenos Aires, Thomson-Reuters. La Ley, 2015.

Medina, Graciela, *La adopción*, Tº I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998.

Muñoz Genestoux, Rosalía y Robba, Mercedes. *"La efectivización del derecho a conocer los orígenes en la adopción"*, en XXV Jornadas Nacionales de derecho Civil, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1, 2 y 3 de octubre de 2015.

Infancias y adolescencias en lista de espera

Agustina M. Dellasanta[77]

1. Introducción

> "(…) Pese a que existen importantes dificultades relativas a la medición de la discapacidad, los datos disponibles permiten estimar que en América Latina y el Caribe viven 8,5 millones de niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Estos experimentan a diario una marcada vulneración de sus derechos y discriminación, incluida la negación de acceso a la educación, la salud, el esparcimiento y la participación, que impiden su desarrollo integral y que alcancen su máximo potencial (…)".[78]

Sobre esta línea de pensamiento, se partirá de la siguiente premisa: los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) con discapacidad se enfrentan a diversas barreras que limitan el ejercicio de sus derechos humanos y su inclusión social. En comparación con sus pares sin discapacidad, las posibilidades de experimentar las consecuencias de la inequidad social y económica sobre ellos y ellas se ven acrecentadas.

Ahora bien: ¿de qué normativa y bases argumentativas podemos valernos para reivindicar sus derechos, tanto desde el campo de la discapacidad como de la niñez y la adolescencia? ¿Cuál es la situación de nuestros NNyA con discapacidad (en términos de educación, salud y vivienda), a treinta años de la Convención sobre los Derechos del Niño? ¿La pobreza y la discapacidad están relacionadas entre sí? ¿Puede ser la primera un factor determinante de la segunda?

---

77 Abogada UBA y Asesora Legal en el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

78 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), América Latina y el Caribe a 30 años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (LC/PUB.2018/21), Santiago, 2018.

El presente trabajo intenta –a lo largo de su propio desarrollo– abordar las respuestas a cada una de estas preguntas, siendo su objetivo principal invitar a pensar al lector y a la lectora en que la niñez y la adolescencia no siempre se desenvuelven del mismo modo, sino que obedecen enérgicamente a su contexto y a sus propias vulnerabilidades no contempladas por la sociedad, o incluso, impuestas.

2. "Discapacidad", un término cargado de dinamismo

¿Qué entendemos cuando hablamos de "discapacidad"? Colabora con la respuesta a esta pregunta el propio marco histórico de la discapacidad, que nos orienta a pensar que de ningún modo se trata de un concepto estático, sino que a lo largo de los años ha adquirido distintas acepciones.

Se tomará como punto de partida el año 1980, en el que la OMS dejó asentado en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)[79], que la discapacidad era la restricción o ausencia, como consecuencia de una deficiencia, para realizar una actividad dentro de un margen que se lo considera "normal" para una persona.

Más tarde, en el año 2001, en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)[80], la OMS sustituyó los aspectos negativos de las discapacidades, exponiendo en las nuevas nomenclaturas otras perspectivas, más ligadas a las actividades, a la participación, e incluso, a los factores ambientales. Así, "discapacidad" comenzó a englobar los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con problemas de salud y su entorno físico y social, mientras que "deficiencia" abarcaba las dificultades en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Es decir que el foco ya no estaba puesto en la deficiencia, ni tampoco en las barreras, sino en su interacción.

Lo hasta aquí expuesto quedó finalmente plasmado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que trae consigo la siguiente definición en su art. 1º:

> "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con

79 La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) fue inicialmente publicada por la OMS con carácter experimental en 1980. Esta versión fue luego desarrollada en sistemáticos estudios de campo y consultas internacionales.

80 Organización Mundial de la Salud (OMS), Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) (España, 2001).

> diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

La importancia de este artículo es vital en tanto pone en jaque las miradas tradicionales emanadas de la óptica médica –que asimilaban a la persona con discapacidad a un enfermo o enferma que requería atención–, para abrir paso a la perspectiva de las Ciencias Sociales.

3. Marco normativo sobre la discapacidad

3.1. Constitución Nacional Argentina

No es sino a partir de la reforma de 1994 cuando la protección a las personas con discapacidad adquiere rango constitucional. Así, la Constitución Nacional –en su artículo, 75, inciso 23, primer párrafo– establece lo siguiente en cuanto refiere a las atribuciones del Congreso:

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

Del precedente párrafo podemos deducir que las medidas de acción positivas surgen como una necesidad para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, precisamente porque se reconoce la existencia de una realidad hostil para los grupos enunciados.

3.2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La presente Convención fue aprobada mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, tras la suscripción del documento por parte de más de setenta países, entre ellos, la República Argentina. El Honorable Congreso de la Nación la aprobó a través de la Ley Nº 26.378, para que en 2014, a través de la Ley Nº 27.044, se la incorporara al grupo de instrumentos internacionales a los que refiere el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

> Este tratado internacional parte del reconocimiento de la compleja situación a la que se hallan expuestas las personas con discapacidad, y tiene por objetivo, conforme artículo 1°, primero párrafo: "(…) promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad (…)".

Además, en su Preámbulo –inciso k– reconoce que, pese a los esfuerzos realizados, las personas con discapacidad continúan enfrentándose a diversas circunstancias que las colocan en desigualdad de condiciones, viendo vulnerados sus derechos humanos en todas las partes del mundo.

Asimismo, el Preámbulo de la Convención –en su inciso e– también asume el carácter dinámico del concepto discapacidad, en tanto refiere a la interacción entre deficiencias y barreras, y deja bien en claro que no hay personas "naturalmente discapacitadas", sino que tal situación se produce por un entorno y por actitudes discriminatorias que "evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

3.3. Código Civil y Comercial de la Nación

Por medio de la Ley Nº 26.994, sancionada en 2014, se aprobó el texto del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual contiene algunas modificaciones en materia de discapacidad.

La cuestión central de este cuerpo normativo en la materia que nos compete, es la capacidad jurídica: la autonomía del individuo es la regla general, mientras que las restricciones a la capacidad de hecho son una excepción, y deben ser interpretadas de la forma menos restrictiva posible, favoreciendo siempre la actividad de las personas con discapacidad a través de una figura tan novedosa como acertada: los apoyos.[81]

81 El artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) establece: "(…) Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos (...)".

4. Paradigma actual de la niñez y la adolescencia y su marco normativo

El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. En el caso de la República Argentina, dicha Convención fue aprobada por la Ley N° 23.849, y en el año 1994, a partir de la reforma de la Constitución Nacional, adquirió jerarquía constitucional, conforme se desprende de su artículo 75, inciso 22.

La entrada en vigor de tal Convención representó un cambio sustancial en la consideración de la infancia y la adolescencia en términos sociales, culturales y jurídicos, por medio del cual se fijó un nuevo estándar de valoración para un importante grupo de la población, hasta entonces sujeto al actuar caritativo y paternalista de los adultos y las adultas. Los NNyA dejaron de ser vistos como objetos de protección para ser reconocidos como *sujetos de derechos*, lo que significa que quedan habilitados para ejercer estos últimos por sí mismos, pudiendo exigir su observancia en caso de amenaza o incumplimiento.

En el plano interno, la sanción en el año 2005 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de NNyA –con la consecuente derogación de la denominada "Ley de Patronato"– resultó el instrumento local que plasmó los derechos reconocidos en la Convención, dándose cumplimiento de esta manera con la exigencia contenida en el artículo 4° del mencionado instrumento internacional, que exige adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación recepta en su estructura normativa y en diversos aspectos concernientes a la legislación civil, los principios relativos a los derechos de los NNyA consagrados en la Convención, asegurando la protección necesaria a su condición de vulnerabilidad.

Ahora bien, para dar plena efectividad a lo dictado por el marco normativo precedentemente expuesto, a estas alturas no hace falta aclarar que se deben respetar y promover tres de sus pilares fun-

damentales: Capacidad y Autonomía Progresiva[82], Derecho a ser Oído[83] e Interés Superior del Niño.[84]

5. Derechos seleccionados bajo estudio

5.1. Derecho a la educación

El derecho a la educación es reconocido como una herramienta necesaria para el desarrollo integral de las personas, a la vez que un medio para lograr la igualdad de oportunidades. Así se han pronunciado distintos instrumentos internacionales tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 26), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 28) y la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (artículo 24); como así también nuestra Constitución Nacional (artículo 14), la Ley Nº 26.061 (artículo 15), entre otros.

En particular, La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige a los Estados Parte asegurar la no exclusión del sistema general de educación por motivos de discapacidad, en especial respecto a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria, y a la enseñanza secundaria. Dicha educación debe ser inclusiva, capaz de percibir la diversidad como un valor y no como una causa de exclusión, y a su vez calificarse como de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones para todas las personas.

Por los motivos expuestos, el modelo educativo planteado debe prever la realización de ajustes razonables en función de las necesidades individuales, facilitar medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

En la misma línea, en el año 1994 la UNESCO ya había sostenido en la Declaración de Salamanca que la "Educación para Todos"[85] reconoce la necesidad y urgencia de impartir enseñanza a todos los

82 La Capacidad y Autonomía Progresiva se encuentran reconocidas en artículos tales como el 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 24.b de la Ley Nº 26.061 y el 26 del Código Civil y Comercial de la Nación.

83 El Derecho a ser Oído fue declarado y explicado por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12 y por la Observación General Nº 12 del Comité de los Derechos del Niño.

84 El Interés Superior del Niño fue abordado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño y en la Corte IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27/04/2012, Serie C, Nº 242.

85 UNESCO, *World Conference on Special Needs Education: Access and Quality* (España, 1994)

NNyA y adultos y adultas, incluidos aquellos y aquellas con discapacidad, dentro del sistema común de educación.

En adición, tal como expresa la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la educación inclusiva:

> "(...) ha sido reconocida como la modalidad más adecuada para que los Estados garanticen la universalidad y la no discriminación en el derecho a la educación. En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se señala que, para que estas personas puedan ejercer ese derecho, han de existir sistemas educativos inclusivos; en consecuencia, el derecho a la educación es un derecho a la educación inclusiva".[86]

En sintonía con el postulado de educación inclusiva, en el año 1999, en la Observación General Nº 13 del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales[87], la Organización de las Naciones Unidas explicó que la educación debe tener cuatro características fundamentales, a saber:

- *Disponibilidad*: las instituciones educativas tienen que funcionar y estar disponibles en cantidad suficiente.
- *Accesibilidad*: las escuelas deben ser accesibles (física, comunicacional y económicamente) a todos y todas, sin discriminación.
- *Aceptación*: la forma y el fondo de la educación deben ser relevantes, adecuados, de buena calidad y valorados por los estudiantes y sus familias.
- *Adaptabilidad*: la educación debe ser flexible para que pueda adaptarse a las necesidades de las sociedades cambiantes y de los alumnos y las alumnas en diferentes contextos sociales y culturales.

De tal importancia es este derecho, que el Objetivo Nº 4 de los *Objetivos del Desarrollo Sostenible* (ODS) establecidos por las Naciones Unidas en la *Agenda 2030 para el Desarrollo*

86 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación, A/HRC/25/29 (2013), p. 3.

87 Organización de las Naciones Unidas, Observación General Nº 13 del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1999/11 (1999), p. 109-110.

Sostenible incluyen: "Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos".[88]

Por su parte, en el plano normativo interno, vale hacer especial mención al artículo Nº 42[89] de la Ley Nº 26.206, como así también a los artículos 17[90], 21[91] y 22[92] de la Ley Nº 24.901.

Si bien lo expuesto hasta aquí es el "debe ser", resulta difícil disentir con el Dr. Juan Antonio Seda al señalar: "el ámbito educativo es uno de los principales escenarios donde se disputa el reconocimiento por la igualdad de derechos de las personas con discapacidad".[93]

A pesar de los avances realizados en la materia, en la Región de América Latina y El Caribe hoy residen más de ocho millones de NNyA menores de catorce años con discapacidad, de los cuales, se estima que siete de cada diez, no asisten a la escuela, a la vez que cincuenta mil de estos se encuentran institucionalizados.[94]

Está comprobado que aquellos y aquellas que viven en comunidades excluidas, en desventaja y/o de difícil acceso son quienes tienen mayor probabilidad de no gozar de servicios u oportunidades

88 Organización de las Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education (consultada el 15-03-2020).

89 El artículo 42 de la Ley N° 26.206 describe a la "Educación Especial" como la modalidad del sistema educativo destinada a garantizar el derecho a la educación de las personas con discapacidad, la cual se regirá de conformidad con el principio de inclusión educativa, acuñado en la Conferencia Mundial sobre Educación Para Todos.

90 El artículo Nº 17 de la Ley Nº 24.901 da sustento a la escolaridad común, en tanto señala en su segundo párrafo: "(…) comprende escolaridad, en todos sus tipos (...)".

91 El artículo 21 de la Ley Nº 24.901 refiere a la educación especial al indicar: "(…) puede implementarse dentro de un servicio de educación común, en aquellos casos que la integración escolar sea posible e indicada (…)".

92 Artículo 22 de la Ley Nº 24.901: "Educación general básica. Educación general básica es el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los 6 y 14 años de edad aproximadamente, o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio escolar especial o común. (…) El programa escolar que se implemente deberá responder a lineamientos curriculares aprobados por los organismos oficiales competentes en materia de educación y podrán contemplar los aspectos de integración en escuela común, en todos aquellos casos que el tipo y grado de discapacidad así lo permita".

93 Seda, Juan Antonio. "Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (Jusbaires: Argentina, 2017), p. 106.

94 UNICEF, "Niños, niñas y adolescentes con discapacidad" https://www.unicef.org/lac/ninos-ninas-y-adolescentes-con-discapacidad (consultado el 15-03-2020)

que promuevan su desarrollo. En efecto, la información disponible[95] en la región muestra:

- Nueve de cada diez niñas y niños de entre 3 y 4 años están expuestos al menos a un factor de riesgo que afecta negativamente su desarrollo.
- Seis millones de niñas y niños menores de 5 años todavía sufren de desnutrición crónica. Como consecuencia, su probabilidad de desarrollarse adecuadamente en los ámbitos de alfabetización y matemáticas es dos veces menor.
- Solamente seis de cada diez niños y niñas de entre 3 y 4 años participan en programas de educación inicial.
- Aún persisten notorias disparidades en términos de la cobertura de la educación primaria entre zonas urbanas y zonas rurales.
- Los adolescentes con discapacidad –entre 13 y 18 años– siguen enfrentando una situación de exclusión particularmente profunda, y presentan un tiempo promedio de asistencia a centros escolares de alrededor de tres años.[96]
- Los NNyA migrantes suelen encontrarse en las comunidades receptoras con distintas barreras de acceso relacionadas, entre otros aspectos, con requerimientos de validación de grados ya cursados o diferencias en el idioma de enseñanza.
- La exclusión del sistema educativo tiende a ser más marcada en la población perteneciente a pueblos indígenas y en las poblaciones afrodescendientes, quienes enfrentan grandes dificultades en el acceso al sistema educativo y la permanencia en él, lo que no tiende a visibilizarse en los promedios nacionales.

Las conclusiones obtenidas de las cifras expuestas son reforzadas por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la cual expone:

95 CEPAL, sobre la base de Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina (SIPI), "El itinerario de la CIDN en los sistemas jurídicos y las políticas latinoamericanas", http://www.publicaciones.siteal.iipe.unesco.org/eventos-del-siteal/30/el-itinerario-de-la-cidn-en-los-sistemas-juridicos-y-las-politicas (consultado el 15-03-2020); y UNICEF, "Identificar las desigualdades para actuar: resultados y determinantes del desarrollo de la primera infancia en América Latina y el Caribe", https://www.unicef.org/peru/spanish/Identificar_desigualdades_para_actuar_Desarrollo_Primera_Infancia_America_Latina__y_Caribe_UNICEF.pdf (consultado el 15-03-2020).

96 Trucco, D. y Ullman, H., eds., "Juventud: Realidades y retos para un desarrollo con igualdad", CEPAL (Chile, 2015).

> "(…) Se constatan disparidades importantes en el apoyo al aprendizaje según el nivel de ingreso, en la asistencia a la educación primaria según la condición étnica, o en la conclusión de la educación secundaria según el género y el territorio. Estas brechas ilustran el desafío pendiente en materia de inclusión, cuyo abordaje requiere considerar la desigualdad según los ejes de clase, género y territorio, así como de algunas poblaciones específicas, como las personas con discapacidad y las afrodescendientes e indígenas".[97]

Asimismo, a través de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), en un estudio realizado sobre el rol de los servicios no formales de cuidado y educación de la primera infancia como dispositivos de inclusión social[98], el autor Adrián Rozengardt señaló:

Mientras que el 48,17% de las instituciones relevadas reconocen la inclusión de niños y niñas con discapacidad en sus espacios, el 22,31% señalan explícitamente que no lo hacen (sin diferenciar si es porque no han recibido la demanda o por una decisión institucional), y casi el 30% no dan respuesta.

Se advierte que los espacios comunitarios ofrecen mayor voluntad en la inclusión de NNyA con discapacidad que los públicos: respectivamente, el 55,8% contra casi el 38%.

Este último dato resulta de particular interés, en tanto puede apreciarse cómo la esfera comunitaria, léase de educación "no formal", empieza a cubrir las necesidades no satisfechas por otros ámbitos a los que, formalmente, sí se les atribuye esta responsabilidad.

En efecto, en lo que Adrián Rozengardt denomina "dimensión de accesibilidad", el citado autor es muy claro al clasificar las distintas barreras que obstaculizan el acceso a los Espacios de Primera Infancia (EPI)[99], señalando que la ausencia de oferta de servicios para

97 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), América Latina y el Caribe a 30 años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (LC/PUB.2018/21), Santiago, 2018.

98 Rozengardt, Adrián, *"Estudio sobre el rol de los servicios no formales de cuidado y educación de la primera infancia como dispositivos de inclusión social"* (tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2014) p. 106-107.

99 Según la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la primera infancia se define como "un periodo que va del nacimiento a los ocho años de edad, y constituye un momento único del crecimiento en que el cerebro se desarrolla notablemente".

niños y niñas con discapacidad y la imposibilidad de concurrencia por falta de documentación resultan ser dos de las más importantes.[100]

Vale también citar a la Dra. María Alejandra Grzona, quien indica que aún queda mucho por hacer en términos de formación docente, de currículo escolar y en el modo en el que los ámbitos de educación inclusiva continúan siendo abordados:

> "La formación de los docentes, separados según los propios patrones de normalidad y discapacidad, responde a un sistema taylorista y fragmentado. (…) Puedo afirmar desde la empiria, que los sujetos mencionados, se encuentran recibiendo, al menos en numerosas instituciones mediaciones amparadas en modelos biologistas y psicologistas de la educación especial y con dobles o triples discriminaciones o inequidades, ya que asisten a la escuela en horarios reducidos, pocos días de la semana, con actividades individuales y/o participando de grupos homogéneos con similares características. (…) Concretamente, las investigaciones relevadas en la República Argentina, surgen desde los profesionales formados en la fuerte tradición del modelo médico y realizadas en las escuelas especiales que mayoritariamente continúan separadas de acuerdo con un criterio basado en la certificación de la deficiencia y constituyen el circuito obligatorio para la admisión al sistema educativo estatal. Lejos se encuentra, desde los resultados obtenidos, el modelo social de interpretación de la discapacidad".[101]

5.2. Derecho a la salud

Dentro del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, el derecho a la salud se desprende de múltiples instru-

100 Rozengardt, Adrián, "Desigualdad y experiencias comunitarias y públicas no formales de cuidado y educación de la primera infancia en Argentina" (tesis de doctorado, FLACSO, Buenos Aires, 2017), p. 15.

101 Grzona, María Alejandra, "La presencia de las estructuras sociales dominantes en las investigaciones en Educación Especial. El caso de las personas con multidiscapacidad y sordoceguera", en *Debates y perspectivas en torno a la discapacidad en America Latina* (provincia de Entre Ríos, Universidad Nacional de Entre Ríos, Facultad de Trabajo Social, 2012), p. 99-105.

mentos internacionales, a saber: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25, primer párrafo), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12, primer párrafo), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5, inciso e, apartado IV), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24, primer párrafo) y la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (artículo 25, primer párrafo).

Por su parte, en el derecho argentino la legislación en torno al derecho a la salud ha ido en creciente evolución, ampliando la cobertura y prestaciones por parte de las empresas de medicina prepaga y las obras sociales –a quienes se les han impuesto nuevas obligaciones– y aumentando la financiación estatal en el campo de la discapacidad.[102] Esto bien puede observarse en diversos precedentes judiciales[103], en los que la Justicia Argentina dejó en claro que, en la materia, debe regir siempre el principio pro-afiliado.

Empero, si bien tanto nuestra legislación como jurisprudencia tienden a proteger a las personas con discapacidad y brindarles prestaciones amplias, especialmente a NNyA, lo cierto es que en muchos casos, ello no ha sido sino resultado de la incansable lucha de madres, padres, representantes legales y del movimiento asociativo[104] –que los y las acompañó–, quienes todavía hoy deben recurrir a la Justicia a fin de exigir el cumplimiento de lo normado y poder garantizar dicho derecho a sus hijos e hijas.

Al respecto, resulta ilustrativo el conocido fallo "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas".[105]

El principal afectado en cuestión era el hijo de la amparista, un niño con un padecimiento grave en su médula ósea, el que disminuía sus defensas inmunológicas –enfermedad de Kostman o neutropenia

---

102 Seda, Juan Antonio, *"Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"* (Jusbaires: Argentina, 2017), p. 57.

103 Juzgado Nacional en lo Civil Nº 75, "M. J. A. c/ Medicus S. A. de asistencia médica s/amparo" (22-08-2002); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, "C. G. E. c/ Swiss Medical S. A. s/Amparo" (06-08-2009); entre otros.

104 El término "movimiento asociativo" refiere a la labor de las asociaciones defensoras de derechos del colectivo de las personas con discapacidad, las cuales han tenido un rol destacado en los avances legislativos (incluida la propia Convención).

105 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas" (24-10-2000).

severa congénita–, cuyo tratamiento dependía de una medicación especial, recibida sin cargo por medio del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, hasta el 2 de diciembre de 1998, fecha en que el referido organismo puso de manifiesto a sus padres que entregaba el fármaco "por última vez".

Frente al peligro inminente de interrupción del tratamiento, la madre del niño dedujo acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social, la Secretaría de Programas de Salud y el referido Banco de Drogas Antineoplásicas, con el fin de hacer cesar el acto lesivo que privó de la prestación necesaria para el niño, con menoscabo de los derechos a la vida y a la salud.

Al contestar el informe, el procurador fiscal sostuvo que el hijo de la actora sufría una enfermedad no oncológica, por lo que no era obligación del Banco de Drogas Antineoplásicas proveer el medicamento requerido; que su entrega había obedecido a razones exclusivamente humanitarias, y que la interesada debía acudir a los servicios de su obra social, a cargo del Programa Médico Obligatorio para la protección de las personas que dependen del uso de estupefacientes, o bien solicitar un subsidio en la Secretaría de Desarrollo Social, pues el Estado Nacional solo tenía responsabilidad subsidiaria en esa materia.

El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y condenó al Ministerio de Salud y Acción Social a entregar las dosis necesarias del remedio prescripto. Al confirmar la Cámara el pronunciamiento, la vencida interpuso recurso extraordinario, cuyo rechazo dio lugar a la queja. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó la sentencia. Se destaca el Considerando N° 21[106], en acertada referencia al interés superior el niño, como también los Considerandos N° 32 y N° 33, los que hicieron expresa remisión, respectivamente, a las Leyes N° 22.431, Nº 24.901 y Nº 23.660.

Sin embargo, independientemente de lo hasta aquí expuesto acerca del campo legislativo y judicial –los que han prosperado en la materia–, los NNyA con discapacidad son, de por sí, particularmente vulnerables a las deficiencias que presentan los servicios de salud, la

106 Considerando N° 21: "Que el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3 Ver Texto Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada)".

rehabilitación, la asistencia y el apoyo. Esto puede deberse a varios factores: descoordinación, falta de recursos adecuados, dotación insuficiente de personal en el área, entre otras circunstancias que pueden afectar a la calidad, accesibilidad e idoneidad de los servicios para las personas con discapacidad.

A lo expuesto, es válido agregar que si a la discapacidad le sumamos el factor de la pobreza, sin lugar a dudas se complejizarán y potenciarán los obstáculos para la detección y seguimiento de la evolución de las enfermedades de base o de los complejos tratamientos a los que deben ser derivados en algunos casos los NNyA con discapacidad.

Al respecto, mientras que según la Encuesta Mundial de Salud, la prevalencia de la discapacidad es mayor en los países de ingresos bajos que en los países de ingresos más elevados[107], los datos de las encuestas sobre la base de indicadores múltiples en distintos Estados ponen de manifiesto que los NNyA de familias en línea de pobreza, como así también, los que pertenecen a grupos étnicos minoritarios, presentan un riesgo significativamente mayor de discapacidad que los demás.[108]

A mayor abundamiento, el Comité de Evaluación del Seguimiento de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad elaboró un Informe Preliminar sobre la situación de las personas con discapacidad en la Argentina[109], en el cual estableció que una de las mayores preocupaciones de las organizaciones de la sociedad civil es el aumento de los índices de pobreza y su incidencia sobre la situación de las personas con discapacidad:

> "La pobreza no solamente acentúa las consecuencias negativas de la discapacidad sobre las familias, sino que es en sí misma un factor que favorece el surgimiento de discapacidades, sea por la incidencia de condiciones de vida desfavorables, cuanto por la falta de accesibilidad a los servicios

107 Organización Mundial de la Salud (OMS) y Banco Mundial, "Resumen. Informe Mundial sobre la Discapacidad" (2011), p. 8-9.

108 *United Nations Children's Fund and University of Wisconsin, "Monitoring child disability in developing countries: results from the multiple indicator cluster surveys"* (2008), p. 5.

109 Comité de Evaluación del Seguimiento de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, Informe Preliminar sobre la situación de las personas con discapacidad en la Argentina. http://archivo.cta.org.ar/Informe-preliminar-sobre-la.html (consultado el 15-03-2020).

> de salud, educación y rehabilitación, que acompaña, generalmente a la pobreza extrema y a la desocupación".

Asimismo, dicho informe precisó las siguientes cifras alarmantes:

- De las más de 3 millones de personas con discapacidad que viven en nuestro país, la gran mayoría no tiene acceso a los servicios de salud.
- El 90% del millón de NNyA con discapacidad de hasta 15 años no accede a servicios de rehabilitación psicofísica.
- La pobreza, la desnutrición y la falta de programas de prevención y cuidado materno-infantil, así como de atención primaria, generan no solo un alto nivel de mortalidad infantil (16,6 por mil), sino también graves problemas de desarrollo que derivan en patologías discapacitantes.

Por otra parte, en lo que respecta al desarrollo cognitivo de NNyA, el Dr. Gabriel Persi explica con claridad lo siguiente:

> "(…) El ser humano nace con el cerebro en desarrollo y, como cualquier otra parte del cuerpo, este necesita una buena alimentación para su correcta evolución. Cuando esto no ocurre, puede interferir en las habilidades neurocognitivas. (…) Tanto la mala alimentación como la falta de actividad física o un ambiente no propicio para el desarrollo cognitivo, aumentan notoriamente las posibilidades de que se desarrollen diversos factores de riesgo".[110]

Si partimos de la base de que la falta de ciertos factores, como es una correcta alimentación durante la primera infancia, puede desencadenar en un deficiente desarrollo evolutivo, irremediablemente llegaremos a la conclusión de que aquellas familias en situación de pobreza enfrentan mayores riesgos de sufrir diversas enfermedades, muchas de ellas vinculadas al desarrollo neurológico de sus NNyA.

5.3. Derecho a la vivienda

> "Manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su

110 Lomazzi, Carolina. "Cómo la pobreza perjudica el desarrollo de las personas con discapacidad", *Infobae,* 29-06-2017.

> igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (*Rawls, John, "A Theory of Justice", 1971, Harvard College*). Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas".[111]

Lo precedente se extrae del segundo párrafo del Considerando N° 12, en el marco de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo Recurso de hecho", reconocido fallo seleccionado para ilustrar la absoluta trascendencia del derecho a la vivienda –en particular, para NNyA con discapacidad–, y la normativa pertinente a aquel.

El caso se inició a raíz de una acción de amparo interpuesta por la Sra. S.Y.Q.C. contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de ser incluida junto con su hijo J.H.Q.C., quien presentaba una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva, en algún programa gubernamental de vivienda, y les proporcionara alternativas para salir de la "situación de calle" en la que se encontraban.

Ahora bien, para resolver en dicho amparo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó la Constitución Nacional (artículo 14 bis., tercer párrafo, y 75, inc. 23, primer párrafo), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11.1), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 11), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 3, 23, 24, 27.1, 27.3), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículos 7 y 28), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículo 3°), la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y demás normativa local relacionada con programas y políticas públicas respecto al derecho de vivienda.

Consiguientemente, el Máximo Tribunal sostuvo que los derechos y deberes que se desprenden de la normativa precitada no resultaban meras declaraciones, sino que presentaban vocación de efectividad, en tanto eran "normas jurídicas operativas" que obli-

111 CSJN, "Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo Recurso de hecho" (24-04-2012).

gaban al Estado a intervenir, ya sea a través de una norma dictada por el Congreso, o bien, de una política pública del Poder Ejecutivo, Niveles que deben efectuar una valoración de los derechos y de los recursos necesarios para garantizarlos.

En virtud de dichos fundamentos, la Corte analizó la situación particular de la Sra. S.Y.Q.C. y el niño J.H.Q.C., y determinó que las políticas públicas ofrecidas por la Administración no resultaron acordes a las necesidades que presentaba el niño por su patología, quien sufrió graves afectaciones en su salud y su desarrollo integral como consecuencia de tales insuficiencias, e incluso, que contrariaban los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional.

En consecuencia, nuestro Máximo Tribunal hizo lugar al amparo interpuesto y condenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a garantizar a la actora y su hijo un alojamiento con condiciones edilicias acordes a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar la inclusión de dicho grupo familiar en algún programa que otorgara una solución permanente a la situación en la que se encontraban.

Con base en lo expuesto, puede observarse con claridad, por un lado, cómo la vulneración al derecho de vivienda de un niño con discapacidad puede afectar su desarrollo integral, y por el otro, el amplio marco normativo que impone al Estado la obligación de adoptar medidas y ofrecer políticas públicas en miras de resolver esta cuestión.

En tal sentido, se expidió la Dra. Carmen M. Argibay al sostener que la normativa invocada:

> "(…) demuestra la voluntad de nuestro Estado por dar al tema de la discapacidad una atención primordial, que se traduce en brindarle a las personas con esta característica una protección especial en términos constitucionales que implica una tutela más acentuada que los coloque en una posibilidad efectiva de ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con quienes no padecen discapacidad".

Ahora bien, pese a que –al igual que se delineó en el precedente judicial desarrollado– desde el punto de vista formal, legal y judicial, hay un consenso total de que la vivienda es un derecho de vital importancia, lo cierto es que en la República Argentina, de 5,1 millones de personas con discapacidad –lo que daría la cifra del 12,9% de la

población mundial–[112], el 28% de estas aún se halla en condiciones de hacinamiento, mientras que el 45% no cuenta con una vivienda adaptada a tal discapacidad.[113]

6. Consideraciones finales

Si bien a lo largo de los años la República Argentina ha hecho importantes avances en la materia en términos institucionales, políticos, sociales, educativos, sanitarios, habitacionales, presupuestarios, normativos y jurisprudenciales, los derechos de NNyA con discapacidad aún resultan ser un campo en el que debemos continuar invirtiendo nuestros recursos y tiempo, debiendo traducirse dichos esfuerzos en una constante y prioritaria política pública capaz de velar por su interés superior, en su máxima expresión.

Para concluir con el presente trabajo, necesariamente debemos retrotraernos al comienzo de este, en donde se pretendió dilucidar que la "discapacidad" es el resultado de la interacción entre una o más deficiencias y una o más barreras que irrumpen con la participación de una persona en sociedad, dejando a esta última en un plano de desigualdad respecto de las demás.

Por si todavía falta claridad en lo que resultó ser la idea central de esta exposición, se invita al lector y a la lectora a resolver el siguiente ejercicio:

(i) Por un lado, nos hallamos frente a un niño, niña o adolescente con una deficiencia auditiva, sin una red de contención familiar y/o afectiva dispuesta o posibilitada a asumir sus cuidados, y un Estado que no da respuesta.

(ii) Por otro lado, tenemos a otro niño, niña o adolescente con una deficiencia auditiva de iguales características, cuya familia se encuentra en condiciones de pagar por un audífono acorde a sus necesidades, y/o un Estado que asume un rol activo en su obtención.

La pregunta entonces es: ¿somos testigos de la misma discapacidad?

7. Bibliografía

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), América Latina y el Cari-

112 Bellina Yrigoyen, Jorge y "Discapacidad, mercado de trabajo y pobreza en Argentina". Invenio 16, no. 30 (2013):75-90. Redalyc, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87726343006 (consultado el 15-03-2020).

113 Carolina Lomazzi, "Cómo la pobreza perjudica el desarrollo de las personas con discapacidad", *Infobae*, 29-06-2017.

be a 30 años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (LC/PUB.2018/21), Santiago, 2018. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44271/1/S1800977_es.pdf (Consultado el 15-03-2020).

CEPAL, sobre la base de Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina (SIPI). "El itinerario de la CIDN en los sistemas jurídicos y las políticas latinoamericanas". http://www.publicaciones.siteal.iipe.unesco.org/eventos-del-siteal/30/el-itinerario-de-la-cidn-en-los-sistemas-juridicos-y-las-politicas (Consultado el 15-03-2020).

Organización Mundial de la Salud (OMS), Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), 1980. https://sid.usal.es/idocs/F9/9.1-1227/9.1-1227.pdf (Consultado el 15-03-2020).

OMS, Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), 2001. https://aspace.org/assets/uploads/publicaciones/e74e4-cif_2001.pdf (Consultado el 15-03-2020).

OMS y Banco Mundial, "Resumen. Informe Mundial sobre la Discapacidad", 2011. https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/accessible_es.pdf?ua=1 (Consultado el 15-03-2020).

UNESCO, "World Conference on Special Needs Education: Access and Quality", 1994. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110753 (Consultado el 15-03-2020).

ONU, Objetivos de Desarrollo Sostenible. https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education (Consultado el 15-03-2020).

UNICEF, "Niños, niñas y adolescentes con discapacidad". https://www.unicef.org/lac/ninos-ninas-y-adolescentes-con-discapacidad (Consultado el 15-03-2020).

UNICEF, "Identificar las desigualdades para actuar: resultados y determinantes del desarrollo de la primera infancia en América Latina y el Caribe". https://www.unicef.org/peru/spanish/Identificar_desigualdades_para_actuar_Desarrollo_Primera_Infancia_America_Latina__y_Caribe_UNICEF.pdf (Consultado el 15-03-2020).

United Nations Children's Fund and University of Wisconsin, "Monitoring child disability in developing countries: results from the multiple indicator cluster surveys", 2008. https://www.unicef.org/protection/Monitoring_Child_Disability_in_Developing_Countries.pdf (Consultado el 15-03-2020).

Comité de Evaluación del Seguimiento de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, "Informe Preliminar sobre la situación de las personas con discapacidad en la Argentina". http://archivo.cta.org.ar/Informe-preliminar-sobre-la.html (Consultado el 15-03-2020).

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 12: el derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 2009.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14: el interés superior del niño, CRC/C/GC/14, 2013.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Observación General Nº 13 del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1999/11, 1999.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual entró en vigor el 3 de enero de 1976.
Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, Francia, en 1948.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, en 1948.
Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1999.
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Es aprobada por la Ley N° 26.378, y adquiere jerarquía constitucional mediante la Ley Nº 27.044.
Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Es aprobada por nuestro sistema interno mediante la Ley N° 23.849.
Constitución de la Nación Argentina.
Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por medio de la Ley Nº 26.994, en 2014.
Ley N° 26.206 de Educación Nacional, sancionada y promulgada en 2006.
Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada y promulgada en 2005.
Ley Nº 24.901 de Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, sancionada y promulgada en 1997.
Ley Nº 23.660 de Obras Sociales, sancionada en 1988 y promulgada en 1989.
Ley N° 22.431 de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, sancionada y promulgada en 1981.
Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, Nº 242 (27/04/2012).
Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas" (24-10-2000).
CSJN, "Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo Recurso de hecho" (24/04/2012).
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, "C. G. E. c/ Swiss Medical S. A. s/Amparo" (06-08-2009).
Juzgado Nacional en lo Civil Nº 75, "M. J. A. c/ Medicus S. A. de asistencia médica s/amparo" (22-08-2002).
Bellina Yrigoyen, Jorge, "Discapacidad, mercado de trabajo y pobreza en Argentina" Invenio 16, no. 30 (2013):75-90. Redalyc. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87726343006 (Consultado el 15-03-2020).
Seda, Juan Antonio, "Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Jusbaires, 2017.
Trucco, D. y Ullman, H. eds.,"Juventud: Realidades y retos para un desarrollo con igualdad", CEPAL, Santiago, 2015. https://repositorio.cepal.org/

bitstream/handle/11362/38978/4/S1500718_es.pdf (Consultado el 15-03-2020).

Rozengardt, Adrián, "Estudio sobre el rol de los servicios no formales de cuidado y educación de la primera infancia como dispositivos de inclusión social" en *Tesis de Maestría*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2014. https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/6485/2/TFLACSO-2014AR.pdf (Consultado el 15-03-2020).

Rozengardt, Adrián, "Desigualdad y experiencias comunitarias y públicas no formales de cuidado y educación de la primera infancia en Argentina" en *Tesis de Doctorado*, FLACSO, 2017.

Grzona, María Alejandra. "La presencia de las estructuras sociales dominantes en las investigaciones en Educación Especial. El caso de las personas con multidiscapacidad y sordoceguera" en *Debates y perspectivas en torno a la discapacidad en América Latina*, p. 99-105, Facultad de Trabajo Social, Universidad Nacional de Entre Ríos, Argentina, 2012. http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/fts-uner/20171107061404/pdf_468.pdf (Consultado el 15.03-2020).

Lomazzi, Carolina, "Cómo la pobreza perjudica el desarrollo de las personas con discapacidad". *Infobae*, Argentina (29-06-2017). https://www.infobae.com/discapacidad/2017/06/29/como-la-pobreza-perjudica-el-desarrollo-de-las-personas-con-discapacidad/ (Consultado el 15-03-2020).

Responsabilidad parental vs. la "ley" de los padres. Cuando los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) y el Estado son controvertidos por los propios padres

Laura Díaz[114]

Hace tiempo que estoy pensando en esta controversia. Trabajo en lugares populares (y no tanto), donde uno puede observarlo claramente. Por ejemplo, en una reunión con gente del espacio político en el que estoy colaborando, propuse la necesidad de hacer una encuesta, como agregado a un trabajo social de campo que íbamos a hacer, solo una pregunta a los padres… "¿qué es su hijo?".

Obviamente, recibí criticas de varios padres en esa reunión. El mundo familiar y del cuidado de un hijo es de una intimidad inexpugnable. Así, y todo, la realidad te muestra que cuanto más simples son las preguntas, más difícil la respuesta. Con un ejercicio de imaginación casi fantasiosa, por la imposibilidad de llevarla a cabo, ya que se negaron a hacerla, me la respondí y pensé: qué me dirían esos padres ante tal pregunta: podría ser "son carne de mi carne", "mi sangre", "lo único más importante de mi vida", "un regalo de Dios o de la vida", "mi descendencia", "mi amor", y miles de cosas igual… pero nunca (o muy pocos) me dirán la respuesta que espero: "que es una persona" o es "un sujeto de derecho".

Y es desde este lugar, para este trabajo, que analizaré el fallo antivacuna: "N.157 XLVI, N.N. o U.V. s/ protección y guarda de personas", que trata sobre la decisión de una familia con una forma de vida natural y "ayurvedica", de no vacunar a sus hijo recién nacido y donde el Tribunal Superior de la provincia de Buenos Aires y la Corte Suprema de la Nación, impusieron límites a la Responsabilidad Parental, a partir de revocar el fallo de primera instancia y hacer cumplir la ley de vacunación.

Así y todo, con el nuevo Código Civil y Comercial, la Constitución, La Convención del Niñ@, Tratados Internacionales, se abrieron otras controversias parecidas, como las de los padres veganos, o padres que no respetan decisiones de genero de sus hijos menores

114 Abogada, UBA.

o adolescentes, etc. poniendo en peligro la integridad del niñ@. En el considerando 23 del fallo de la Corte Suprema, esta termina decidiendo que "no se encuentra discutido el modelo de vida familiar sino la afectación por parte de este de la Salud Publica establecida por el Estado y el interés superior del niño que de acuerdo con la política pública sanitaria establecida por el estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas", por lo tanto se debe vacunar.

Voy a dejar de lado un par de cuestiones:

1) las procesales, que serán mencionadas necesariamente, pues forman parte de la cuestión, en relación con el tiempo que se utilizó para resolver la controversia, donde al final, el niño perdió tiempo vital, en relación los meses que pasaron y en que hay que aplicarles las vacunas para que estas sean efectivas.

2) También se analizarán los argumentos de los padres en los fallos y se analizara la respuesta judicial

3) Cual es el papel del abogado del niño: judicializar o persuadir a los padres en cuestiones como estas

Como dije, transcribiré la cuestión procesal de la sentencia de la corte. La acción ocurre en Mar del Plata. Un bebé, nacido en su domicilio, los padres se presentan en el Hospital de Mar del Plata para un control y cuando les preguntan a ellos por el esquema de vacunación, estos se niegan a hacerlo. El hospital lo denuncia y la Asesora de Menores N° 1 de Mar del Plata, promueve una medida de protección a los derechos de niño: peticionó la internación del menor en un nosocomio público para que sea vacunado según el protocolo oficial y se le dosis de vitamina k aconsejada, que en caso de negarse seria con la fuerza pública.

El tribunal de Familia de instancia única en Mar del Plata, a) rechaza la internación; b) garantiza el acceso del niño al derecho a la salud INSTANDO a los progenitores a que procedan con el esquema de vacunación, como parte del ejercicio de la patria potestad, previo entrevistas con médicos que les informe los riesgos de no vacunarlos; c) adjuntar el plan de cuidados ofrecido por la medicina alternativa que asegure su protección *en un porcentaje equivalente* a lo que protege la medicina alopática para evaluar y cotejar esa alternativa

Además, señala, que los argumentos de los padres, se apoyan en el rechazo respecto al esquema de vacunación obligatoria que impone el estado. Adoptaron esta posición por su propia visión de la

medicina, y de la elección que profesan por paradigmas del modelo homeopático y en especial ayurvedico, dice el fallo.[115]

Particularmente, el modelo ayurvedico de inmunización está basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que excluyen métodos intrusivos y alopáticos. Los padres, se ampararon también, para justificar su inobservancia, en lo expresado en la ley del *previo consentimiento informado*[116] donde a través de esta ley, se rehusaron a vacunarlo. Esa decisión, manifestada por los padres, fue presentada por el abogado de estos como un "prius de derecho"[117] que fue el fundamento para negarse a la vacunación, y lo que hacía obligatorio e imperativo respetarlo, era su origen en la autonomía de la voluntad personalísima de los padres".

En resumen, si bien *los padres admiten que el régimen de vacunación es de carácter obligatorio, creen que no es imperativo para su hijo,* pues ellos consideran que no existe norma alguna que imponga la vacunación forzada, dice el fallo, en especial cuando ellos entienden que eso no es consecuencia del incumplimiento de la responsabilidad parental, la Asesora de Incapaces, responde que debe ser vacunado por la fuerza pública, porque los padres, no presentaron ni prestaron el consentimiento informado en el expediente, como lo habían expresado y por otra parte tampoco presentaron el "plan de cuidados de la salud del niño que asegure la protección de este en un porcentaje equivalente al que supone el suministro de vacunas, firmado por un profesional especializado en medicina alternativa".

Frente a esta omisión el Tribunal Superior responde:

- "que el perfil de la inmunización dispuesto por el régimen de vacunación *NO colisiona* con el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares, en especial respecto de las decisiones que atañen a su propia salud".[118] *El consentimiento informado*[119] da derecho al paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos. La vacunación, no entra dentro de este plexo de procedimientos y terapias que engloba el consentimiento informado por tener un carácter imperativo, desplazando por ello las exigencias del

115 Considerando II.

116 Cursivas propias, que además no firmaron ni lo aportaron al expediente, como se explica más arriba.

117 Primero, antes en tiempo y lugar.

118 Punto b) del considerando 3.

119 Ley 26529 Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Art. 2 inc. c).

consentimiento informado, que claramente se trata de otra situación; tal como se ve en el art 5) y ss, por lo cual no lo hace condicionante para este caso. Es más, para este voto, la vacunación es una excepción del consentimiento informado, que puede incluirse en el art 9) de la ley, cuyo contenido no incluye números clausus.

- La ley 22909, de vacunación obligatoria fue inaplicada en este caso, por la sentencia del Juez de familia, pues subordinó el cumplimiento de esta ley obligatoria e imperativa a la voluntad de los padres, en especial en cuando "los insta" a consultar con médicos e inmunólogos para que le expliquen la importancia de la vacunación.
- Hay una actitud deliberada, racionalmente asumida y libremente decidida por el núcleo familiar. El fallo remite para ello al art 264 del Código Civil, donde dice, "la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos *sobre las personas y bienes de los hijos*, para su protección, y formación integral desde la concepción hasta que sean mayores de edad y no se hayan emancipados" y al artículo 19 de la Constitución Nacional que dice que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad y los magistrados.

El fallo del Tribunal, también, muestra la tensión entre varios deberes - derechos[120] y desde esta tensión dicta la respuesta:

- Antes de la promulgación del nuevo Código, la responsabilidad parental, estaba representada por el artículo 264, que tenía a su vez distintas partes; el artículo 264 ter incluía al artículo 3, en parte, a la Convención de los Derechos del Niño.
- El Código Civil de Vélez Sarsfield, (CC) deja para el juez la decisión de lo que es lo más conveniente para el interés superior "del hijo", el artículo *264 ter*., dice "*en caso de desacuerdo entre los padres* o, como en este caso, el acuerdo de los dos padres contra la norma emanada del estado[121], que se oponen a una ley de orden público. La pregunta sería ¿Es necesario judicializar el

120 El artículo 264 igual que el 638 hablan de derechos – deberes.

121 Para este caso, se extiende a "los dos padres frente al estado". Ejemplo que no es recogido ni aun por en nuevo código porque se supone que los ciudadanos no se van a oponer a las leyes.

tema, cuando ambos padres se oponen a una ley de orden público que beneficia al menor respecto a su salud?

Las leyes anteriores que definieron la Patria potestad en la Argentina, la ley 10903 de 1919 y la readecuación que se hizo por la ley 23264, incluirán la noción de "deberes de los padres", impacta limitando el plexo de derechos que estos tienen sobre sus hijos. Se crea una nueva noción a partir de estas leyes, la de "derechos-deberes"[122]: que implican, según esta interpretación, que: los titulares de la patria potestad, no solo atienden *a sus intereses respecto a los hijos*, sino principalmente el interés del otro sujeto, que es el menor a su cargo. La legislación anterior a estas leyes, deja al descubierto los resabios e improntas de aquella "potestad paternal" del pater familia, que poco a poco se fue diluyendo por las leyes y el reconocimiento de derechos, aunque no así del horizonte cultural.

Si bien los padres tienen derecho a educar, proteger y mantener la integridad física, emocional y psicológica de sus hijos (desde el contenido[123]), además y concomitantemente, tienen a su vez *el deber* de hacerlo. ¿Qué significa esto?

Estos deberes, se fueron delineando y conformando a través de la Convención y otros tratados internacionales que fueron moldeando la constitución, tratando de equilibrar el derecho de los padres *sobre* los hijos aumentando el cumplimiento de las obligaciones que tienen con respecto a ellos. Hoy me pregunto, cuál sería el concepto de "derechos sobre la persona de los hijos y su patrimonio" en relación con la responsabilidad parental. Si bien este concepto aparece atenuado por el concepto de deber, la tensión entre ambos, tiende en muchísimos casos a considerar los derechos de los padres sobre los hijos. En este caso es claro. Los padres de un niño recién nacido, con una forma de vida alternativa, resuelven lo mejor para él, en términos de salud y enfrentan al orden público, pero además, existe un abogado que lo alienta a resguardar el derecho de los padres en detrimento de un niño, que deberá esperar que toda esta parafernalia judicial, termine para que la Corte suprema de la Nación diga que se tiene que vacunar.

---

122 Bossert-Zanonni: *Manual de Derecho de Familia.* 4° Edición ampliada, Capítulo "Patria Potestad". Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 518 -519.

123 Darles una religión, una educación, una cultura, plexo de ideas políticas o morales, por decir como ejemplo y dentro de los parámetros de lo que la sociedad entiende como "normalidad", (entramado histórico, epocal y territorial aceptado como estándar y que surge del desarrollo de estas caracteristicas).

Es necesario diferenciar niño de hijo. Hoy, el artículo 9 de la ley 26061, dice que: "los niños, niñas y Adolescentes, tienen derecho a la dignidad como *sujetos de derecho* y de personas en desarrollo". Un hijo es otra cosa para los padres, tienen que ver concepciones viscerales, emocionales y sentimentales, muchas veces alejadas, de este concepto igualador y de privilegio que da el derecho.

Quizás estas concepciones viscerales, nos remitan a esa indeleble e insondable marca que, creo, aún sigue operando en las sombras, a través de esa cultura profunda y olvidada, casi diría inconsciente; (lo que hoy se reciclo en lo que hoy llamamos patriarcado), conformando la intimidad de la familia y como se educa, trata y dirige a los hijos. Es una figura casi negada con horror, a veces: es la del "el páter familias" y su potestad paternal.[124]

Esta figura de derecho civil romano, se hunde en los orígenes de la historia de la familia humana. Según este texto, *las personas consideradas en familia*, se dividían en dos clases: los alieni juris y los sui juris.

Los *alieni juris* son *las personas sometidas* a la autoridad de otros y según se aplica esta autoridad, define 4 tipos distintos de poderes: a) la autoridad del señor sobre el esclavo; b) la patria potestad, autoridad paternal, (que incluía el poder de la vida y de la muerte para los sometidos, fuera quien fuera); c) el *manus*, autoridad del hombre sobre la mujer en relación con el casamiento; d) *mancipium*, autoridad que tiene el hombre libre sobre otro hombre libre.

Los *sui juris son personas libres* de toda autoridad y dependen de ellas mismas, se los conoce también como *pater familias* o jefes de familia, (o también una especie de magistrado doméstico), este título civil, implica el derecho a tener un patrimonio y ejercer los cuatro poderes descritos más arriba sobre las personas que conforman su grupo familiar, es el dueño absoluto de las personas que están bajo su autoridad.

El carácter principal de esta autoridad *sui juris* era el interés y beneficio personal que el páter familia obtenía, de las personas que estaban sometidas a él, que un carácter más tuitivo o de protección aunque no significaba que no existieran estas características, y este beneficio e interés también recaía sobre los hijos. Del cuidado de su propio interés y beneficio, se desprenden ciertas consecuencias: como que la "autoridad pertenecía al jefe de familia", que no era

124 Eugene Petit: *Tratado elemental de Derecho Romano.* Editorial Albatros, 1961 (un viejo libro de la biblioteca de mi padre).

necesariamente el padre, que la madre no lo ejercía ese tipo de autoridad, etc.

En el caso de la *mancipación*: si tenía a su hijo bajo su autoridad, hasta podía cedérselo a un tercero con ciertos recaudos si es que deseaba tomarlos; el que lo adquiría, (era un beneficio para el adquiriente: pago de una deuda o arrendamiento del pater familia para trabajos de la persona que lo adquiría), lo tomaba como esclavo, en forma temporal y sin dañar su "ingenuidad".[125] El hijo no era un bien como el esclavo, pero si era una suerte de instrumento para adquirir beneficios, que valía por los servicios que pudiera prestarle al PF. El adquiriente se comprometía a libertarlo en el tiempo pactado.

Y *el abandono*, esta práctica se prohibió en el Bajo Imperio y Constantino decidió que un hijo abandonado podía ser esclavizado o tomado como hijo, según prefiera el que lo acogió.

Ni hablar de los bienes o patrimonio de estos mientras el páter familia viviese, salvo que por su decisión optará por lo contrario.

Obviamente, el poder del paterfamilia fue variando con el tiempo y desapareciendo de la estructura social concreta, y se fue reciclando; en la Republica aparentemente, según este autor, era más moderado; más abusivo en el Imperio y para el siglo II dc, solamente quedo un sencillo derecho de corrección. Para este Siglo se había tercerizado su poder de vida y muerte en un funcionario aparte: el magistrado, y debía frente a este, hacer una acusación contra su hijo y era el que daba la sentencia. Hasta que en la época de Constantino, se prohibió.

En esta apretada síntesis de la potestad paternal *sobre* los hijos y las personas sometidas a él, obviamente no hay comparación con el mundo de hoy, pero si hay, lo que se llama, lejanos aires de familia respecto a algunos temas domésticos y no tanto, que suceden hoy ; todavía pervive y opera este concepto en algunas decisiones y acciones que toman los padres *sobre* sus hijos[126], por ejemplo, desde negarse a darle las vacunas, aunque sea obligatorio por la ley, ya sea para satisfacer sus intereses religiosos, o culturales, o propios; darle una alimentación no adecuada, por estar enrolados en una corriente que limita a ciertos alimentos, haciendo en los niños delicados cuadros de desnutrición en edades que pueden distorsionar el crecimiento y el desarrollo hasta matarlos, hasta no aceptar el género auto percibido de los niños por prejuicios religiosos o personales y

125 *Sic,* las comillas son mías.

126 Recordamos que esta es una frase propia de la definición de las potestades pater-familia.

así, subiendo en la escala de horrores que padecen los niños por sus familias y padres.

Además, hoy, el ámbito familiar moderno es respetado por el derecho y el estado; pero a veces este cuidadoso respeto, por parte del estado, transforma en "ley" las pautas culturales, ideológicas y religiosas, que se transmiten de generación en generación en una familia, me refiero a la idiosincrasia familiar y a su actuar en consecuencia; violando no solo los derechos del niño sino también las responsabilidades que el estado tiene y ejerce a través de las leyes para proteger a los ciudadanos: otra vez los mismos ejemplos: padres veganos, antivacunas, no respetuosos de la identidad de género de los niños, padres que prestan sus hijos por dinero, u otros intereses para ellos, padres que no aceptan amigos que eligen los niños por alguna razón incomprendida por ellos (religiosa, color de piel, etc.), padres o familiares que abusan, explotan o esclavizan sexualmente a sus hijos, etc.

Estos casos, nos remiten a "aquella autoridad" que se ejercía sin límites dentro de los hogares, sin tener en cuenta las consecuencias que generan en los hijos ni en la comunidad. Este mundo, tiene sus leyes y con total desparpajo y autoridad, muchos, controvierten y desafían las leyes y principios que dicta el estado a la sociedad toda: como el derecho a la vida y al desarrollo integral del niñ@, a la integridad física, libertad de asociación con los niños de su edad, alimentación, etc.

Para colmo, el tribunal dice en el considerando II, vuelta, que "(Los Padres) *Admiten que el régimen de vacunas es de carácter obligatorio*, aunque no para sus hijos, pues afirman que no existe norma alguna que imponga la vacunación forzada como consecuencia. La ley de vacuna, si impone en forma compulsiva la vacunación del niño en caso de no hacerse, más una serie de multas, y también debe derivarse de la patria potestad, porque los padres además tienen deberes sobre los hijos.

Tomó cuestión Federal, a través de aceptar por parte del Tribunal que los padres cuestionaron la inteligencia de una norma, la ley de vacunación.

El planteo de los padres en el recurso extraordinario, tiene algunas líneas importantes que avalan esta postura de defensa irrestricta del poder de la familia, de los padres, sobre los hijos y en contra del estado y los derechos del niño:

- La intervención del estado en esta familia, es tachado de perfeccionismo o paternalismo incompatible con el principio de autonomía de la persona.
- El fallo, dicen los padres, no respeta las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartirle a sus hijos cuidados y educación, tal como lo dispone el artículo 5° de la Convención de los Derechos del Niño.
- La decisión ha transgredido la ley 26.061, en cuanto prescribe que la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a los niños el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.
- La sentencia que se apega a la Ley de vacuna no valora debidamente los principios y garantías de la Constitución Nacional al presumir de derecho, que se generan peligros para el niño y para terceros en caso de no vacunarlo.

Quiero dejar en claro que mi postura, no significa estar contra la autonomía de la familia, obviamente, pero también es cierto que la exacerbación de esta postura produce problemas en el seno de los hogares que terminan, aun no queriéndolo, victimizando a los niños. No solo hay un tema psicológico familiar, que obviamente incide en el niño, sino también de falta de conocimiento sobre los derechos del niño y los deberes del padre; y es a eso a lo que voy a apuntar.

La Corte, va analizar el alcance de la ley 22909 de vacunación; pues ella no se encuentra limitada por los argumentos de los padres. Para la Corte la inteligencia de una ley está más allá de eso.

También va a hacer un análisis del artículo 19 de la CN, otro de los artículos más que utilizados por los padres para defender sus derechos de familia.

Con respecto a esto dice que, "el resguardo de *la privacidad de cada individuo* es un ámbito de incuestionable tutela por parte de nuestra CN y de este modo lo afirmó la corte en varios fallos.

En el *306:1892,* se habla del derecho a la intimidad como "(e)al ámbito psicológico e inconmensurable del *individuo*, que comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus sentimientos, sus orientaciones ideológicas, etc.[127] Lo íntimo, está fuera del alcance del interés público, es decir, constituye una *zona de reserva*, sin intromisiones de ninguna clase. Su relevancia ha sido contemplada en el artículo 12 en la Declaración Universal de los Derechos

127 Su cultura y también la cultura familiar.

Humanos (ONU) de 1948 y de la misma manera, se lo menciona en el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica de 1984".[128]

En el fallo 329:5266: "Destacó que la protección de un valor rector, como *la dignidad humana*, implica que la ley reconozca –en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero–, *un ámbito íntimo e infranqueable de libertad,* de modo tal que pueda conducir a la realización personal, ese es el requisito esencial de una sociedad sana. La protección del ámbito de privacidad, resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno".[129]

Todas cosas que fueron englobadas en el Artículo 19 y le dan espesor a los derechos personalísimos.

Pero, en el artículo 19 de la CN, la privacidad tiene un sesgo de aplicación *netamente individual*; la familia ¿es algo individual también en ese sentido?, los jueces extienden este artículo al ámbito familiar sin solución de continuidad, pero ¿puede aplicarse así y por igual a todos sus miembros? ¿Cuál es el cuidado de la dignidad o la zona de reserva de un niño, que no va a ser vacunado, o que no va a comer carne porque sus padres son veganos o que es explotado laboralmente por ellos?

Lo que queda claro, es que el ámbito de la privacidad, y en especial el familiar está compuesta por varios sujetos de derechos, adultos y no, por lo que, la generalización, unificación e identificación del plano privado al familiar no ayuda.

La doctrina del fallo 306: 1892, señala al derecho de la intimidad como" un ámbito psicológico e inconmensurable *del individuo*, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus sentimientos, sus orientaciones ideológicas. Pero ¿cómo se mide, y quien limita, ese obrar en consecuencia que surge de este ámbito, aplicado a los hijos? Por ejemplo, en este caso, los padres ayurvedico, que desde sus creencias deciden sobre el niño que no es necesario vacunarlo.

La corte apela a los límites del artículo 19 para imponer la ley: cuando el proyecto familiar, en este caso, afecta derechos de 3°, el niño y al orden público, pues en el mismo acto, quiebra la eficacia

128 http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120207-scanavino-derecho_intimidad_vs_derecho.htm

129 http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=6115732&cache=1518739300001

del régimen vacunatorio que emana de la ley que está basado en la prevención comprometiendo a toda la comunidad.

O sea, el acto vacunatorio excede a decisiones privadas/personales y el ámbito familiar, pues incide en la salud pública, dice la corte. En el caso de un padre vegano, el acto de no darle los nutrientes necesarios también excede el ámbito privado / personal y familiar en el mismo sentido. Entonces, ¿cuál es el significado de este sentido, de esa tensión personal/privado y familiar, los destinatarios de estas decisiones y el Estado?

El tema es que la Corte decidió que si el objetivo social del estado es erradicar las enfermedades, hay que aceptar el carácter coercitivo y obligatorio de este régimen, que por otra parte los padres ya habían reconocido la obligatoriedad de la vacunación pero no lo aceptaron para su hijo. Es por un interés colectivo y que hace al bienestar general. Hay una política sanitaria por lo que el estado tiene injerencia y no las decisiones personales/privadas de las familias.

En determinados casos, el derecho a la privacidad debe y puede ser permeable a la intervención del estado en pos del interés superior del niño o de otras personas vulnerables dentro de la familia, aun por sobre todos los intereses y derechos que hacen a la idiosincrasia familiar en juego; según se indica en el resumen del fallo 331:147[130]: "(…) la persona involucrada (…) que se encuentra distante de poder desempeñarse por sí misma y por ello la estructura jurídica le tiene reservada la más alta jerarquía normativa en tutela de sus derechos, cuyo objeto es la protección de la menor (…)".

Esta causa, involucran derechos propios del menor, privados diríamos en términos del artículo 19, su derecho a la salud, que está reconocido en la Convención de los Derechos del NNyA, y en el artículo 14 de la ley 26021.

El menor en este artículo es un sujeto de pleno derecho y señala, el deber primordial del estado es darle una protección especial en término de derechos, garantías, libertades.

Ahora bien, La corte entiende que el interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas[131]: a) constituirse en pauta de decisión ante conflicto de intereses y b) ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.

Entonces se proporciona un parámetro objetivo para resolver problemas de los niños, orienta la decisión frente al interés del adulto

130 http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires--guarda-fa14976637-2014-06-19/123456789-736-6794-1ots-eupmocsollaf

131 Considerando 18 del fallo de la corte

y ordena sobreponer el interés del niño; los efectos tanto de esta pauta de decisión y de este criterio, son los de separar conceptualmente el interés del niño como sujeto de derecho, de los intereses y beneficios individuales de los padres o de la familia, por más aparentemente legítimos que ellos resulten. La Convención sobre los Derechos del Niño contempla no solo como valor preferente, el interés superior del menor sino que subyace a todo el plexo *normativo* existente (…) siendo el Estado el que debe cuidarlos y protegerlos.[132]

Siguiendo esta línea, el considerando 21, nos dice que el artículo 264 del CC, contempla los derechos de la patria potestad. Esta se interpreta y se ejerce para la protección y formación integral de los hijos, por lo que ya se va previendo, dice el fallo, que el interés superior del niño es esencial a la patria potestad, y que esta se ejerce para asegurar el disfrute pleno y efectivo de los derechos al menor.

Entonces, que entienden ¿los padres por patria potestad cuando esta no interpretada de esta manera? Cuando la patria potestad se desvincula del interés superior del niño, creo se transforma en "potestad paternal", una ley que tiene un solo interés, el propio de los padres, conformada con pautas, valores morales y religiosos, sus sentimientos, sus orientaciones ideológicas de los individuos que conformaron la familia, además con una historia que se comparte, de cierta forma, de generación en generación y que se aplican en acciones, decisiones sobre la vida del niño. Es evidente que cuando los padres actúan en consecuencia según este mundo, pueden abrir la puerta del infierno para el niño

El abogado del niño, hoy, después de la reforma constitucional y de la Ley 26994 del Código Civil y Comercial, publicada el 8 de octubre de 2014. Tiene allanado algunos temas para aconsejar no judicializar todas las decisiones que toman los padres sobre sus hijos.

- El artículo 638, donde se definen los principios de la responsabilidad parental como un conjunto de *deberes y derechos que les corresponde a los progenitores SOBRE la persona y los bienes del hijo*, para su protección, desarrollo y formación integral mientras el hijo sea menor de edad y no se haya emancipado.
- En el artículo 639, la responsabilidad parental no está librada a las leyes[133] del mundo privado de los padres o familiar, sino que se rige por tres principios:

132 328:2870 - https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=intsupn (pág. 67).

133 Llamo "ley de los padres" a la que tiene un solo interés, el familiar, ese interés se arma con pautas, valores morales y religiosos, sus sentimientos, sus orientaciones ideológicas de los individuos que conformaron la familia, además con la historia que comparten entre los miembros fundadores de una nueva familia.

- el interés superior del niño
- la autonomía progresiva del hijo conforme a su desarrollo integral. Donde a mayor autonomía disminuye la responsabilidad parental en el ejercicio de los derechos de los hijos
- El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Si el acceso a la justicia está garantizado por la Convención de los Derechos del NNyA, la C Nacional ¿es necesario judicializar este tipo de cuestiones? ¿El abogado del niño, no debe desde la docencia, desde el asesoramiento, la posibilidad de persuadir con argumentaciones a los padres para demostrarles su desconocimiento de los derechos del niño de su hijo?

Si las políticas públicas de naturaleza social del estado, abrogan por la vacunación, por la buena alimentación, la escolarización de los niños como parte de la protección que ofrece a las familias, basadas en leyes de orden público, ¿por qué se lo pone en tela de juicio? ¿Por qué los abogados en algunos temas judicializan cosas que no van a llevar a ningún lado?

La judicialización del derecho a la salud de los niños debe ser evaluada éticamente por el abogado interviniente. No podemos judicializar algo que sabemos perfectamente no es correcto, y no estoy hablando solo de los grandes crímenes que también se perpetran contra los NNyA, que obviamente necesitan intervención judicial, sino de estas distorsiones cotidianas que impactan negativamente en la vida y el derecho del niño y por el cual tendemos a judicializar en demasía estas cuestiones perdiendo tiempo, aumentando la burocracia judicial y el gasto del cliente.

Disuadir a los padres con la ley en la mano se impone en algunos casos, y el abogado, como docente del derecho, también, puede oponerse en la misma consulta, ofreciendo las respuesta que la ley tiene para estos temas que involucran la vida del niño, que no olvidemos es temporal para este periodo, lo mismo que el derecho que lo asiste.

Algunas herramientas pueden ser:

- Dándoles a los padres la verdadera dimensión de lo que es un hijo, o sea agregar a sus creencias, opiniones y sentimientos que *es un sujeto de derecho*, que está protegido por la Convención 26061 Nacional y la 114 del GCBA y como lo consultado se opone al orden publico
- Que el estado puede intervenir, si no se cumplen de manera concreta estas responsabilidades que además figuran hoy en el

Código Civil y Comercial, en especial, debido a que en la reforma del CCC se ha constitucionalizado el derecho civil. Esto se ve claramente en el art 639, donde dice que la patria potestad se rige por los principios de 1) el interés superior del niño, 2) la autonomía progresiva del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y 3) el derecho a ser oído, extendiendo a estos al a Convención de los Derechos del niño

- Artículos preliminares del CCC, pueden ser utilizados en la consulta para limitar el accionar privado de los padres: el art.4, las leyes son obligatorias para todos los habitantes del territorio de la República Argentina, el art 8 la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su incumplimiento, el art 9: los derechos deben ser ejercidos de buena fe, el 10, el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir un ilícito ningún acto, el 12, las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está involucrado el orden público. Todos estos artículos pueden usarse para disuadir cuestiones que si se judicializadas, acarrearían un mal mayor a los niños
- Cuando es muy menor, con más razón el estado estará pendiente de ellos, a través de sus dispositivos hospitalarios y escolares única forma de detectar estos problemas
- El Código Civil y Comercial al igual que el Código Civil, no recogen en ningún artículo el desacuerdo de ambos padres con las leyes estado. Si, el desacuerdo entre padres, entre privados, con respecto a una decisión controvertida como puede ser la vacunación niño y así si, quizás sería judicializable, pero el abogado del niño, disuadir a los padres, para proteger al niño y disuadir estos desacuerdos.

Quiero dejar aclarado que estoy a favor de la no judicialización de temas y acciones culturales, ideológicos ni religiosos de los padres sobre los niños que solo perturban el crecimiento del niño.

Quizás, cualquier abogado de familia o cualquier abogado, debería ser ante todo y primero, abogado de niños, niñas y adolescentes. En caso de consulta de los padres, sobre el lugar de ellos mismos respecto del niño o sobre los niños sobre infracción de los derechos de los niños, es nuestra obligación y responsabilidad pensar en ellos, antes que en nadie, limitando nuestro trabajo a defenderlos, más allá de quien sea nuestro cliente.

Derechos vulnerados de los menores y adolescentes en casos de violencia doméstica y la necesidad de acceso a la justicia

Silvia Laura Duca[134]

1. Introducción

Resulta sorprendente la cantidad de niños, niñas y adolescentes que quedan inmersos en relaciones violentas de sus progenitores o familiares, los cuales ven truncos sus derechos fundamentales, y más aún cuando su opinión no es tenida en cuenta, o esta no se consigue mediante una evaluación realizada de forma tal que no atormente aún más su psiquis, la cual ya se encuentra flagelada.

Este artículo va a enfatizar en la violencia doméstica en la que se encuentra inmerso un niño, niña o adolescentes y la posibilidad de ser oído en un proceso judicial, lo cual resulta importantísimo sobre todo en esos casos, demostrando la desprotección que sufre un menor en la práctica judicial, dado que el derecho a ser oído pese a encontrarse constitucionalmente reconocido y preservar la representación integral de este, en la práctica no se lleva a cabo[135]; también cuando son testigos de violencia.

2. Menores en situación de violencia doméstica

Es importante reflexionar sobre un informe efectuado en virtud de los llamados recepcionados por la Línea 144 (línea telefónica creada para llevar a cabo denuncias de violencia doméstica), que da cuenta de las situaciones de violencia de los niños, niñas y adolescentes, en el período 2014-2015 surge lo siguiente: sobre la base de la persona que se comunica para denunciar, es relevante la presencia de familiares como confidentes de los niños, niñas y adolescentes; en más del 95% de los casos, quienes ejerzan violencia contra los niños, niñas o adolescentes son personas adultas del entorno familiar y afectivo en aquellos menores de 12 años. Por esta razón se encuadra

134 Abogada, UBA.

135 Bringiotti, M.I.,Crisis económica y Violencia familiar, Revista de la Asociación Argentina de Prevención de la Violencia Familiar, 8-9, Año 2, Nro 6, mayo de 1999.

dentro de la modalidad de violencia doméstica. En este sentido, es destacable el hecho de que esos adultos sean los cuidadores de esos niños.[136]

Resulta un desafío para la justicia argentina lograr erradicar las violencias contra niños, niñas y adolescentes en los distintos ámbitos donde se desarrollan. El 70% de los niños de 2 a 17 años fueron sometidos a algún tipo de violencia (física, psicológica o sexual) y casi la mitad, 46,4%, de los padres y madres reconocen que recurren a la violencia física como medida disciplinaria, de acuerdo con La violencia contra niños, niñas y adolescentes en el ámbito del hogar.[137]

3. Acceso del niño, niña y adolescente a la justicia. Derecho del niño a ser oído

El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado es uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño (el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y desarrollo y el interés superior del niño). El artículo 12 de la Convención, en el párrafo uno, garantiza a todo niño que esté en condiciones de formar un juicio propio a expresar su opinión libremente, mientras que el párrafo segundo otorga al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

En la Observación General número doce del Comité de los Derechos del Niño (2009) referente al derecho del niño a ser escuchado, realiza un análisis literal del artículo 12, del cual me gustaría tomar algunos elementos:

- Que los Estados partes "garanticen" el derecho del niño o niña a expresar su opinión libremente, significa que tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias con el fin de respetar este derecho de los niños; la obligación no solo se compone de asegurar los mecanismos para recabar la opinión del niño, en los asuntos que lo afecten sino que, incluye la obligación de tomar en cuenta la opinión que emita.
- Los niños no son incapaces de expresar sus opiniones, por lo que debe entenderse el "que esté en condiciones de formarse un juicio propio", no como un límite a la edad para ejercer el derecho, sino que el Estado debe evaluar la capacidad del niño o niña de formarse una opinión de acuerdo con su edad, inclu-

136 Informes Línea 144. Año 2014-15.

137 Análisis de la Encuesta de Condiciones de Vida efectuada por Unicef (2018).

yendo el reconocimiento y utilización de formas no verbales de comunicación (juego, expresión corporal, dibujo y pintura) desde muy pequeños los niños tienen y pueden expresar su opinión. Esta opinión no requiere de un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos o consecuencias, sino una comprensión suficiente del asunto que se trata. Además el Estado debe garantizar que todos los niños, por igual sin importar discapacidad, puedan formarse una opinión y emitirla libremente.

- Sobre expresar y emitir la opinión libremente el Comité señala que, "libremente" debe ser entendido a que el niño o niña pueden expresar sus opiniones sin presión y decidir si quieren o no ejercer su derecho. Significa que el niño no puede ser manipulado, su opinión debe ser propia y no la opinión de otros. Para que esa opinión sea propia, el niño debe estar informado de los asuntos, las opciones, las decisiones que puedan tomarse y las consecuencias de estas y son los progenitores o los responsables quienes deben informar al niño para que este ejerza efectivamente su derecho al omitir su opinión.
- Los asuntos que afectan al niño, es un concepto amplio, y significa que el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta. No está limitada la lista de asuntos que los afecten, pero concluye el Comité que "Los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones".
- El derecho no se respeta solo con la escucha del niño, incluye la obligación de tener "debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". La edad del niño no puede determinarse ni igualarse a todos los niños, existen distintos niveles de comprensión, estos varían no por la edad biológica exclusivamente, sino que la información, experiencia, la cultural y el nivel de apoyo familiar influyen en el desarrollo de la capacidad del niño. Mientras que la madurez es "la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño". En la madurez debe considerarse la evolución de las facultades del niño y la dirección y orientación que los progenitores o cuidadores le ofrecen en el hogar.[138]

138 Observación General número doce del Comité de los Derechos del Niño (2009) Artículo 12.

En el segundo párrafo del artículo 12 CDN, hace referencia a que el niño debe ser escuchado en todo procedimiento judicial y administrativo, siempre que le afecte. Estos procesos pueden ser iniciados propiamente por el niño, o por conflictos de terceros cuya resolución afecte a un niño, ejemplos: la separación de los padres, la guarda y cuidado personal o la adopción. Esta obligación requiere la capacitación de las autoridades que escuchara a los niños, niñas y adolescentes; la creación de espacios adecuados, adaptados a las necesidades propias de la niñez.

Así mismo el artículo determina que la opinión del niño puede ser personalmente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, siempre que conozca la opinión y represente exclusivamente sus intereses; esta representación debe estar en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional, es decir al igual que otro ciudadano la ley protege el derecho de defensa y de acceso a la justicia del niño, niña y adolescente.[139]

Ahora considero relevante poder replantear que si bien el derecho a opinar y ser oído se impuso desde el año 1994, los tribunales argentinos, en su práctica judicial, no tienen uniformidad de criterios en cuanto a las formas, la oportunidad y las condiciones procesales de llevar a cabo el acto de oír a los niños, niñas y adolescentes. Mucho menos cómo se implementa la figura del Abogado del Niño[140] y la determinación de su rol en el proceso judicial. Bien es sabido, lo complejo que resulta para el abogado poder llevar a cabo un proceso en el cual se considere el menor como sujeto de derecho, otorgándole el derecho a ser oído, con lo cual la falta de un criterio uniforme en el ámbito judicial genera una desprotección a derechos fundamentales y reconocidos que posee el niño, niña y adolescentes.

Muchas veces las medidas tomadas por los tribunales a *prima facie* en pro del resguardo del menor termina perjudicándolos, por el simple hecho de no ser oídos, en los procesos de violencia familiar, una de las medidas protectorias más implementadas por los juzgados, resulta ser la restricción perimetral hacia la persona violenta, lo cual no cuestiono, amén de que la mayoría de las veces esta no es respetada y pocas veces hay un control real porque esto no suceda. Durante el lapso que dura la medida otorgada, son escasos los casos, por no decir nulos, en los cuales los cuales el juzgado realiza una

139 "El derecho del niño a ser escuchado y la obligación del juzgador de escucharlo" Publicado en la *Revista Jurídica Digital "Enfoque Jurídico"* el 10 de febrero de 2016.

140 Ley N° 14568. Sancionada el 27 de noviembre de 2013.

evaluación pormenorizada respecto al estado psicológico del menor, condiciones de vida, mucho menos se lo cita para que sea escuchado.

4. Abogado del niño

Desde el año 2005, en las leyes de la República Argentina, con la publicación de la Ley 26.061, y con ella la instauración del Sistema de Protección Integral a niños, niñas y adolescentes, irrumpió un nuevo modelo para abordar los conflictos que los involucran, dado que se incorpora la figura del abogado del niño.

Nuestra legislación adopta la figura del abogado del niño, mediante tres normas, el Art. 12 de la Convención de Derechos del Niño[141] (incorporada a la Constitución Nacional desde 1994), el Art. 27 de la Ley 26061[142], y el Art. 26 del Código Civil y Comercial Común.[143] A partir de allí, el Estado argentino ratifica el derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procesos que los involucra (aun en contra de sus padres) por medio de su abogado o abogada. Lo que implica la garantía del "debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio".[144]

La figura del Abogado del Niño es de gran utilidad para la materialización del paradigma de la niñez, en tanto sujetos activos de derechos, constructores de su propia ciudadanía, surgiendo así como el garante del ejercicio de los derechos de la infancia y adolescencia.

---

141 Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

143 ARTÍCULO 26. -Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y herre suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

144 Organización de los Estados Americanos, 1969.

Considerando la protección integral del menor, me resulta casi imposible imaginar llevar adelante un proceso considerando cual sería el mejor interés para el niño, niña y adolescente sin escucharlo, de hecho considero que el hacer caso omiso a la opinión del menor es un constante que no solo se da en la vida judicial, sino en la cotidianeidad, lo cual me lleva a reflexionar en lo preocupante que es tomar decisiones sin prestar atención a las necesidades de los más pequeños. En la misma línea, Aida Kemelmajer de Carlucci[145] afirma que el niño es titular de derechos propios, que puede ejercer aún contra sus padres, porque hoy se le concede al niño "un lugar" distinto, diferente pero no menos respetable que el del adulto. Y en consecuencia, si el menor es sujeto de derechos y no objeto de este, es la justicia la que debe aproximar a la realidad lo que prometen las normas constitucionales al niño, ya que las decisiones judiciales cumplen una función docente al emitir un mensaje a la sociedad.

Hay en la actualidad distintas posiciones que se esgrimen en la jurisprudencia y en la doctrina sobre la intervención del abogado del niño en lo que hace a la defensa técnica jurídica de los niños, las que me parece pertinente describir a los fines de contar con un panorama actualizado en lo que respecta a la designación del abogado del niño; aunque tanto en el artículo como en mi opinión enfatizo la importancia de la intervención de este y la incidencia de dicho profesional para la efectiva participación activa del niño en un proceso judicial. En primer lugar existe la postura de Corte Suprema de Justicia Nacional en donde la designación de abogado de niño depende de la edad y esta es a partir de los 14 años; La citada es una posición sostenida por la Corte Suprema de la Nación, la cual se observa análoga en dos fallos que enunciaré: uno de ellos es el precedente "M.G. v. P., C.A. s/ recurso de hecho, en donde la Corte Suprema de la Nación resolvió que el pedido de una niña menor de 14 años de ser tenida por parte en el juicio donde se debate su tenencia, la designación y remoción de un letrado patrocinante y el pedido de actuación por derecho son improcedentes, pues las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores, tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26061 de Protección integral de los Derechos del niño, niña y adolescentes. Es por ello que de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos y no pueden realizar por sí mis-

145 Kemalmager de Carlucci, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*; "Derecho privado en la reforma constitucional", Rubinzal Culzoni Editores, pág. 177.

mos actos jurídicos. Esta postura se reitera en los autos: "P.G.M y P., C.L. s/ protección de persona", de fecha 27/11/2012. El reconocido Dr. Jáuregui,[146] al respecto, entiende que la interpretación de la Corte Suprema agrega un requisito no previsto por la ley 26061, ya que el abogado del niño intervendría solo en determinados supuestos. Parecería que tal cuestión dependería circunstancialmente de las particularidades fácticas que cada caso presente en orden a las dificultades o complejidades. Ello es así ya que el mentado inciso c del Art. 27 no condiciona la garantía de manera alguna al requisito de que el juez la considere procedente. Por el contrario lo manda imperativamente y en forma contundente sin admitir dilaciones de ningún tipo a garantizarla desde el inicio en todo proceso que lo "incluya". Expresa el autor: "el sinuoso temperamento interpretativo de la Corte Suprema, que desestima la literalidad de la norma, aparecería reñido con la seguridad jurídica. Así pues, deja al discrecional criterio judicial la conveniencia o inconveniencia de designar abogado del niño en un caso determinado para los menores impúberes, rozando en ese aspecto el superado esquema tutelar, en franca resistente retirada". El jurista citado concluye que no cree correcta esta postura, dado que confunde la imposibilidad de elegir por derecho propio un abogado, con el derecho de estar asistido con una adecuada defensa técnica jurídica.

Otra opinión, la cual sigue mi lineamiento de ideas, como segunda posición considera la "designación de abogado de niño a toda edad": aquí se sostiene que la Convención sobre los derechos del niño supedita la participación procesal de los niños a su capacidad progresiva y la ley 26061 no establece límite de edad; por lo cual cualquiera que fuese la edad del niño tiene derecho a una defensa técnica. Asimismo, entiende que tampoco es necesario que exista conflicto entre sus progenitores, es decir, que "siempre que se encuentre en juego intereses de los menores de edad deber contar con patrocinio letrado".[147] Los que sostenemos esta posición entendemos que si el Código Civil no reconoce derechos que la convención y la ley 26061 si lo hacen de modo evidente, estos derechos deber ser respetados en forma irrestricta, por una cuestión elemental de jerarquía de las normas. Entendiéndose que por la ley 26061 se reconoce el derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso ad-

146 Jauregui, Rodolfo G., "La Corte Suprema y un fallo que deja dudas a propósito de la intervención del abogado del niño," DF y P 2012, (noviembre), pág. 271.

147 Bigliardi, Karina A., "El abogado del Niño", Buenos Aires, La Ley, noviembre 2015, año 22, número 10, pág. 1067/1068.

ministrativo o judicial a un abogado, independientemente de la edad del menor. Caber agregar que el Art. 27, en ninguna de sus disposiciones, limita la procedencia del abogado de confianza a la existencia de intereses contrapuestos con sus padres. Muy por el contrario, hace mención a este derecho en todo el proceso –sin ningún tipo de distinción que incluya niño/adolescente. Para la Dra. Rodríguez Laura, la fórmula elegida por el Código Civil y Comercial en su Art. 26 intenta, independientemente de las dificultades prácticas, receptar la noción de capacidad progresiva, contemplada en el Art. 5 de la Convención sobre los Derechos del niño, que es para la Argentina un piso mínimo de reconocimiento de derechos; pero implica un serio retroceso con relación al Art. 27 de la ley 26061 que reconoce más garantías a los niños, niñas y adolescentes, superando el piso de reconocimiento de la Convención citada.

Pero considero de suma necesidad, en este punto del artículo, cuestionarnos si en la práctica, se le otorga a los niños niñas y adolescentes la posibilidad real de representación legal mediante un profesional idóneo como lo es el Abogado del Niño, con lo cual es fundamental para arribar una conclusión empírica conocer los datos, para esto tomamos en cuenta el informe de efectuado desde abril de 2014 hasta abril 2017, en materias civiles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde el menor podría tener injerencia, de 15.377 causas ingresadas , por mesa de entrada en fuero de familia, solo en 17 causas el niño, niña y adolescente tuvo posibilidad de ser representado por un letrado.

Para concluir considero que según los resultados obtenidos se observó que las garantías procesales establecidas en el Art. 12 de la Convención de Derechos del Niño y sus concordantes normas nacionales, se cumplen de forma parcial por no decir nula, dado que se aplica el derecho del menor a ser oído según el criterio del Juez o la Jueza que entienda en la causa, con lo cual queda a criterio del tribunal la intervención que tendrá el niño o niña en el proceso conjuntamente con su abogado, de permitirse obviamente la figura del abogado del niño. Por lo tanto, el acceso a la justicia para la infancia y la adolescencia, sigue siendo una deuda que tenemos con este y un desafío de modelo para armar entre todos los (adultos) operadores del sistema judicial. Aunque el paradigma para la infancia y la adolescencia hayan cambiado sustancialmente aún hoy cuesta visibilizar a los niños, niñas y adolescentes como sujeto activo de derechos.

5. Conclusión

Resulta un desafío para la justicia, contar con un marco de contención para esa niña, niño o adolescente que ha sufrido violencia o que debe hacer valer su derecho a ser oído, pero considero fundamental contar con herramientas claras y homogéneas para no caer en medidas discrecionales según el juez que entienda en el caso.

Debemos tomar como punto de inflexión para posibles decisorios la opinión del menor como sujetos plenos de derecho, dado que de no hacerlo solo obtendremos fallos judiciales con consecuencias que cavaran en lo hondo de la vida y de las relaciones afectivas de este.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida fundamentalmente en cuenta en todo procedimiento judicial que los afecte es un principio general que pareciera, o mejor dicho debiera ser conocido por todos. Si bien desde el punto de vista teórico-normativo es indudable que la escucha de los niños está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento legal, en el nivel de las prácticas concretas se presentan situaciones distintas y se plantean diferentes interrogantes relativos a las modalidades en que los agentes judiciales deben garantizar ese derecho, y también a la manera en que unos y otros los interpretan.

En particular en los juicios de familia en los que los niños carecen de la calidad de "parte" el respeto del derecho de los niños y niñas a ser escuchados y a la debida consideración de su opinión, abre un abanico de cuestiones vinculadas a las condiciones, carácter, modalidades y oportunidad procesal del acto dirigido a oír la opinión del niño. Las principales modalidades que adquiere el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en el marco de un proceso judicial, se visualiza mediante sus dos expresiones: el derecho del niño a ser oído y a contar con la asistencia y patrocinio de un letrado de su confianza.

El sistema de justicia juvenil no está alineado con los estándares internacionales, lo que contribuye a altos niveles de discrecionalidad en las medidas tomadas que afectan a adolescentes, siendo estas muchas veces ineficaces para lograr los objetivos educativos y de reintegración que debe tener todo sistema de justicia especializada en esta población.

Los niños, niñas y adolescentes en la práctica no poseen la real oportunidad de ser oídos o representados por un abogado que haga escuchar sus derechos, sino que las medidas para ellos suelen ser tomadas sin previo análisis al menor, incluso careciendo de evaluaciones psicológicas, realizadas por profesionales capacitados para

realizarlas. En muchas situaciones en las que es el propio progenitor no conviviente quien imparte violencia contra su propio hijo, una vez que el plazo interpuesto en un proceso de violencia familiar finaliza, retoma el vínculo paterno/materno-filial con el menor, sin que la justicia se inmiscuya en el trasfondo que se vive en dicha relación, pocas veces se realiza una evaluación pormenorizada e incluso jamás considerando la edad y grado de conocimiento, se escucha su opinión respecto a la situación vivida y sobre la base de eso evaluar si es seguro que revea a la persona que posiblemente violente de cualquiera de las formas detalladas a marras a esa criatura. Así mismo existe también la manipulación a los niños, niñas y adolescentes, lo cual vemos en reiterados procesos, donde se quita al menor de su vida cotidiana con denuncias carentes de hechos empíricos reales por la mera necesidad de un adulto que se ensaña con criar a esa criatura, considerando que lo hará incluso mejor que sus propios padres, siendo que ese niño, niña o adolescente, al no ser oído, no puede expresar si realmente fue violentado como se alega e incluso su voluntad de vivir con ese familiar que no es del entorno íntimo, e incluso en muchas circunstancias se le cambia por completo el status de vida, cambiándolo no solo de hogar, sino de barrio, lo cual repercute en su entorno de amigos, más aun si incluso esto conlleva a cambio de colegio, privación de actividades extracurriculares que lleva a cabo diariamente en donde el menor genera un núcleo de amistades en el cual se siente cómodo y contenido.

Igualmente considero que el foco de análisis no debe centrarse tan solo en quien habla, sino en el que escucha. Ello requiere de un mayor y profundo análisis de las condiciones del sistema, las implicancias del factor tiempo y de la competencia de los operadores jurídicos para facilitar el acceso de los niños a ver satisfecho su "derecho a ser oídos", y que este no se torne solamente en la obligación de ser escuchados en una única audiencia con el juez. Siguiendo con esta línea de ideas, creo fundamental enfatizar que la reflexión sobre las condiciones en que se realiza la escucha debe incluir prioritariamente el debate respecto de las formas en que la escucha debe implementarse garantizando las debidas medidas de resguardo a la privacidad e integridad física y/o emocional de los niños, niñas y adolescentes y por último se debe trabajar en pos de establecer criterios y/o pautas mínimas que detenten cierta homogeneidad en cuanto a la determinación de la participación, rol de los niños y respecto del peso que se le debe dar a sus deseos y sentimientos como parte esencial de la decisión.

Siguiendo con esta línea de ideas, enfatizo que el compromiso de quien sea designado abogado del niño debe tener en su rol y la responsabilidad como profesional especializado que posee genera la necesidad de una capacitación constante y específica de este. En tal sentido considero esencial incorporar a las prácticas profesionales capacitación periódica que adecue el modo de la defensa técnica jurídica especializada en los niños a los fines del efectivo ejercicio de sus derechos en el marco de un proceso judicial, con una escucha responsable que como patrocinante letrado les amerita a todas las personas menores de edad.

La especialidad del abogado del niño en materia de niñez resulta vital por la incidencia en la responsabilidad que como profesional del fuero tiene en su intervención. Concluyo que es importante y tiene incidencia la intervención del abogado del niño en el proceso judicial para una participación activa y legitima de una persona menor de edad. Que en el contexto actual y el ordenamiento jurídico argentino la implementación de la figura analizada es una realidad que no se puede ignorar.

6. Bibliografía

Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. (2.000), *Manual de Derecho de Familia*, (5ta. edición actualizada, 2da. reimpresión), Buenos Aires, Astrea.

Bringiotti, M.I., "Problemas de Investigación sobre Maltrato Infantil en Argentina", *Revista de la Asociación Argentina de Prevención de la Violencia Familiar*, 12 - 15, Año 1, Nro. 3, verano de 1998.

Bringiotti, M.I., "Niños maltratados: 'alumnos problemas'", *Revista Ensayos y Experiencias*, Año VII, Nro. 32, 42-49, Bs. As., Ediciones Novedades Educativas, Número dedicado a Problemáticas de la Infancia. Marzo 2000.

Bringiotti, M.I., "Un problema cotidiano: los niños maltratados", *Revista Docentes Protagonistas*, Año 1, Nro. 5, 8-9, Mar del Plata, octubre/noviembre 2002.

Bringiotti, M.I. y Lamberti, S. (Compiladores) *Evaluando acciones. Impulsando proyectos*, Bs. As., Ediciones El Aleph y ASAPMI-Asociación Argentina para la Prevención del Maltrato Infantojuvenil, 2002, p. 190.

Bigliardi, Karina A., "El abogado del Niño", Buenos Aires, La Ley, noviembre 2015, año 22, número 10, pág. 1066/1067.

Cillero Bruñol, Miguel, (2001), "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva, Justicia y Derechos del Niño", n°3, Buenos Aires, UNICEF

Faroni, Fabián Eduardo (2011), "La voluntad de las niñas, niños y adolescentes en la determinación del régimen de comunicación", *Revista Interdis-*

ciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia - Derecho de Familia, julio de 2011 (50), (pp. 175-194), Buenos Aires, Abeledo Perrot.

García Méndez, Emilio (comp.) (2008), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, (2° edición) corregida, aumentada y actualizada, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, (2012), *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia*. Comentada Anotada y Concordada, Buenos Aires, Ediar.

Herrera, Natalia S., "La participación del niño en el proceso a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el proyecto del Código Civil", DF y P 2015, (abril), 06/04/2015.

Moreno, Gustavo D. (2012), "La edad del niño para estar en juicio con un abogado propio", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia - Derecho de Familia*, diciembre de 2012 (6), (pp. 49-60), Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Solari, Néstor, "Derechos de las Familias".

Jurisprudencia

M., G. c/ P., C. A. (M. 394. XLIV – 26/06/2012) Tenencia – Capacidad para estar en juicio – Menores

P. G. M. y P. C. L. s/ Protección de Personas (27 de Noviembre de 2012) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¿La mediación es un espacio propicio para los adolescentes y sus problemáticas parentales?

María Belén Ferrari[148] *y Silvana A. Rodríguez Musso*[149]

1. Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y a partir del año 1994 nuestro derecho constitucional, principalmente con la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño y toda la normativa internacional convencional dictada en consecuencia.

El Código Civil y Comercial Argentino establece el principio de autonomía progresiva de estos sujetos priorizando su grado de desarrollo y madurez por sobre criterios rígidos de edad. Se les reconoce el derecho a participar y ser oídos en cualquier proceso administrativo o judicial que los involucre priorizando su interés superior.

Como sujetos vulnerables, las Reglas de Brasilia prevén la especial protección que se les debe otorgar para garantizarles el acceso a la justicia, teniendo en cuenta su edad y desarrollo integral. La mediación es un medio propicio para ello, un sistema alternativo de resolución de conflictos. Es, por ello, que nos cuestionamos a través de nuestras propias prácticas si se aplican los principios proclamados de escucha y participación de niñas, niños y adolescentes, centrándonos en estos últimos.

Nos proponemos en el presente indagar sobre el acceso a la justicia de los adolescentes en el ámbito de la mediación. En particular, en los temas referentes a cuidados parentales donde la situación involucra a dos sujetos vulnerables, el adolescente progenitor/a y su hijo/a.

148 Abogada, maestranda de la Maestría de Derecho Civil.

149 Abogada, Mediadora, Especialista en Dcho de Daños y Contratos (U.N. Comahue, 2000); Especialista en Derecho Público (U.N. Cordoba 2008); Cursadas Finalizadas y Aprobadas, pendiente tesis final: I) Postgrado en Dcho. de Familia (U.N. La Plata), II) Diplomatura en Dcho. de la Niñez (UNLPam). Maestranda en Maestría de Dcho Civil, UNLPam. Docente: Profesora Adjunta Interina con dedicación simple en "Derecho de las Familias" UNLPam (2018-actualidad) y Taller de Mediación, Negociación y de Resolución de Conflictos (2020). Investigadora en Proyecto: Profesiones Jurídicas: Impacto de las Relaciones de Género, Roles Familiares y Cuidados en las Estrategias de Inserción Profesional de Abogados/as en Santa Rosa (Dir. Zaikoski. UNLPam).

Ello limitado a la Primera Circunscripción de la provincia de La Pampa tomando las estadísticas del Centro Público de Mediación Judicial y las propias experiencias en la materia como abogadas de parte.

Asimismo, el presente es la continuación de trabajos anteriores focalizados en la escasa o nula participación de niñas y niños en temas de cuidados parentales que resuelven sus progenitores.

2. Referencia a la temática

La incorporación de los tratados y convenciones de derechos a partir de la reforma constitucional del año 1994 han implicado una nueva mirada y abordaje en los temas de niñez y adolescencia.

La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos. Así, los instrumentos de derechos humanos —con jerarquía constitucional desde 1994— han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. Esto ha dado lugar al conocido "derecho civil constitucionalizado" o, en palabras de Mosset Iturraspe, a una suerte de "publicización del derecho privado".[150]

En este marco, signado por la internalización de los derechos humanos y la consecuente complejización del derecho constitucional, donde nacen y se desarrollan conceptos como el de "constitucionalización", "humanización" o "universalización del derecho de familia (…) todo el derecho, como construcción estatal que es, está sujeto, al igual que todas las relaciones que regula, a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella".[151]

En el año 1990 la Argentina ratifica la Convención de los Derechos del Niño a través de la Ley 23849 y luego en el año 1994 se reafirma la posición argentina incorporando a nuestra Constitución los instrumentos de derecho Internacional.

La Convención viene entonces a producir el quiebre de los conceptos, la normatividad y los procesos en general imperantes en materia de niñez.

Beloff M. asiente: "(…) Entre otras razones por ello podemos afirmar que la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 20/11/1989, en el marco de la Asamblea General de la ONU, constituye un hito fundamental en el reconocimiento de los derechos

150 Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (Vol. Tomo I),* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, INFOJUS, p.6.

151 Gil Domínguez, A., Fama, Ma. V. y Herrera, M. (2006), *Derecho Constitucional de Familia (Vol. Tomo I),* Buenos Aires, Ediar, pp. 3-4.

humanos de la niñez. Y decimos entre otras razones, porque el valor fundamental de la Convención radica en que inaugura una nueva relación entre el derecho y los niños, relación que se conoce como modelo o paradigma de la "protección integral de derechos".[152]

"La Convención es entonces: el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado".[153]

Bertole y Torroba expresan: "Este cambio revolucionario e integral viene a poner de relieve principalmente a la niña, el niño y al adolescente como verdaderos sujetos de derechos".[154]

Dentro de la implicancia de ser verdaderos sujetos de derechos, cobra vital importancia el concepto de interés superior y la debida participación de las niñas, niños y adolescentes en todos los asuntos que los afecten y que su opinión sea tenida en cuenta.

La Corte Interamericana desarrolló el concepto de interés superior al igual que la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

"Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención de los Derechos del Niño".[155]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho al respecto: "el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (conf. Fallos 328:2870; 331:2047, entre otros)…". [156]

---

152 Gil Domínguez, A., y otros, Ob. Cit., p. 536.

153 Beloff, M. (1999). *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar,* Santiago de Chile, Justicia y Derechos del Niño – UNICEF, p.9.

154 Bertole, C. y Torroba, E. (2017). "Tendencias Jurisprudenciales sobre el interés superior del niño en la provincia de La Pampa: semblante de un estado de esquizofrenia jurídica". En C. Bertole, y L. Colombato, *La incorporación de nuevos sujetos y nuevos derechos humanos en La Pampa* (1994-2013). Santa Rosa, EdUNLPam, p.18.

155 Corte Interamericana de Derechos Humanos, C*ondición Jurídica y Derechos Humanos del niño (VII párr. 56),* opinión consultiva, OC-17/2002 San José, Costa Rica, 28 de agosto de 2002.

156 S. G. M. vs. B. T. G. M. s. Medidas precautorias - Incidente /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala M; 14-07-2016; Rubinzal Online; RC J 5509/16.

El Comité de los Derechos del Niño elabora en el año 2013 la Observación General N° 14, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" otorgando luz al concepto.

A través de la Observación se establece que el interés superior del niño es un concepto triple que acoge un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento (párrafo 6).

La observación vino a dar luz respecto a la imprecisión del concepto. Así el mentado interés superior debe desentrañarse en el caso concreto considerando dos etapas: la evaluación y la determinación. A su vez, uno de los elementos a tener en cuenta para la evaluación es la opinión del niño (párrafo 53).

De la mano de este principio se erige otro de los pilares básicos del nuevo paradigma en niñez y adolescencia, como es la debida participación que se le debe otorgar a las niñas, los niños y adolescentes, en todo asunto que las y los afecte.

Una correcta evaluación del interés superior en el caso preciso (solo así se respeta la individualidad como sujeto de derechos) implica necesariamente la participación de la niña, el niño o el adolescente involucrado (directa o indirectamente).

Es por ello que la mediación como método alternativo de resolución de los conflictos familiares (ejercicio de la responsabilidad parental, cuidado personal, sistema comunicacional, alimentos) se vislumbra como un espacio apropiado para el ejercicio de los derechos de este grupo de sujetos.

Esto guarda estrecha relación con el debido acceso a la justicia entendida como solución justa y no como el mero "acceso a la justicia" como sistema judicial.

El derecho a una solución –pacífica en lo posible– es un derecho humano básico fundamental que en un sistema legal igualitario que pretenda garantizarlos y no solo proclamarlos requiere que los conflictos sean resueltos adecuada y oportunamente.

La mediación es un proceso en el que existe autocomposición de las partes en conflicto implicando esta actividad que el eventual acuerdo al que lleguen es diseñado exclusivamente por ellos conforme las mejores alternativas en sus trayectorias familiares y en sus contextos actuales responsabilizándose por la decisión.

Por ello, en los procesos familiares o relativos a los cuidados, la mediación se acrecienta como una herramienta fundamental en tanto, tratándose de personas o grupos de ellas relacionadas por víncu-

los y emociones, sus principios colaboran para mantener incólumes dichas relaciones. Se propone un trabajo de diálogo, en igualdad de condiciones y en pos de arribar a uno o varios acuerdos que faciliten la comunicación entre las partes y que estas puedan organizar las cuestiones esenciales a los cuidados hacia el futuro.

Por su parte, la característica de informalidad del proceso (sumada esta a los principios de voluntariedad, inmediatez, neutralidad, imparcialidad, rapidez, menores costos y confidencialidad), crea un contexto más propicio para una debida participación de las niñas, los niños y los adolescentes conforme establece la recomendación del Comité de los Derechos del Niño (párrafo 23 de la Observación N°14).

En este contexto, se erige como espacio propicio para dialogar y eventualmente convenir cuando los involucrados son progenitores adolescentes cuyos conflictos versan en cuestiones parenterales.

(…) Al respecto, Cecilia Grosman ha señalado: "la trayectoria democrática en el cuidado de la familia comienza a perfilarse bajo dos formas: en una, la idea a consenso, que aparece como un valor central en la familia moderna, trae aparejada la negociación y el acuerdo como modo de componer los conflictos familiares; en la otra, se revela una mayor preocupación por asegurar los derechos fundamentales de quienes componen el núcleo familiar".[157]

El Comité concluye que la realización del derecho a ser escuchado de niños, niñas y adolescentes es una obligación para los Estados cuyo objetivo hace necesario desmantelar barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños, las niñas y los adolescentes sean escuchados y el acceso a la participación en todos los asuntos que los afecten (párrafo 135).

3. Normativa específica

3.1. El artículo 12 de la Convención de los derechos del Niño establece:

"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

157 Gil Dominguez, A., y otros Ob. Cit., p. 523.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

En el año 2009 el Comité de los derechos del Niño dicta la Observación General Nº12 expresando que el art. 12 es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos, reafirmando la condición jurídica y social de las niñas, los niños y los adolescentes, que por un lado carecen de la plena autonomía del adulto pero por el otro, son sujetos de derecho.

Así, la Observación determina que el artículo expresa dos supuestos distintos pero interrelacionados: por un lado y de manera general, se garantiza a todo niño, niña y adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, debiendo tenerse en cuenta su opinión en función de su edad y madurez; y, por otro lado, de modo más específico, el derecho a ser escuchado, en todo procedimiento judicial y administrativo que lo afecte (Párrafo 1 y 2).

Esta prerrogativa constituye una herramienta fundamental para lograr percibir sus necesidades, deseos e intereses y poder protegerlos de manera integral. Paralelamente, este derecho debe ser ejercido en condiciones de igualdad y no discriminación, con lo cual, corresponde al Estado adoptar las medidas y ajustes razonables para equilibrar la situación de niñas y niños vulnerables y así garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior".[158]

3.2. Análisis jurídico del art. 12

Los Estados partes tienen la clara obligación jurídica de reconocer el derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño, niña o adolescente y teniéndolas en cuenta. Del mismo modo se debe proporcionar la debida información para que estos puedan optar entre ejercer el derecho o no hacerlo (párrafo 15 y 16).

Primer párrafo:

La obligación de garantía de los Estados se compone de dos elementos fundamentales: asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño, la niña o el adolescente sobre todos los

158 Bertole, C. y Otro, Ob. Cit., p.29.

asuntos que los afecten y tener debidamente en cuenta esas opiniones (párrafo 19).

En primer lugar, que el niño, la niña o el adolescente "esté en condiciones de formarse juicio propio" no debe ser una limitación; al contrario, es obligación de los Estados partes evaluar la capacidad de estos para lograr una opinión autónoma, partiendo siempre de la noción de "capacidad" (párrafo 20).

El Comité hace hincapié en que la Convención no establece límite de edad alguna para el ejercicio del derecho de expresar su opinión (párrafo 21).

En segundo lugar, "el derecho de expresar su opinión libremente" significa que los niños, las niñas y los adolescentes puedan expresar sus opiniones sin presión y también optar si quieren o no ejercer su derecho de ser escuchados y escuchadas. "Libremente" no solo implica que no pueden ser presionados o manipulados al manifestar sus opiniones, sino que implica una noción intrínseca ligada a la perspectiva propia de la niña, el niño o el adolescente: tienen derecho a expresar sus "propias" opiniones y no las opiniones de los demás (párrafo 22).

El Comité también recomienda garantizar las condiciones que deben darse para la escucha, que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño, niña o adolescente, un entorno en el que se sientan seguros y respetados (párrafo 23), que no debe escucharse más veces que lo necesario y también evitar su participación cuando se trata de acontecimientos dañinos (párrafo 24).

El Comité realza la importancia y necesidad de informar adecuadamente a niñas, niños y adolescentes sobre los asuntos que se debaten, las opciones y las posibles consecuencias; ello es fundamental para emitir una opinión libre (párrafo 25).

En tercer lugar, en "todos los asuntos que lo afecten" significa que no hay límite alguno: en todo asunto.

En cuarto lugar, el Comité entiende que deben tenerse en cuenta las opiniones de las niñas, niños y adolescentes en función de su edad y madurez. Esto implica que debe ser evaluada su capacidad y analizarse seriamente sus opiniones a partir de que puedan formarse juicio propio (párrafo 28). Deja claro entonces que los niveles de comprensión de niñas, niños y adolescentes no van ligados a la edad biológica sino que se relacionan con su capacidad progresiva.

Segundo párrafo:

El Comité ratifica el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial y administrativo. "Ambos tipos de procedimiento pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación y el arbitraje" (párrafo 32). También aclara que se aplica tanto a procesos iniciados por el niño, la niña o los adolescentes o por otras personas que los afecten. También se recomienda todo el cuidado sobre el entorno y los operadores que intervienen en la escucha (párrafo 34).

Una vez que el niño, la niña o el adolescente haya decidido ser escuchado o escuchada, deberán resolver si lo hacen directamente o por intermedio de un representante o de un órgano apropiado (párrafo 35).

El Comité a través de sus párrafos 50 a 56 enumera los procesos civiles en los cuales debe ser incluido el derecho a ser escuchado aludiendo también a los procesos de mediación.

El Comité concluye que la realización del derecho a ser escuchado de niños, niñas y adolescentes es una obligación para los Estados cuyo objetivo hace necesario desmantelar barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños, las niñas y los adolescentes sean escuchados y el acceso a la participación en todos los asuntos que los afecten (párrafo 135).

3.3. Ámbito Nacional

En materia de legislación, la Argentina ha dictado en el año 2005 la Ley N°26061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes y su Decreto Reglamentario Nº 415 en el año 2006. Los artículos 2, 3, 24 y 27 recogen el derecho a ser escuchadas y escuchados.

El artículo 24 prevé expresamente el derecho a opinar y a ser oído. "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo".

El artículo 27 prevé garantías mínimas de procedimiento y entre ellas el derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte.

En la actualidad, todas las provincias han adherido a este nuevo régimen jurídico, entre las cuales La Pampa ha sido la última provincia en hacerlo, mediante el dictado de la Ley n°2703, del año 2013.

A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación (2015) ha receptado la regla de la capacidad en el ejercicio de los derechos (artículo 23) sin considerar la edad biológica estableciendo que será incapaz "la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo" (artículo 24).

A continuación, el Código (artículo 26) establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. "No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada" y que "La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona".

Este nuevo régimen de capacidad desecha la tradicional clasificación de capaces-incapaces y se fundamenta en el principio constitucional-convencional de la autonomía progresiva de los niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos.

Asimismo, promueve la participación de los niños y adolescentes en las decisiones relacionadas a su vida personal y si se quiere, obliga a prever el modo de resolver los conflictos que puedan suscitarse frente a la intervención u opinión de sus representantes. Para estos casos, se permite al niño o adolescente defender su posición con el auxilio de asistencia letrada y que mejor que lo haga un especialista en niñez y adolescencia.

El concepto de "adolescencia" no es un nuevo; estaba incluido en diferentes normas nacionales y también fue reconocido por muchas legislaciones extranjeras. En cambio, es una novedad el sentido jurídico con el cual se usa esta expresión. No funciona como un parámetro absoluto o infranqueable, sino como un presupuesto para reconocer la creciente autonomía de las personas que se encuentran en esta franja de edad. Pertenecer a la categoría jurídica de "adolescentes" permite presumir que ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender en sentido de su intervención. En este nuevo diseño, cobra relevancia el concepto de "competencia", que depende de la edad, pero muy especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de

su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto específico de que se trate, etc. Por eso, la competencia se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectiva y volitiva de la persona.[159]

Cobra aquí principal relevancia el concepto de "autonomía progresiva", la cual implica el derecho a asumir gradualmente y en función de las diferentes etapas del desarrollo evolutivo, un rol protagónico fundamental en las decisiones que contribuyen a su formación y al ejercicio de sus derechos.

En este sentido, se entiende que, a mayor madurez de la persona menor de edad, mayor será su participación; y como consecuencia de su mayor participación, menor será la intervención de su representante legal en los asuntos que lo afecten.

Por último, al regular los procesos de familia, en el artículo 707 el Código instituye: "… los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso". También establece en su artículo 706 la resolución pacífica de conflictos como principio rector en el proceso de familia.

Por lo expuesto, el marco jurídico internacional y nacional es amplio e interpela a su inmediata aplicación en todos los ámbitos que se desenvuelvan las niñas, los niños y los adolescentes, dándole plena efectividad al derecho a ser escuchados y la verdadera participación.

En conclusión, el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos posee raigambre constitucional y convencional y puede ser ejercido por estos sin importar la edad cronológica. A su vez, deben ser escuchados en todo proceso que los afecte.

El solo hecho de ser adolescente es una condición de vulnerabilidad que implica de por sí que no se encuentre en igualdad de condiciones en relación con otros sujetos. Es por ello que merecen una especial protección y garantías adecuadas para un real acceso a justicia más aun cuando el propio adolescente es progenitor y se enfrenta a temas de cuidados parentales de sus propios hijo/as también menores de edad.

Para lograr ello, el adolescente tiene que tener conocimiento de sus derechos y de la posibilidad de ejercerlos por sí mismo sin la ne-

159 Kemelmajer de Carlucci, Aida, Molina de Juan, Mariel F. (2015) "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial". Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre), 3. Cita Online: AR/DOC/3850/2015.

cesidad de la tutela de sus progenitores o tutores. Tiene que conocer y comprender conforme su grado de madurez de qué y cuáles derechos dispone y de qué manera puede ejercerlos. El conocimiento lo va adquirir primeramente mediante la educación, entendida esta no solo como la incorporación de contenidos que se dan en una escuela, sino como el desarrollo de un conjunto de habilidades para la vida y para una participación activa y racional en la sociedad como sujetos de ella.

El conocimiento da poder, si el adolescente lo tiene se encontrará mejor posicionado para lograr el ejercicio de su derechos y el acceso a la justicia. Pero con el conocimiento solo no basta, debe existir por parte de los organismos y en particular del poder judicial una adecuación en los procedimientos, los cuales sean más accesibles y acordes a la realidad de los adolescentes. Hay cuestiones simples que se pueden modificar, el dictar una sentencia con un lenguaje sencillo, el comunicarse con el adolescente mediantes medios tecnológicos o redes sociales que son más cercanos que una notificación formal, el generar audiencias en lugares que le sean conocidos y cómodos que generen un espacio donde el adolecente puede expresarse, etc.

Los funcionarios y agentes de la justicia tienen la obligación de lograr que efectivamente su cumpla con la protección integral de estos sujetos y por lo tanto con un real acceso a la justicia de ellos. No solo se debe interpretar y hacer una aplicación rígida de las normas sino adecuarlas, buscar soluciones, alternativas, estrategias que en los hechos lleven a un pleno ejercicio de sus capacidades y no haya restricciones injustificadas. El adolescente no debe encontrar limitaciones u obstáculos para acceder a la justicia y hacer valer sus intereses. Los operadores jurídicos también tenemos la obligación de adaptarnos y colaborar en la desconstrucción de viejos paradigmas.

4. Acceso a Justicia y mediación como alternativa de resolución de conflictos

Es Berizonce (tomando diversos y múltiples autores) quien claramente refleja en sus estudios en pos del activismo judicial el verdadero alcance del concepto de acceso a justicia.

"No ha podido pasar inadvertido a las pupilas más atentas que en el moderno Derecho Procesal, en la actual etapa de su evolución universal, la *efectividad en concreto del Servicio de la Justicia* (Cappelletti) es tema que –más allá de verbalismos retóricos– viene acaparando los esfuerzos de la doctrina (Montero Aroca), que se conjugan en torno a la necesidad de formular esquemas de *política jurisdic-*

cional adecuados para satisfacer las nuevas y crecientes exigencias de la sociedad que nos toca vivir (Cappelletti). Naturalmente sin abjurar ni despreciar –antes bien, lo contrario– las grandes conquistas y adelantos de la dogmática, sino *a partir de ellos* (Cappelletti) y con aprovechamiento fructífero de todas las notables construcciones, se torna a poner la mira en el *funcionamiento efectivo del Servicio* para abordarlo, tematizándolo mediante el análisis, la comparación y la búsqueda de soluciones encaminadas a dar respuestas prácticas y circunstanciadas que suponen, en suma, verdaderos y complejos programas de *política jurídica*. … Los grandes problemas condicionantes de la adecuada prestación de la Justicia han sido –desde siempre, y aún hoy– la *lentitud* de los procedimientos (Cappelletti) y la excesiva *onerosidad (Calamandrei, Capelletti, otros)*.[160]

La mediación como uno de los medios alternativos de resolución de conflictos o resolución alternativa de disputas, tiene estrecha relación con el acceso a la justicia; con una noción más amplia del concepto de justicia y responde a los dos problemas básicos planteados por el autor (tiempo de los procesos y onerosidad).

En este sentido Highton y Alvarez[161] sostienen: la RAD no solo tiene que ver con la descongestión de causas del sistema, sino con el grado de insatisfacción que los integrantes de la sociedad han manifestado al sentir que no tienen acceso a una solución justa de sus conflictos. Una cosa es "acceso a la justicia" (entendida como sistema judicial) y otra es "acceso a justicia" (entendida como solución justa)". "El interés de los métodos alternativos, especialmente la mediación, aparece de la mano con la búsqueda de la justicia" y en estricta relación con la justicia restauradora, esa Justicia que se hace cargo del daño y del sufrimiento intentando rehacer situaciones de acuerdo con las posibilidades de las partes.

También se entiende al acceso a la justicia como un derecho fundamental.

(…) el acceso efectivo a la justicia es el "derecho humano" más fundamental, el requisito básico en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizarlos y no solamente proclamarlos… implica no solamente que los ciudadanos puedan ejercer sus dere-

160 Berizonce, Roberto Omar, (1999), *El funcionamiento en concreto del servicio de la justicia; necesidad de investigaciones empíricas,* Buenos Aires, Abeledo Perrot. Publicado en Morello A.M., Berizonce R.O., Hitters J.C. y Nogueira C.A., La Justicia entre dos épocas, La Plata, LEP, 1983, pp. 111-132.

161 Highton Elena y Álvarez, Gladys, (1995), *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, Ad Hoc, p.35.

chos, sino, además, que sus conflictos sean solucionados adecuada y oportunamente.[162]

De acuerdo con el mapa sobre acceso a la justicia informado por la Corte Suprema de Justicia[163], a la fecha, todas las provincias en la Argentina –a excepción de La Rioja– poseen algún sistema de mediación, con distintas denominaciones, oficinas y desarrollos.

No obstante ello, si bien no existen estadísticas oficiales respecto a la participación de niñas, niños o adolescentes en estos procesos, sabido es que no existe uniformidad en todo el país y que, además, la participación de estos es escasa en la mayoría de los sistemas y las provincias. Hay una resistencia en general de los Organismos y Poderes que organizan los procesos de mediación y de los operadores/mediadores a concretar la escucha y brindar las herramientas necesarias para que los adolescentes tengan acceso ilimitado en busca de tutelar sus derechos.

La mediación como método alternativo de resolución de los conflictos puede mejorar las condiciones de acceso a la justica de las personas en condiciones de vulnerabilidad (entre ellos las niñas, los niños y los adolescentes) y además, contribuir al descongestionamiento de la justicia.

Por otra parte, Las Reglas de Brasilia[164] sobre acceso a la justicia, establece en su Capítulo II Sección 5º la participación de las personas en condición de vulnerabilidad[165] en la Resolución Alternativa de Conflictos.

¿De qué hablamos cuando proponemos la mediación como alternativa?

"…Es un procedimiento no adversarial en la cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable" (Highton y Álvarez); "Un proceso de intervención a corto plazo, orientado a una tarea, participativo, en el que los contendientes acuerdan trabajar voluntariamente con una tercera

162 Álvarez, Gladys, (2012) *La mediación y el acceso a justicia,* Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, p. 33.

163 Disponible en link: http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/cuadro.jsp

164 Disponible en link: http://www.jus.gob.ar/media/3110118/id1-13_documento.doc

165 "… aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Y respecto a la edad… Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo".

parte para lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio y equilibrado" (Duffy, Grosch y Olczak); "(…) Solemos conceptualizar la práctica de la mediación como el proceso en el que un tercero neutral, a solicitud de las partes, los asiste en una negociación colaborativa, en la que sus diferencias son replanteadas en términos de intereses, a fin de que puedan ellos mismos, tomar una decisión satisfactoria con relación a ellos".[166]

Siguiendo a Caram, tres aspectos relevantes en este concepto constituyen el eje del proceso que el mediador ofrece a las partes: a) La mediación como la formulación de un replanteo del conflicto en términos de intereses; b) La creación de las condiciones para posibilitar que las partes lleven adelante negociación colaborativa, y; c) La toma de decisiones sobre la base de un consentimiento informado producto del análisis de las opciones que las partes pudieran originar.

La mediación es un proceso donde existe autocomposición de las partes en conflicto implicando esto que el eventual acuerdo al que lleguen es diseñado exclusivamente por ellos conforme las mejores alternativas en sus trayectorias familiares y en sus contextos actuales responsabilizándose en la decisión.

Puede conceptualizarse el conflicto como una percibida divergencia de interés, entendido este como "valor" o "necesidad".[167] En la mediación utilizamos la palabra conflicto referido exclusivamente a conflictos interpersonales; es decir, siempre teniendo en cuenta el carácter relacional del conflicto.[168]

La justicia formal, "contenciosa", "adversarial", que tiende a resolver las contiendas atendiendo al pasado –las "culpas" pretéritas de los contendientes–, deja paso a una concepción diversa que apunta, en cambio, a disolver, remediar, o al menos encausar el devenir del conflicto humano que pervive latente, quizás exacerbado, atizado y expandido. Se trata de una nueva categoría de justicia reconciliativa o reconstructiva, una concepción pacificadora orientada hacia la recomposición de los sujetos, mediante acciones que impulsan los jueces y que adquieren relevancia singular en el ámbito tan complejo del cumplimiento de las decisiones.[169]

---

166 Caram, María E., Eilbaum Diana T. y Risolía Matilde (2006) *Mediación: diseño de una práctica;* Buenos Aires, Librería Histórica, pp. 32-33.

167 Highton Elena y otra, Ob. Cit., p.42.

168 Suares Marinés, (2012) *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas,* Buenos Aires, Paidós, p. 41.

169 Berizonce, Roberto O., (1998) *El juez "acompañante" en los procesos de familia,* en Morello, Augusto, Estudios de Derecho Procesal, La Plata, LEP, v. II, p. 1122.

En los procesos de las familias, la mediación se acrecienta como una herramienta fundamental en tanto, tratándose de personas o grupos de ellas relacionadas por vínculos y emociones, los principios de la mediación colaboran para mantener incólumes dichas relaciones. Se propone un trabajo de dialogo, en igualdad de condiciones y en pos de arribar a uno o varios acuerdos que faciliten la comunicación entre las partes y puedan organizar las cuestiones esenciales a sus familias hacia el futuro.

De allí la importancia fundamental de brindar los espacios y herramientas necesarias para que los y las adolescentes accedan sin obstáculos al sistema prejudicial/judicial en procura de sus derechos, máxime cuando además de ello se encuentran involucrados sus propios hijo/as (doble vulnerabilidad) sin considerar –por exceder el presente– la intersección de esta con la propia de genero si la progenitora adolescente es mujer

Si la esencia del proceso de mediación es una participación democrática de las partes del conflicto, resulta indispensable que los/as adolescentes involucrado/as en "esas familias" puedan hacerse oír y que sus opiniones sean tenidas en cuenta sin la necesidad de contar con la participación de sus representantes legales.

(…) Esto implica que cuando interviene o se encuentra vinculado una niña, niño o adolescente en un conflicto susceptible de ser mediado, el proceso debe acoplarse a ellos y no ellos a un proceso diseñado y pensado para dirimir conflictos de adultos.[170]

La tarea del mediador es "Transformar una dinámica de confrontación en una dinámica de colaboración, lograr que las partes trabajen en la solución de un problema".[171]

El mediador o la mediadora intentarán modificar la percepción que las partes tienen del problema, que puedan mirarlo desde otro lugar o del lugar "del otro", reflexionar acerca de la interacción de las partes, poder revisar cómo se construyó el conflicto. Todo ello en un proceso que permita la comunicación, ayudando a fortalecer los vínculos entre las partes intervinientes y mirar hacia el futuro.

---

170 Lora, Laura N., (2018) "La transformación de los conflictos sociales y jurídicos relativos a niños, niñas y adolescentes. Escenarios de Colombia y Argentina", *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 131, pp.125-151, p.127; disponible en http://www.revistas.unam.mx/index.php/rri/article/download/65920/57853.

171 Diez Francisco y Tapia Gachi., (1999), *Herramientas para trabajar en mediación,* Buenos Aires, Paidós, p. 23.

"La mediación familiar proporciona a los progenitores un espacio de dialogo sobre los sentimientos y necesidades filiales de una manera constructiva pudiendo así acordar soluciones adecuadas".[172]

En la Provincia de La Pampa, la mediación es parte de una etapa prejudicial obligatoria en los temas de cuidados familiares (ejercicio de la responsabilidad parental, cuidados, sistema comunicacional, alimentos). La Ley n° 2699 (2012) estable en su art. 39° las cuestiones mediables estableciendo en su inc. b) "De Familia" con las excepciones que la propia ley establece en su art. 6°.

El art. 31 del Acuerdo Provincial n° 3277 (2014) expresa: En el proceso de mediación familiar debe privilegiarse el interés superior de los niños, las niñas y adolescentes. Cuando hubiere menores involucrados o la mediación tratare cuestiones que los afecten, *pueden* ser escuchados por el mediador familiar y/o por el profesional capacitado convocado*, siempre que medie acuerdo de las partes*, salvo que por su edad, grado de madurez o circunstancias especiales no resultara posible o conveniente.

Evidentemente la legislación provincial no ha receptado el nuevo paradigma. Las niñas, niños y adolescentes nos son considerados sujetos de derecho y por ende su participación queda sujeta a la facultad del mediador y al consentimiento de sus progenitores.

Ahora bien, sin perjuicio de la crítica que puede esbozarse de este artículo en particular, los operadores de este área tampoco hacen operativos los derechos consagrados constitucionalmente no existe en la provincia aún, protocolo o procedimiento a seguir en los procesos de mediación cuando los intereses de la infancia y adolescencia se encuentren afectados directa o indirectamente, quedando al arbitrio eventualmente de los y las mediadoras actuantes.

De acuerdo con la información estadística de la Oficina Judicial de la Primera Circunscripción de La Pampa, en el Año 2018 ingresaron 797 causas sobre cuestiones familiares y desde Febrero a Junio de 2019, 420 causas. A la fecha no hay actualización de estadísticas oficiales.

De las causas relativas a temas de familias se concretaron 427 mediaciones de las cuales 327 (68%) cerraron por acuerdo y 155 (32%) sin acuerdo. Es decir, 427 familias pasaron por una mesa de mediación con temas que seguramente afectan directa o indirectamente a niñas, niños o adolescentes y no existe estadística alguna

172 Parkinson, Lisa, (2005), *Mediación Familiar: Teoría y práctica: principios y estrategias operativas,* Barcelona, Gedisa, pp. 180-181.

que hayan participado. No hay estadísticas de participación de adolescentes por derecho propio.

Esto refleja que se ventilan en mediación numerosos conflictos familiares que directa o indirectamente involucran a niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, la escasa o nula participación de ellos en los procesos denota la enorme brecha entre el plexo jurídico normativo internacional y nacional y la puesta en práctica del nuevo paradigma.

Lora[173] ha concluido al respecto:

Enfrentamos así el desafío y el reto de aplicar la Convención Internacional de los Derechos del Niño a partir de estrategias que, con el aporte de los distintos saberes interdisciplinarios, nos permitan la transformación de los conflictos sociales de manera creativa en el entendimiento de que esto promueve el desarrollo humano y contribuye a la paz. Sin olvidar que para el derecho el niño es un sujeto de derecho y un sujeto procesal. Estas dos condiciones son necesarias para garantizar el derecho de acceso a la justicia de niños niña y adolescente con la finalidad de que se le restituyan sus derechos vulnerados.

5. Conclusión

Desde una obligada perspectiva de Derechos Humanos y una correcta interpretación constitucional y convencional, el derecho de las niñas, niños y adolescentes posee raigambre constitucional y es deber de los Poderes y Organismos en general, cumplir con el Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño en todos los asuntos que las y los afecten. Solo así se dará cumplimiento a la regla de reconocimiento constitucional.

En los procesos de mediación y sobre todo cuando se trata de conflictos familiares que involucran directamente a adolescentes progenitores (ejercicio de la responsabilidad parental, cuidado personal, sistema de comunicación, etcétera), es vital cuidar las relaciones en tanto los vínculos permanecerán en el tiempo. Se requiere una debida participación e información sobre las cuestiones que se debaten, considerando siempre la oportunidad de la participación y el grado de madurez de los involucrados/as.

Por su parte, la característica de informalidad del proceso (sumada esta a los principios de voluntariedad, inmediatez, neutralidad, imparcialidad, rapidez, menores costos y confidencialidad), crea un contexto más propicio para una debida participación de las niñas, los

173 Lora, Laura N., Ob. Cit., p. 147.

niños y los adolescentes conforme se expusiera precedentemente al referirme a la recomendación del Comité de los Derechos del Niño (párrafo 23 de la Observación N°14).

Desde otra óptica, resulta fundamental el rol del mediador o mediadora, creando una mesa de dialogo donde prime el respeto y el reconocimiento del otro, más allá de la especialidad y capacitación con la que deberán contar estos operadores no solo en mediación, sino desde la obligada perspectiva de género, de derechos humanos y en particular de niñez y adolescencia.

El cambio de paradigma al reconocer a las niñas, los niños y los adolescentes como sujetos de derecho (y no como destinatarios de protección) nos compele a abordar las decisiones respecto a ellos de una manera diferente y repensar sobre cómo les brindamos espacios apropiados para la debida participación.

Este reconocimiento no solo implica que sean escuchados y debidamente informados sobre las cuestiones que se debaten y les atañen, sino también el pleno ejercicio para reclamar por los derechos que les corresponden, lo que incluye derechos económicos, sociales y culturales, entre otros, de modo tal que sean considerados como sujetos libres, plenos y con capacidad suficiente.

El proceso de mediación por las características apuntadas es un espacio propicio para el ejercicio de estos derechos y la efectiva cumplimentación de la manda constitucional. No existe manera alguna de cumplir con el principio del interés superior del niño, niña y adolescente si no participan de los temas que les afectan.

Las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina sobre la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el país, aprobadas por el Comité en su 78º período de sesiones (14 de mayo a 1 de junio de 2018) publicadas 1 de octubre de 2018 interpela al país de la siguiente manera: El Comité reitera sus recomendaciones anteriores (véase CRC/C/ARG/CO/3-4, párr. 37) y, a la luz de su observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, alienta al Estado parte a velar por que las opiniones de los niños sean tenidas debidamente en cuenta en la familia, las escuelas, los tribunales y todos los procesos administrativos y de otra índole que les conciernan, entre otras cosas, mediante la adopción de legislación apropiada, la capacitación de los profesionales, incluido el fortalecimiento del papel de los abogados que representan a los niños para garantizar de manera plena su derecho a ser escuchados

en los procedimientos judiciales, y la realización de actividades específicas en las escuelas y de sensibilización general.

La capacitación de los operadores jurídicos y los mediadores y mediadoras en particular, es el primer paso imprescindible que deberá articularse para acortar la brecha entre la normativa y la realidad. El segundo, hacer efectivos los derechos que les son propios a la niñez y adolescencia; la norma no cumple con la efectiva tutela si su ejercicio no se encuentra garantizado.

6. Bibliografía

Álvarez, Gladys, (2012), *La mediación y el acceso a justicia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.

Beloff, M. (1999). *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, Santiago de Chile, Justicia y Derechos del Niño - UNICEF.

Berizonce, Roberto Omar, (1999), El funcionamiento en concreto del servicio de la justicia; necesidad de investigaciones empíricas, Buenos Aires, Abeledo Perrot. Publicado en Morello A.M., Berizonce R.O., Hitters J.C. y Nogueira C.A., La Justicia entre dos épocas, L.E.P., La Plata, 1983.

Bertole, C. y Torroba, E., (2017), "Tendencias Jurisprudenciales sobre el interés superior del niño en la provincia de La Pampa: semblante de un estado de esquizofrenia jurídica". En C. Bertole y L. Colombato, *La incorporación de nuevos sujetos y nuevos derechos humanos en La Pampa (1994-2013)*. Santa Rosa, EdUNLPam.

Bigliardi, Karina A. Publicado, (2010), *El interés superior y el derecho a ser oído del niño,* La Ley 29/09/2010, 10 - LA LEY2010-E, 433 Cita Online: AR/DOC/6806/2010.

Bigliardi, Karina A., (2015), *El abogado del niño,* publicado en: LLBA2015 (noviembre), 1066 Cita Online: AR/DOC/3847/2015.

Campos García, Shirley, (2009) *La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia,* publicado en: Revista IIDH. 2009, Nº. 50 – Dialnet Cita Online: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf

Caram, María E.; Eilbaum Diana T. y Risolía Matilde, (2006), *Mediación: diseño de una práctica,* Buenos Aires, Librería Histórica.

Diez, Francisco y Tapia Gachi., (1999), *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, Paidós.

Galletti, Judith y Mangione Muro, Mirta, (2014), "Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes", publicado en *Revista de la Facultad de Cs. Juridicas y Sociales*, Núm. 9 (2014): Nueva Epoca, disponible en: https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/NuevaEpoca/article/view/4924

Gil Dominguez, A.; Fama, Ma. V. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia* (Vol. Tomo I). Buenos Aires, Ediar.

Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S. (2015), *Codigo Ciivil y Comercial de la Nación Comentado* (Vol. Tomo I). Ciudad Autonoma de Buenos Aires, INFOJUS.

Highton Elena y Álvarez, Gladys, (1995), *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, Ad Hoc.

Kemelmajer de Carlucci, Aida; Molina de Juan, Mariel F. (2015) *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial*. Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre), 3. Cita Online: AR/DOC/3850/2015.

Lay Lisboa, Siu Lin Sofía, (2015), "La paricipación de la infancia desde la infancia. La construcción de la Participaicón Infantil a Partir del Análisis de los Discursos de Niños y Niñas", Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, Segovia España.

Lora, Laura N. y Bermejo, Paula N., (2019), "Infancia, participación y acceso a la justicia: hacia el reconcoimiento efectivo del niño como sujeto procesal", publicado en Actas del II Congreso Nacional de Derecho – homenaje al Profesor Jorge Oscar Cañon- Universidad Nacioonal de La Pampa.

Lora, Laura N., (2018) "La transformación de los conflictos sociales y jurídicos relativos a niños, niñas y adolescentes. Escenarios de Colombia y Argentina", R*evista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 131, pp. 125-151, p.147; disponible en http://www.revistas.unam.mx/index.php/rri/article/download/65920/57853.

Moreno Buján, Marcela, (2011) "La aplicación de los mecanismos legales para la participación de niños (as) y aolescentes en la resolución alternativa de conflictos dentro de la liegislación costarricense", Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.

Parkinson, Lisa, (2005), *Mediación familiar: teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Barcelona, Gedisa.

Rey Galindo, Mariana J. (2019), "La adaptación de los procedimeintos para los NNA.¿Hasta donde lxs jueces/juezas aplican derecho o legislan" en *A treinta Años de la Convención de los Derechos del Niño, Avances, críticas y desafíos*, Buenos Aires, Ediar.

Rocca, María del Rosario y Bigliardi, Karina A., (2010) *Cuestiones prácticas del derecho del niño a ser oído*, publicado en: DFyP 01/10/2010, 31 Cita Online: AR/DOC/5950/2010.

Sillero Crovetto, Blanca, (2019), "El Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes a ser oídos. Especialidades procesales en las causas de niñas y niñas victimas de violencia" en *Revista Electrónica de investigación Ambrosio L. Gioja*. Número 23.

Suares, Marinés, (2012), *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Paidós.

La niñez y la adolescencia en la provincia de Jujuy

Gabriela Ferreyra Jenks[174]

"El medio mejor para hacer buenos a los niños es hacerlos felices".
Oscar Wilde

1. Introducción

El presente trabajo realiza un análisis integral respecto a la realidad jujeña en cuanto a la accesibilidad a derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes, su participación dentro de los procesos que los afectan directamente, la normativa nacional y provincial aplicable, y la que aún queda por dictar.

El avance en materia de derechos fue lento y aún hay mucho por hacer, observándose que los mayores escoyos se encuentran en la resistencia a la adaptación respecto al paradigma de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes por parte de la Justicia, y el desconocimiento de la competencia atribuida por la Ley 26.061 a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia; ello debido a la falta de concordancia entre las normas provinciales respecto de la nacionales y la necesidad de que se dicten nuevas leyes que ofrezcan un panorama más claro, regulando figuras jurídicas fundamentales para garantizar el pleno goce y disfrute de los derechos; sumado a ello, la falta de recursos por parte de la Administración Pública para dar respuestas eficientes al abordaje de algunas problemáticas.

Previo a entrar específicamente en el tema que propongo en el presente trabajo, pasaré a realizar una breve reseña respecto a la legislación nacional y al cambio de paradigma ocurrido, a los fines de que se pueda comprender acabadamente la situación de la Provincia de Jujuy que comento en mi trabajo.

174 Ex Directora de Protección Integral de Niñez, Adolescencia y Familia de la provincia de Jujuy. Actual Secretaria de Trabajo de la provincia de Jujuy.

2. Cambio de paradigma

El 28 de septiembre del año 2005 se sancionó la Ley Nacional N° 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" (reglamentada por los Decretos 415 y 416/06), con la consecuente derogación de la Ley 10.903/19, denominada Ley de Patronato. Previo a ello, la reforma constitucional que se realizó a nuestra Carta Magna en el año 1994, significó un gran impacto en el paradigma vigente en ese momento (tutelar) y llevó a una deconstrucción de este, al otorgarle fuerza normativa constitucional, a ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (artículo 75 inciso 22 párrafo segundo de la CN), entre ellos la "Convención sobre los Derechos del Niño" aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (que ya había ingresado a nuestro derecho interno en el año 1990, al aprobarse por el Congreso Nacional mediante la Ley 23.849), lo que obligó a una relectura de las categorías jurídicas clásicas desarrolladas por el derecho de familia. Es dable observar que la "mora" en la que incurrió el Estado argentino es más que evidente, si tenemos en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño ingresó al derecho doméstico en 1990, y nuestro país se tomó nada más que un plazo de "quince años" para sancionar el ordenamiento interno pertinente.

Se trata del instrumento internacional sobre derechos humanos ratificado por la mayor cantidad de países del mundo, que ha marcado un antes y un después en los derechos de las niñas, niños y adolescentes, al construir una nueva legalidad e institucionalidad para estas personas. El valor fundamental de la "Convención sobre los Derechos del Niño" radica en que inaugura una nueva relación entre la niñez, el Estado, el derecho y la familia. A esta interacción se la conoce como la "doctrina de la protección integral de los derechos". La idea de los niños/as y adolescentes como "sujetos de derecho", y no meros "objetos de protección", implicó reconocerles la titularidad de los derechos fundamentales de los que ya gozan los adultos, más un "plus" de prerrogativas específicas justificadas en su condición de personas en desarrollo. La doctrina de la "protección integral" ha producido un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez, dejándose atrás la concepción paternalista propia de la llamada doctrina de la "situación irregular" o modelo tutelar, que considera a los niños como "menores", "incapaces" y "objetos" de protección y representación por parte de sus progenitores –o demás representantes legales– y el Estado. Precisamente, la sanción de la ley 26.061 es una consecuencia directa de este cambio de paradigma

al que aludo, pues posibilitó que el Estado argentino cumpliera con las obligaciones internacionales contraídas en su momento.

A diferencia del paradigma anterior (tutelar), el nuevo paradigma de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes evita la judicialización y la institucionalización de los niños niñas y adolescentes, siendo las medidas de separación familiar la última ratio, de carácter estrictamente excepcional y solo cuando se hayan agotado todas las medidas de protección. Así, el artículo cuarto, la ley nacional 26.061 alude a las pautas a tener en cuenta para elaborar las "políticas públicas de la niñez y adolescencia", señalando que aquellas son entre otras: *el fortalecimiento del rol de la familia* en la efectivización de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Ello es así ya que se ha demostrado que la institucionalización causa perjuicios a los niños, niñas y adolescentes que la sufren y por ello debe ser limitada a casos absolutamente excepcionales y por períodos muy breves. Los expone a situaciones que pueden implicar graves violaciones a sus derechos, las instituciones no son el ámbito apropiado para los niños/as y su permanencia en estas genera atrasos en el desarrollo. Estudios demostraron que las largas etapas de institucionalización, especialmente durante los primeros años de vida producen daños permanentes. La práctica de colocar a niñas y niños en instituciones los deja expuestos a peligros y a la posibilidad de sufrir graves secuelas, privándolos además de muchos de sus derechos y de la protección que necesitan.

Los países deben desarrollar prioritariamente políticas de prevención de la institucionalización y apoyo a las familias, así como el desarrollo de alternativas a los cuidados de tipo residencial y la promoción de la reintegración, en el marco de planes orientados a la desinstitucionalización y desjudicialización.

La convivencia familiar constituye un derecho fundamental de niños, niñas y adolescentes. Muchos de los tratados de derechos humanos hacen referencia a la importancia de la familia y al deber que tienen los estados a adoptar medidas de protección a su respecto. Así entendida, la familia representa el núcleo central de protección de la infancia y los niños/as tienen derecho a vivir con su familia. Por tanto, los estados se hallan obligados no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

La separación de los niños, niñas y adolescentes de su familia como el establecimiento de medidas de cuidado alternativo deben ser justificadas, tener carácter temporal y ser orientadas a la recom-

posición de los vínculos familiares y la reintegración al medio familiar en el marco de la consideración del interés superior del niño. La excepcionalidad de la separación del niño/a de su familia, implica la necesidad de implementar políticas de prevención de la separación, redefinir objetivos de las medidas de protección y específicamente las que implican la permanencia del niño/a en una institución de protección y cuidado. Los estados deben procurar preservar ese vínculo interviniendo temporalmente y orientando su accionar a la reincorporación del niño/a a su familia y su comunidad, tan pronto lo permitan las circunstancias, siempre que eso no sea contrario a su interés superior.

Ha de recalcarse la relevancia de las políticas públicas de fortalecimiento familiar para la "efectividad" del modelo de protección integral. No debemos olvidar que este requiere que el Estado ejerza un rol de "garante" y, por ende, contrario a la intervención indebida (rechazada justamente por la norma que se comenta) cargando con la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y demás necesarias, a fin de brindarles a los padres o grupo de pertenencia del niño, niña o adolescente las herramientas para que puedan ejercer tal rol.

En nuestra provincia la Ley de Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia N° 5.288, fue sancionada el 22 de Nnoviembre de 2001, es decir, anterior a la Ley Nacional N° 26.061, por lo que resulta imperiosa una readecuación legislativa, que regule figuras jurídicas necesarias para atender a las necesidades de la infancia, representando sus intereses y garantizando el cumplimiento de sus derechos, que conciba además una visión con perspectiva de género, ausente en nuestra actual Ley Provincial. Así, es ineludible contar con una Ley local que contemple la creación de la figura de Defensor de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual a nivel nacional se encuentra legislada en el Capítulo III de la Ley 26.061, siendo su función "velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales"; resultando un dato no menor que hubo una demora de catorce años para cubrir dicho cargo a nivel nacional. Al Defensor del Niño/a le corresponde el rol clave de monitorear las políticas públicas para la protección integral de la infancia y velar por el cumplimiento de los derechos que el Estado tiene que garantizar a niñas, niños y adolescentes.

No menos necesario resulta legislar respecto de la figura del "Abogado del Niño" receptada por el art. 27 inc. "c" de la Ley

26.061, que establece como garantía de los procesos "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". Si bien en algunos procesos judiciales del fuero local se ha permitido la participación de los niños, niñas y adolescentes con asistencia letrada, teniendo en cuenta además lo dispuesto por algunas disposiciones del CCyC (arts. 26, 109, 596, 608, 617, 677, 678 y 679), que se fundamentan en la autonomía progresiva y en la existencia de intereses contrapuestos con sus padres, continúa persistiendo un vacío legislativo importante en torno a esta figura que urge ser satisfecho, resaltando además que el art. 27 de la ley 26.061 no establece límites de edad para el acceso a un abogado, ni tampoco lo condiciona a la existencia de intereses contrapuestos con los padres.

Estas figuras no deben ser confundidas con la del Defensor de Niños, Niñas, Adolescentes e Incapaces del Ministerio Público de la Defensa Civil que funciona dentro del ámbito del Poder Judicial, creado mediante Ley Provincial N° 5903, toda vez que la asistencia letrada es una figura distinta e independiente de la representación necesaria y promiscua. "El Defensor Menores actúa según su parecer, en nombre del Ministerio que integra y no en nombre del niño. Por ello, puede apartarse de lo deseado y querido por el niño, en virtud de que el Defensor expresa 'su' criterio. El Defensor al igual que el Juez, interpretan el interés superior del niño. El Defensor de Menores ejerce la protección tutelar del menor de edad. Por ello, dictamina conforme a su voluntad; el querer del niño no lo obliga, cumple su función obrando de acuerdo con su voluntad. El abogado actúa conforme los derechos de su asistido, no obra de conformidad a 'su' querer, sino involucrando los derechos del niño. Ya sea por directiva expresa del niño o bien de conformidad con los derechos que el ordenamiento jurídico confiere al sujeto, cuando este no puede impartirle las directivas correspondientes. El abogado no tiene por misión interpretar el interés superior del niño, si no asistir lo técnicamente en sus derechos y garantías en el procedimiento judicial. El abogado ejerce la defensa técnica del sujeto. No dictamina sobre los derechos del niño; no obra de acuerdo con su voluntad, sino ejerciendo en el proceso los derechos del sujeto a quién patrocina". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K- 2006/09/28- R.M.A.)

Por lo que, en razón de este cambio de paradigma que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como "sujetos" de derecho, y por

ellos titulares de derechos y obligaciones, debe darse a ellos una participación activa en los procedimientos en los que sean partes o cuando de algún modo se vean afectados sus intereses, cualquiera fuese su edad, no siendo suficiente solo el derecho a "ser oídos".

3. Los niños y niñas como sujetos de derechos

La ley 10.903 de "Patronato del Estado" sancionada en 1.919, y conocida como "Ley de Agote" permitía la disposición de los "menores" como "objeto" de tutela por parte del Estado a través del Poder Judicial, mediante un proceso tutelar dirigido por un juez con facultades prácticamente absolutas, signado por la negación de los principios, derechos y garantías del debido proceso reconocidos constitucionalmente a los adultos en las mismas condiciones.

Esta ley ha dado lugar a que se pregonara como una rama autónoma del derecho "el derecho de los menores", caracterizada por la exclusión, descansando aquel paradigma sobre dos tipologías de niños y adolescentes. Una representada por los estratos sociales altos, en los que la crianza y socialización de los niños era principalmente de carácter privado, característica también predominante en los sectores medios. La otra signada por la intervención directa por parte del Estado, concentrada en los niños/as pertenecientes a los sectores de bajos recursos económicos, tanto a través de programas compensatorios destinados a paliar las carencias básicas de un modo asistencialista, como mediante la ejecución de medidas consistente en la separación de los niños/as de su entorno familiar, decidido por un juez, muchas veces a instancias de los organismos administrativos de "protección" a la infancia.

Se legitimaron formas concretas de intervención estatal en la vida de las familias de los sectores populares, asumiendo el Estado un rol paternalista, confundiéndose así los abordajes asistenciales con funciones más afines a la vigilancia y el control social. Este intervencionismo estatal en las familias pobres se fundaba en la idea arraigada sobre "peligro moral y material" receptada en la derogada Ley 10.903.

El reconocimiento casi universal de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en 1.989 tiene un significado revolucionario respecto a la consideración jurídica del niño/a, dejando de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en estos, representa la consagración del cambio de paradigma.

La sociedad había considerado tradicionalmente a los niños como "necesitados de protección". Protección que, en la mayor parte de los casos, suponía desde negarles capacidad jurídica, impidiéndoles incluso el derecho a poder participar en las decisiones esenciales que afectaban a su vida, hasta llegar a considerarlos casi una "propiedad" de aquellas personas de los que se les hacía "dependientes", eran considerados como "débiles" y "dependientes" que necesitaban ser "protegidos" por el derecho.

Frente a estas posturas surgen los movimientos sociales reivindicadores de la necesidad de crear una sociedad inclusiva e integradora, en la que se considere la diferencia entre sus componentes como algo enriquecedor y en la que todos sus integrantes sean por igual titulares de todos los derechos, teniendo el Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para que el ejercicio de esos derechos pueda realizarse en condiciones suficientes y de igualdad. Dichos movimientos sociales van a ir consiguiendo que se produzca ese cambio de paradigma necesario para la constitución de sociedades equitativas en las que todos sus miembros sean titulares de todos los derechos.

Es en este sentido en el que debe comprenderse la perspectiva adoptada por la Convención de los Derechos del Niño, que no proclama derechos nuevos para los niños y niñas, sino que tienen los mismos derechos que las demás personas. La perspectiva de la Convención está enfocada hacia las obligaciones del Estado para garantizar que dichos derechos puedan ser ejercidos por los niños/as y sean respetados tanto por el Estado como por las demás personas. "No se trata de proteger la infancia y la adolescencia, sino de proteger los Derechos de la infancia y la adolescencia".

Previo a la CIDN se tenía una concepción pasiva de la infancia, primando un enfoque de necesidades, en donde es mirado por compasión por parte del adulto. Luego de 1989, cambia el paradigma de la infancia, es ahí cuando se concibe la figura de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, moviéndolo hacia el activo, buscando finalmente una nueva concepción de la infancia.

Esta nueva concepción nos obliga a dejar de hablar de "menores" para referirnos a los "niños, niñas y adolescentes", distinguiendo así su género y etapa de desarrollo. Al haber ratificado nuestro país la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que pone a estos en una condición de sujetos de derechos, decir "menores" a los niños, niñas y adolescentes no es correcto y resulta peyorativo, ya que la definición por la real Academia de la Lengua, menor signifi-

ca: “cosa menor que otra – objeto”, el paradigma anterior consideró a los niños como “incapaces”, “incompletos”, cuando la infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida, ser niño o niña no es ser “menos que un adulto”.

4. La provincia de Jujuy

La Ley Provincial N° 4.721 publicada en el año 1993 crea los Juzgados de Menores en el territorio de la Provincia de Jujuy, con un criterio tutelar, basado en el paradigma de la “situación irregular”, a pesar de ser posterior a la Ley 23.849 de 1990, por la que nuestro país ratifica la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Sin embargo, la Argentina tenía mucho camino por recorrer para acomodarse al Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, aún faltaba otorgarle jerarquía constitucional a aquella normativa internacional, tan importante para nuestro país y el mundo, y sancionar además una Ley Nacional sobre la materia, lo cual tuvo lugar recién en el año 2005, a través de la Ley 26.061. Sin embargo, y a pesar de los avances en materia de Derechos Humanos, considero que aún nos queda mucho por transitar para que exista una plena vigencia del Sistema Integral de Protección de los Derechos de Infancia.

La Ley que comento, organiza los Juzgados a través de dos Secretaría a saber: Secretaría Penal y Contravencional, y Secretaría Asistencial, otorgando competencia para entender en los delitos y contravenciones atribuidos a menores de 18 años, pero además art. 5 inc c) “cuando la salud, seguridad, educación o moralidad de los menores de edad se hallaren comprometidos por actos de inconducta, contravenciones o delitos de sus padres, tutores, guardadores o terceros; por infracción a las disposiciones legales referentes a la instrucción y al trabajo, cuando por razones de orfandad o cualquier otra causa, *estuviesen material o moralmente abandonados,* corrieron peligro de estarlo, para deparar protección y amparo, procurar educación moral, intelectual al menor, para sancionar en su caso la inconducta de los padres, tutores, guardadores o terceros conforme a las leyes que rigen en materia de minoridad y las disposiciones de la presente; inc. d) cuando los actos graves reiterados de inconducta de menores de edad obliguen a los padres tutores o guardadores recurrir a la autoridad para corregir, orientar y educar al menor”. Así también, la Ley dispone como auxiliares del Juez de Menores a la Dirección General de Minoridad y familia e instituciones intermedia

(art. 14), regulando un "Procedimiento Asistencial" para los casos de los "menores abandonados o en peligro", considerando tales a los que estuviesen dedicados a la vagancia, mendicidad, en peligro material o moral, *facultando al Juez a la adopción de las medidas que estime pertinentes* (art. 52).

Así, dicha normativa otorgaba competencia a los Jueces de Menores para entender no solo en los casos donde exista una transgresión a la Ley Penal por parte de los menores de edad, sino también por razones socioeconómicas, otorgando amplias facultades, casi omnímodas para intervenir en la vida de las personas ante situaciones de irregularidad que no se encontraban bien definidas.

Estas disposiciones entraron en conflicto con la Ley 26.061, la cual atribuyó aquella competencia al Organismo Administrativo, con una mirada diferente. Nuestra máxima autoridad judicial reconoció a la Ley 26.061 carácter operativo en nuestra provincia, mediante Acordada del Superior Tribunal de Justicia N° 65/09, en la que en sus considerandos expresa: "advirtiéndose que la iniciativa legislativa se orienta a proponer la adhesión de la Provincia de Jujuy a la Ley Nacional Nº 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños, y Adolescentes y coincidiendo en lo sustancial, con la apreciación vertida por actores usuales en el manejo de la materia específica motivo de consulta (…) considero que el mentado dispositivo de adhesión a la ley ya vigente en todo el territorio nacional resulta innecesario. Ello así porque en efecto el régimen nacional de mención, resulta operativo sin más en todo el País (…) El sistema de protección integral que define el Título III de la ley que concierne a todos los ámbitos geográficos de actuación (nacional, provincial y municipal), conforme se destaca también en el artículo 42 de igual texto legal. Tal tesitura además se encuentra abonada por el hecho concreto de que el mentado texto legal nacional recoge o encuentra sustento en el respeto irrestricto a tratados y/o Convenciones de derecho Internacional vinculadas a la protección y derechos de la niñez, que devienen en normas operativas incorporadas a nuestra Carta Madre Fundamental. A tal punto la aserción formulada se impone, a poco que se repare que sin necesidad de adhesión alguna, numerosas actividades que con anterioridad se encontraban bajo la órbita y actuación concreta del Juez de Menores, resultaron derivadas por aplicación del mentado régimen legal nacional a la esfera de competencia del ejecutivo o administración provincial, cumplimentándose puntualmente por conducto del Ministerio de Desarrollo Social".

Es importante recordar que la Ley de Patronato, sobre la base de la cual se sancionó la Ley 4721, tuvo como destinatario: la infancia pobre, la cual judicializó e institucionalizó. Intentó solucionar el problema de qué hacer con el alto porcentaje de niños y niñas que consideró en situación de "abandono material" o de "peligro moral", definición tan imprecisa que le otorgaba al juez un poder discrecional ilimitado autorizándolo a disponer del "menor" hasta cumplir la mayoría de edad, hubiera cometido un delito o no, suspendiendo en muchas ocasiones el derecho de sus progenitores al ejercicio de la patria potestad, siendo el juez, quien tomaba las medidas que a su criterio consideraba necesarias para tutelar a los niños, niñas y adolescentes que entraban en esas categorías. La Ley de Patronato le otorgaba al juez facultades casi absolutas, ya que hasta podía ordenar la privación de la libertad de un "menor" por tiempo indeterminado, fundada en su "protección".

A diferencia de la "situación irregular" en la que el Estado intervenía mediante el Juzgado de Menores, en toda situación de niñez, ya sea que se trate de un problema socioeconómico o bien por tratarse de un niño/a en conflicto con la ley penal; ahora se debe distinguir cada caso, el Poder Ejecutivo interviene en sus tres niveles a través de políticas públicas básicas, y el Poder Judicial, a través de los Juzgados de Menores, solo en casos de conflicto con la ley penal.

Así, bajo el Régimen del Patronato, el Juez de Menores podía excluir a un niño/a de la familia y ordenar su internación en un instituto, con fines "protectorios", sin escuchar al menor de edad ni a su familia. La Ley actual, prioriza la contención del niños/a en el núcleo familiar y/o comunitario. Excepcionalmente y por tiempo limitado podrá separarse al niño/a de su familia, siempre que se haya cumplido lo dispuesto por los art. 32 a 41 de la Ley 26.061, teniendo la obligación tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Judicial de escuchar siempre al niño/a y tener en cuenta su interés superior, teniendo este todos los derechos y garantías reconocidos a los adultos, otorgándose competencia en los casos en que exista una situación jurídica que involucre a niños, niñas o adolescentes, y que no tenga que ver con la transgresión a una norma penal, a los Tribunales de Familia.

Con la vigencia del nuevo paradigma, la situación socioeconómica precaria no es motivo para separar al niño o niña de su familia, la Ley 26061 en su art. 41 inc. f) dispone: "No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo admi-

nistrativo", con igual importancia establece inc. "e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad".

Así, como se manifestó la competencia "asistencial" del Juzgado de Menores, se ha trasladado así al Poder Ejecutivo, en sus distintos niveles (Nacional, Provincial y Municipal) y sus respectivas dependencias y a través de distintos programas (de educación, alimentación, salud, vivienda, seguridad etc.), siendo la autoridad de aplicación de la Ley 26.061 la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. Por lo que la familia, la sociedad y el estado son corresponsables en la atención, cuidado y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Resulta una realidad el hecho de que, tanto en nuestra provincia, como en muchas otras de la Argentina existió una importante demora en la adecuación de los Poderes del Estado a este Sistema de Protección de Derechos de Infancia, ya que por varios años, luego de la sanción de la Ley 26.061, los Juzgados de Menores continuaron entendiendo en causas de niñas, niñas y adolescentes, que no habían cometido ningún delito, para "protegerlos" mediante la adopción de "Medidas Tutelares". Sin embargo, cabe advertir que desde hace no mucho tiempo, y tras una ardua "lucha" con los Juzgados de Menores estas causas comenzaron a cerrarse poco a poco dentro de los Juzgados, quienes se declararon incompetentes para entender en estas remitiendo, las situaciones en las que los niños, niñas y adolescentes requieren una asistencia económica o social, al Órgano Administrativo.

Por otro lado, también se reconoce que los mismos Organismos dependientes del Poder Ejecutivo (Hospitales, Puestos de Salud, Policía, Escuelas, Etc.) son quienes continuaron remitiendo los casos en los que los niños/as y adolescentes se encontraban en una situación socioeconómica precaria, a los Juzgados de Menores, debido al desconocimiento del no tan nuevo paradigma, dando pie a que se perpetúe la judicialización de la pobreza.

Es posible sin embargo, destacar algún avance logrado a instancias de la Dirección Provincial de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, en el momento en el cual me encontré a cargo (Diciembre 2015 a Mayo 2018), lapso de tiempo en el cual fue posible establecer procedimientos inexistentes hasta el momento respecto de:

a. "CIRCUITO DE CONSULTAS Y DENUNCIAS ACERCA DE PROBLEMAS QUE AFECTEN LA VIDA DE LOS NIÑOS,

NIÑAS Y ADOLESCENTES ANTE SITUACIONES DE VULNERACIÓN DE DERECHOS" el cual fue aprobado mediante Decreto N° 2531, dictado por el Gobernador de la Provincia, C.P.N. Gerardo Morales, dentro de un marco de cooperación entre UNICEF y la Provincia de Jujuy; este establece que toda persona u organismo del estado que tome conocimiento o advierta que existe una vulneración de derechos a un niño, niña, o adolescente menor de 18 años de edad, como consecuencia de la falta de acceso a una política pública, debe dar intervención directa al área de gobierno competente para hacer efectiva esa política. El Ministerio que ejecuta la política será responsable de brindar el Programa, servicio, o recurso, para restituir en forma inmediata el derecho.

Luego dispone que cuando la persona, funcionario o cualquier organismo del estado observe una falta de resolución que permita hacer efectivo el derecho, dará inmediata intervención al Ministerio Desarrollo Humano de la Provincia, para adoptar a través de la Dirección Provincial de Protección Integral de Niñez, Adolescencia y Familia, dependiente de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, la medida de protección integral que garantice el acceso a la política correspondiente y la restitución del de los derechos vulnerados.

Fija el procedimiento ordinario de comunicación de vulneración de derechos, estableciendo las instancias administrativas a través de las cuales se puede efectuar la comunicación; asimismo determina el procedimiento de comunicación de vulneración de derechos en situaciones de emergencia (riesgo inminente del derecho a la integridad física); y el circuito de comunicaciones por escrito y oficios de organismos del gobierno del poder judicial del Ministerio público de la defensoría del pueblo y de las fuerzas de seguridad.

b. Manual de Procedimientos del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Provincia de Jujuy, el cual contiene:

- Protocolo de actuación de las Oficinas de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (O.P.D.), las cuales constituyen espacios descentralizados de escucha y de atención interdisciplinaria que funcionan territorialmente en distintos puntos de la Provincia, y que intervienen en toda situación de promoción, amenaza, vulneración y restitución de derechos de todos los niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años, en el territorio que se encuentren insertos. La OPD tiene como eje fundamental el fortalecimiento familiar y el abordaje comunitario y

territorial, habiendo llegado a existir treinta y cinco (35) Oficinas, de las cuales algunas en la actualidad, han dejado de prestar servicios por falta de personal;

- Protocolo de actuación de la Línea 102, se trata de una línea telefónica que funciona las 24 horas del día y los 365 días del año, está conformada por un plantel de operadores telefónicos capacitados para escuchar, contener y asesorar, así como también por un equipo de profesionales idóneos para la atención de situaciones de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes ante casos de emergencia y/o urgencia, dichos profesionales abordan en forma personal y territorial las situaciones descriptas en la Capital Jujeña y en zonas aledañas, siendo un anhelo llegar a toda la Provincia.
- Protocolo para los Centros de Desarrollo Infantil (CDI), los cuales seis de ellos dependen de la Provincia y la mayoría de Municipalidades y Comisiones Municipales y/o privados, teniendo como objetivo principal el acceso de los niños, niñas al derecho al cuidado y al desarrollo infantil, encontrándose enmarcados en la ley 26.233 y el Decreto Nº 574/16 "Plan Nacional de Primera Infancia"; acompañando además en forma complementaria a las familias en las tareas del cuidado y prácticas de crianza, promoviendo el acceso a las políticas públicas correspondientes para atender en forma integral los derechos de niños y niñas.
- Protocolo para el Programa "Sistema de Cuidados Infantiles para NNA", con el objeto de asegurar el cuidado y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran sin cuidados parentales y sobre los que recaen medidas excepcionales, temporarias, garantizándoles en forma integral sus derechos; estableciendo dos modalidades de acogimiento alternativo transitorio ante situaciones de niños, niñas o adolescentes separados transitoriamente –por medida excepcional– de su grupo familiar, a saber: 1- Familias Solidarias, 2- Casas/centros de acogida.
- Se disponen procedimientos, principios y reglas básicas de cumplimiento obligatorio al momento de la incorporación o egreso, como durante la permanencia de los NNA en estos espacios de contención y que se vinculan con su cuidado, protección de acuerdo con su edad, derecho a la intimidad, a la identidad, etc.; se especifican las funciones del equipo interdisciplinario del Programa Sistemas de Cuidados, así como también de la persona responsable de la institución (en caso de tratarse de esta

modalidad), y de los equipos técnicos de cada casa/centro de acogimiento alternativo.

- Protocolo respecto del Circuito Administrativo de Intervención entre DPPINAF y Secretaria de Paridad de Género para la atención de situaciones de violencia, teniendo consideración fundamental por los niñas, niñas y adolescentes víctimas y testigos de la violencia de género, definiendo la competencia de cada área y las interfaces de trabajo entre las distintas reparticiones públicas;
- Protocolo de actuación para los casos en que se detecte trabajo infantil, en este sentido el Trabajo Infantil debe ser entendido como una grave vulneración de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, pues les impide vivir plenamente la niñez y la adolescencia, etapas fundamentales de la vida. Es indiscutible el impacto que genera este flagelo en la salud y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Actualmente al desempeñarme como Secretaria de Trabajo de la Provincia de Jujuy, y teniendo a cargo, dentro de la Secretaría de la cual soy titular, la Coordinación de COPRETI, nos encontramos reelaborando un Protocolo más abarcativo de distintas áreas, siendo partícipes y responsables en materia de prevención y erradicación del trabajo infantil, todas las áreas del Gobierno en sus distintos órdenes.

c. Protocolos de Actuación para los Centros o Residencias Socioeducativas y distintos Programas de contención y acompañamiento para los adolescentes en conflicto con la Ley Penal, llamado: "Protocolos de Actuación conjunta entre el Ministerio de Desarrollo Humano y Ministerio de Seguridad de la Provincia para los espacios de Atención de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal", aprobado mediante Decreto de Gobernación N° 2532, dentro del marco de cooperación entra la Provincia de Jujuy y UNICEF".

Así, es como si bien podemos observar grandes avances en la Provincia en los últimos cuatro años, nos encontramos aún en un proceso de deconstrucción del viejo sistema, el cual rigió durante muchos años, y quizás ese sea el motivo de tanta demora, teniendo en cuenta que la Ley 26.061 rige en nuestro país hace quince años, sin embargo lentamente va ganando terreno, en aras de una mejor infancia.

Bibliografía

Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Acordada del Superior Tribunal de Justicia N° 65/09.

Ley Provincial 4.721 "De Creación de los Juzgados de Menores" (Jujuy).

Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Andrés Gil Domínguez, Victoria María Famá, María Elisa Herrera, Buenos Aires, Ediar, 2007.https://www.iaeu.edu.es/estudios/derecho/los-ninos-como-sujetos-de-derecho/

http://identidadelcoihue.blogspot.com/2011/07/del-patronato-la-proteccion-integral-de.html.

Manual de Procedimientos de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Edit. Wowbe, 31 de agosto de 2018, con el apoyo de UNICEF.

"CIRCUITO DE CONSULTAS Y DENUNCIAS ACERCA DE PROBLEMAS QUE AFECTEN LA VIDA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ANTE SITUACIONES DE VULNERACIÓN DE DERECHOS", aprobado mediante Decreto N° 2531.

Acceso a la justicia. Derechos de los niños y niñas que viven con sus madres en contextos de encierro

Silvia García de Ghiglino[175], Delfina De Césare[176], Patricia Guzmán[177] y Alejandra Zarza[178]

1. Introducción

Una mirada respetuosa de la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales no puede dejar de atender el desarrollo integral de los niños y niñas que están bajo custodia del Estado y tampoco la situación de aquellos que son directamente afectados por las medidas adoptadas por las autoridades estatales en el ejercicio de sus funciones.

Sin dudas, tanto la convivencia en los establecimientos carcelarios como la separación, a partir de la edad en que la ley les impide seguir cohabitando, de los niños y niñas respecto de sus madres tiene un impacto profundo en sus vidas.

Creemos que es necesario reflexionar sobre el particular, en función de conocer con mayor profundidad la situación por la que atraviesan estos niños y niñas para finalmente impulsar los cambios necesarios que asegure el pleno goce de todos sus derechos.

En este sentido abrimos este breve texto con los siguientes interrogantes: ¿la cárcel es un lugar adecuado de crianza?, ¿tienen las mujeres que están con sus hijos o hijas en prisión posibilidades de elegir?, ¿qué sucede cuando hay otros hijos o hijas?, ¿por qué se supone que durante la primera infancia es necesaria la compañía de sus madres y no así luego de los 4 años?, ¿cómo queda el vínculo luego de esta edad cuando ya no pueden permanecer con sus madres?, ¿qué sucede con la socialización de los niños y niñas que se crían en contextos de encierro?, ¿qué sucede con los derechos de los niños y niñas y también con los de sus madres?

175 Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

176 Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

177 Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

178 Facultad de Derecho y Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

2. Marco normativo

A fin de realizar un encuadre legal de esta temática desde la normativa interna debemos mencionar dos leyes con soluciones divergentes. Por un lado la ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, de 1996, que establece que la mujer puede "retener consigo a sus hijos menores de cuatro años" (art. 195) y por otro, la ley 26.472, de 2009, modificatoria tanto del Código Penal de la Nación (art. 10) como también de la ley antes mencionada, que amplió los supuestos en que procede el arresto domiciliario y estableció que el juez de ejecución o juez competente puede disponer el cumplimiento de la pena impuesta en prisión domiciliaria cuando se trate de mujeres embarazadas o madres a cargo de niños y niñas menores de 5 años o de personas con discapacidad (art. 32).

Desde una mirada constitucional convencional y de otras normas de derecho interno relativas a los derechos de los/las niños y niñas podemos decir que el sentido de la reforma legislativa ha sido atemperar los daños que pueden derivarse de la permanencia de los niños/niñas dentro del establecimiento carcelario.

En general, las mujeres están en la cárcel con sus hijos cuando no han sido asesoradas para solicitar la prisión domiciliaria, cuando transcurre el tiempo sin que su pedido se resuelva, les ha sido negada, cuando sus hijos nacieron durante la detención o bien, cuando carecen de una red social y familiar extramuros que pueda encargarse de su crianza, como muchas veces ocurre, por ejemplo, con las mujeres migrantes. De modo que generalmente no se trata de una libre decisión de las mujeres, sino de la falta de otra alternativa.

Ahora bien, ¿es la prisión un contexto adecuado para que los niños y las niñas crezcan y se desarrollen?

La prisionización de los niños y niñas, sin dudas, vulnera su interés superior, principio consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Destacamos que este tratado internacional, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, tiene rango constitucional en nuestro país desde 1994 (art. 75, inc. 22). Ello así, su texto prevalece cuando una ley del ordenamiento jurídico interno entra en contradicción con sus normas y principios.

En nuestro derecho interno la ley 26.061, de 2005, crea a nivel nacional el llamado "Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos". En gran parte de su articulado reitera principios, derechos y garantías reconocidos por la CDN, ampliándolos, aclarando su contenido y forma de darles exigibilidad. Define al interés superior del niño como "la máxima satisfacción integral y simultánea de

los derechos y garantías reconocidos en esta ley" (art. 3º, primera parte) y establece que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (art. 3º, último párrafo), dispone que los derechos reconocidos por la ley a los niños están asegurados por su máxima exigibilidad. Habilita a todo ciudadano, ante el incumplimiento de los deberes por parte de los órganos gubernamentales, a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de dichos derechos, a través de medidas expeditas y eficaces (art. 1º, in fine), establece la responsabilidad de los organismos del Estado en el diseño de políticas públicas que garanticen el ejercicio de los derechos de los niños, debiendo hacer una "asignación privilegiada" de recursos para hacerlos efectivos, estableciendo la "intangibilidad" de estos (arts. 5º y 72, párr. 2º), incorpora el principio de efectividad (art. 29) a partir del cual se le exige a los distintos organismos del Estado una actitud pro – activa para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en la norma; aclara que la ley es aplicable en todo el territorio del país. (arts. 1º, párr. 1º, y 70, último párrafo).

Retomando lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, en ella se establece que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición… de sus padres, o sus tutores o de sus familiares". (art.2)

Haciendo eje en principio del interés superior del niño, las Reglas de las Naciones Unidad para el tratamiento de las reclusas y medias no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, 2011), establecen:

- Antes de su ingreso o en el momento de producirse, se deberá permitir a las mujeres con niños a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los niños" (regla 2.2).
- Toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres no serán tratados como reclusos (regla 49).
- Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, y únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el

caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares" (regla 52).

- Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan hijos a cargo, y se estudiará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presentes los intereses superiores del hijo o los hijos y velando por que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos hijos (regla 64).

La citadas Reglas, lineamientos o estándares, que sirven de guía para las buenas prácticas, son complementarias de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955, y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), e incorporan por primera vez la perspectiva de género, en cuanto establecen con precisión recomendaciones en relación con la situación de niños/as con madres encarceladas.

3. Maternar en contextos de encierro

Según las cifras oficiales publicadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el año 2018 había 162 mujeres que vivían con sus hijos dentro de la institución carcelaria, y en el año anterior eran 175 los casos de detenidas que cohabitaban con sus hijos.[179]

Estas cifras son alarmantes suponiendo que cada una de estas mujeres al menos tiene un hijo que convive con ellas en contexto de encierro. Si tomamos las cifras de los últimos diez años, el promedio de mujeres que viven con sus hijos intramuros es de 153. Según un estudio del año 2013,[180] el promedio de edad de estos niños y niñas que residen en cárceles federales tienen alrededor de 1 año y medio. Es decir, que, podríamos pensar que a medida que avanzan en edad,

179 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP 2018), https://www.argentina.gob.ar/justicia/estadisticas-informes#sneep Consultado el 11/05/2020).

180 Constanza Tabbush, "La situación de los hijos e hijas de mujeres migrantes detenidas en las cárceles federales de Argentina". En Gimol Pinto y Pablo Ceriani Cernadas (comps.) Niñez, migraciones y derechos humanos en la Argentina. Estudio a 10 años de la ley de migraciones. Informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2013) Buenos Aires, UNICEF.

va disminuyendo el porcentaje de niños y de niñas que están con sus madres en las Unidades Penitenciarias. Quizás esto se deba a que la legislación supone que es mejor para su desarrollo que estos niños y niñas convivan con sus madres los primeros años de vida.

En este sentido, siguiendo el pensamiento de Tabbush y Gentile "el primer modelo afectivo biologicista considera el vínculo corporal con la madre como necesidad principal para el bienestar de los niños y niñas. El ejercicio de la maternidad en prisión es permitido, aunque definido exclusivamente por el intercambio biológico entre los cuerpos de la madre e hijo/a, con independencia de las condiciones sociales y materiales del encierro en las que se desarrolle".[181]

El lugar de convivencia de estos niños y niñas dentro del pabellón, con mujeres privadas de la libertad con o sin hijos o hijas o con mujeres embarazadas, es otro aspecto problemático para considerar cuando se piensa en la dinámica de cohabitación de estos niños. En este sentido creemos que cabe destacar, como modelo alternativo, la prueba piloto que se desarrolló en la Unidad Penitenciaria Nro. 54 de Florencio Varela; un sistema de alojamiento intramuros dependiente del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, donde comenzó a funcionar el programa "Casas para Madres con hijos o hijas que se alojan con ellas dentro de la Unidad Carcelaria". Sin embargo, aun así, este programa no abandona la idea de que la primera infancia depende absolutamente de la asumida "naturaleza femenina".

Los programas de cohabitación permiten que estos niños y niñas se queden con sus madres hasta los cuatro años y luego de esa edad dejan de convivir con ellas en la cárcel porque se considera que para esta etapa de su socialización el ambiente carcelario puede resultar perjudicial para la moral futura de estos niños.

Muchas veces se plantea como alternativa a este encarcelamiento la prisión domiciliaria, pero a veces esta alternativa es imposible, sobre todo cuando se trata de migrantes, que constituyen una proporción del 15% aproximadamente de las mujeres que están privadas de libertad en la Argentina[182], ya que no cuentan con un domicilio

181 Constanza Tabbush, *et al.*, "Madres transgresoras y bebés 'tumberos': La regulación de la maternidad y la crianza tras las rejas", en Tarducci (comp), *Feminismo, lesbianismo y maternidad en Argentina,* Buenos Aires, Librería de Mujeres, 2014.

182 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, "Mujeres privadas de libertad en el Sistema Penitenciario Argentino, http://www.jus.gob.ar/media/3203102/Mujeres%20privadas%20de%20libertad%20en%20el%20Sistema%20Penitenciario%20Argentino.pdf (2015). Consultado el 11/05/2020).

estable donde alojarse. Por otro lado, la vida sin libertad dentro del domicilio se torna difícil cuando no se cuenta con condiciones que de alguna manera están aseguradas dentro de la cárcel, como por ejemplo acceso a un trabajo o a la salud, esto fuera del ambiente carcelario dependen exclusivamente de ellas o de los lazos solidarios con los que puedan contar, que en general son de algún familiar o vecino que puede brindarles alguna ayuda.

Los mecanismos de castigo parecen atravesar las paredes del encierro, no queda la institución carcelaria limitada a privar de la libertad ambulatoria, sino que también parece repartir otro tipo de sanciones vinculadas con la maternidad. Pensar la crianza dentro del ambiente carcelario queda muy lejos de la idealización acerca del placer y reconocimiento de la experiencia de maternar.

Ejercer la maternidad, tiene lugar para estas mujeres por su condición de tales y tan solo hasta los cuatro años de vida de sus hijos e hijas. En este sentido se reproduce el modelo patriarcal asignado a la mujer, quien debe cumplir con la reproducción social y con el desarrollo esencial de vida de sus hijos e hijas. Luego de los cuatro años parece no ser más conveniente que sus hijos queden con ellas.

Estos niños y niñas conviven en condiciones de violencia que suelen abundar en el espacio carcelario, "La cárcel castiga no solo con los golpes, sino con una comida escasa e incomible, con el sometimiento a requisas vejatorias o con la desatención de la salud. Sin embargo, para ellas, el poder del castigo se potencia al someterlas, además, al aislamiento respecto de los afectos"[183], la idea de que puedan convivir con sus madres hasta los cuatro años queda reducido a la primera socialización sin tener en cuenta otros aspectos que son fundamentales para el desarrollo saludable de las personas.

El resultado de las normativas vigentes parece apuntar a la búsqueda del bienestar del niño con una mirada sesgada, por supuesto que son situaciones complejas de resolver, pero requieren dejar de naturalizar la maternidad como parte de un proceso que tiene que darse de manera espontánea y que tiene fecha de caducidad según la necesidad que se tenga de las mujeres en su función femenina de reproducir y de maternar. "Estas economías afectivas simplifican y naturalizan la complejidad en las que se encuentran las mujeres a la hora de tomar la decisión respecto del destino de sus hijos mientras ellas se encuentran encarceladas. En efecto, las mujeres tienen tam-

183 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, "Mujeres en prisión: los alcances del castigo", Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 100. http://www.cels.org.ar/common/documentos/mujeresenprision.pdf (Consultado el 11/05/2020).

bién hijos que no conviven con ellas en el penal, a pesar de tener la edad correspondiente".[184]

El ámbito de los afectos debe dejar de ser naturalizado desde esta mirada, creyendo que la mejor decisión sea la de reducir la socialización primaria de los niños y niñas a los pabellones carcelarios.

4. Seguridad vs. acceso a la Justicia

Si bien es fundamental el contacto de la madre con sus hijos/as en los primeros años de vida, no hay duda de que su permanencia junto con sus madres en las instituciones penitenciarias lesiona su interés superior, tratándose de un ámbito en donde la vulnerabilidad se hace más categórica.

Podemos decir que tanto las/os niñas/os en contexto de encierro como sus madres están expuestas/os a situaciones tales como el hacinamiento, infraestructura deficiente, falta de acceso a los servicios de salud y alimentación y a actividades educativas y de esparcimiento, entre otras.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires ha evidenciado la carencia de programas específicos para la atención de hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad, la escasa cantidad y capacitación en la temática de los recursos humanos y las dificultades de coordinación entre servicios públicos entre sí y con las organizaciones de la sociedad civil.[185]

Asimismo, diversos estudios han señalado el impacto del encierro en los niños/as demostrando que los daños que provoca son irreversibles. Así se ha concluido que: 1) los niños y niñas en contexto de encierro tienen menos estatura y mayor IMC que los valores de las tablas de referencia; 2) existe una alta proporción de niños y niñas con riesgo de problemas emocionales; 3) las niñas y niños tienen un cociente de desarrollo moderadamente más bajo que el teórico normal.[186]

---

184 *Ibidem*.

185 Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, Informe de Situación "Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro", (2018):23/25, https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf (Consultado el 10/05/2020).

186 Lejarraga, Horacio; Berardi, Clemente; Ortale, Susana; Contreras, María Magdalena, Sanjurjo, Adriana; Lejarraga, Celina; Martínez Cáceres, María José; Rodríguez, Lilian "Crecimiento y desarrollo, integración social y pautas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión". Arch Argent Pediatr (2011):485-491, https://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2011/v109n6a05.pdf (Consultado el 09/05/2020).

Ahora bien, no solo los/as niños/as que viven en prisión con sus madres son susceptibles de sufrir los daños descriptos, en tanto que los/as que no permanecen junto a sus madres en la institución penitenciaria también padecen consecuencias negativas y problemas psicosociales tales como "depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros".[187]

Además "el contacto limitado que tienen con su progenitor(a) que está en la cárcel, la inadecuada calidad del contacto, y la estigmatización y vergüenza asociadas con el hecho de ser hijo o hija de un preso, hace que mantener la relación con su progenitor(a) sea muy difícil".[188]

Sin duda su separación, a partir de los 4 años de acuerdo con la normativa vigente, tiene un impacto traumático tanto en los niños/as como en sus madres. Hasta esa edad conviven diariamente con ellas y en muchos casos no tienen vínculos con el exterior, pero a partir de esa edad son brutalmente separados con las secuelas que dicha separación apareja.[189]

En el caso de mujeres privadas de la libertad que son extranjeras, no tienen otra opción que la que sus hijos/as permanezcan con ellas en la institución penitenciaria. A su condición de extranjera se le debe sumar el hecho de no contar con familia en el país que se haga cargo del cuidado de su hijo/a, por lo que son las únicas que pueden cuidarlos/as. En consecuencia, los/as niños/as tendrán que padecer la prisionización junto a sus madres y ser institucionalizados cuando hayan alcanzado al límite etario exigido por la ley.

Esto lleva a efectos insalvables para ellos/as quienes, a la pérdida del contacto con su familia de origen, se deberá sumar otras consecuencias como las de tener que adaptarse a un contexto social y cultural diferente y del que, posteriormente, serán separados cuando sus madres fueran expulsadas del país.

---

187 Lora, Laura Noemí, "Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: escenarios de conflicto" XII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho (2012) http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-ninos-y-madres-que-permanecen-en-establecimientos-carcelarios-escenarios-de-conflicto.pdf (Consultado el 11/05/2020).

188 *Ibidem*.

189 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, "Mujeres privadas de libertad en el Sistema Penitenciario Argentino, http://www.jus.gob.ar/media/3203102/Mujeres%20privadas%20de%20libertad%20en%20el%20Sistema%20Penitenciario%20Argentino.pdf (2015). Consultado el 11/05/2020).

Cabe destacar que el Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de San Isidro dictó una orden cautelar colectiva en los autos "Habeas corpus colectivo a favor de las mujeres madres con niños y mujeres embarazadas alojadas en la Unidad N° 33 de Los Hornos"[190] disponiendo su arresto domiciliario, en aras al interés superior del niño. Manifiesta el magistrado que los/as niños/as alojados con sus madres permanecen en dicha institución sin orden judicial, por lo que se trata de personas inocentes alojadas en prisión sin intervención jurisdiccional, por delitos que no cometieron, afectando con ello "el principio de personalidad o de intrascendencia de la pena siendo esa privación de la libertad ilegítima".

Pero si bien el ordenamiento jurídico argentino permite el arresto domiciliario, los jueces que deben dictar sentencia respecto de mujeres que conviven con sus hijos/as en instituciones penitenciarias no suelen optar otras penas alternativas al encarcelamiento, por lo que aún hay muchas mujeres condenadas conviviendo con sus niños/as en prisión a las que no se les está concediendo el instituto de la prisión domiciliaria por parte del sistema judicial.

Infinidad de sentencias de nuestros tribunales así lo demuestran. A modo de ejemplo, en una causa en la que una madre de 3 niñas de 8, 3 y de 1 año de edad (esta última conviviendo con ella en el establecimiento penitenciario) solicitó prisión domiciliaria, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, si bien concluyó haciendo lugar al recurso interpuesto, manifestó´ que "Por cierto, el alojamiento de niños de corta edad junto con sus padres encarcelados no es per se contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño, pero la decisión de alojarlos con ellos en el lugar de detención no representa una alternativa a la de autorización del arresto domiciliario, sino una alternativa a la separación del niño de su padre por causa del encarcelamiento" y que "Si la cárcel no es el mejor lugar para que un padre o una madre convivan con su niño, (…) entonces la opción de alojamiento del niño con su madre o padre encarcelados es una solución de compromiso frente a la alternativa de la separación de estos. Esta solución de compromiso no está en el mismo nivel de la del arresto domiciliario, por lo que se exige un esfuerzo exhaustivo para determinar su practicabilidad caso por

190 Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de San Isidro, Causa Nº HC-12389, caratulado "Habeas Corpus colectivo a favor de las mujeres madres con niños y mujeres embarazadas alojadas en la Unidad Nº33 de Los Hornos", https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/12/2015-11-25-jejecpenal-nc2b0-1-san-isidro_hc-colectivo-mujeres-madres-con-nic3b1os-y-embarazas-u33-prisic3b3n-domiciliaria.pdf (Consultado 09/05/2020).

caso (en el mismo sentido Causa n° 65.441/2014, "G. L., C. V.", Sala I, rta. 8/03/2016, reg. N° 164/2016).

Muchos países han adoptado programas alternativos para los casos de cohabitación de niños/as con sus madres en prisión. Se menciona el ejemplo de la experiencia llevada a cabo en España[191] donde se ha instalado un sistema de departamentos mixtos en los que pueden convivir los miembros de la pareja con sus hijos, en caso de que ambos se encuentren privados de la libertad, con el fin de evitar la desestructuración familiar.

Además, España ha implementado Unidades Externas de Madres con autonomía penitenciaria para establecer un régimen de convivencia que fomente las salidas de las madres con sus hijos/as a fin de asistir a actividades de integración en la comunidad, de inserción laboral, cursos formativos y actividades culturales de la madre. El sistema de seguridad está basado en vigilancia no agresiva (cámaras, alarmas y detectores de presencia), permitiéndose visitas con el fin de facilitar el contacto directo de los/as niños/as con sus padres, abuelos/as, hermanos/as, o allegados.

5. A modo de cierre

La prisionización de los niños y niñas, sin dudas, vulnera su interés superior, principio consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Vivir en prisión afecta no solo su derecho a la libertad sino también a la dignidad, a la integridad psicofísica, a la educación, a la vida privada e intimidad familiar, de acceso a la justicia, entre otros.

El acceso a la justicia es un principio básico del estado de derecho. La mejora de la protección jurídica de los niños y niñas que están en prisión junto a sus madres, muchas veces en condiciones alejadísimas de cualquier estándar de respeto a los derechos humanos, representa una urgencia no solo para los Estados sino para la sociedad en su conjunto.

Pese a que la normativa protectiva respecto de la niñez se ha ido modificando, la situación de aquellos niños y niñas que pasan sus días en prisión resulta un claro alejamiento de los mandatos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

---

191 Gobierno de España-Ministerio del Interior, "Unidades Externas para Madres", http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/Unidades+externas+de+madres+%28NIPO+126-10-113-9%29.pdf/da890509-ceae-43ca-96de-68a287b33af7 (Consultado el 11/05/2020).

Estos motivos son más que suficientes para que los jueces comiencen a tomar en consideración la implementación de alternativas al encarcelamiento. Las propias Reglas de Bangkok exigen que se tenga en cuenta de qué manera inciden el contexto y las historias de vida de las mujeres al analizar la comisión de un delito, así como las graves consecuencias que tendrá el encarcelamiento no solo en sus vidas, sino también en las de las personas que se encuentran bajo su cuidado.

No debe perderse de vista que sobre esos niños y niñas no pesa imputación alguna y no existe orden judicial que sustente su permanencia bajo encarcelamiento por lo que se deben evaluar soluciones respetuosas de sus derechos.

Pero ¿qué sucede cuando no parecen existir otras alternativas?

En ciertos casos pareciera que se está ante un callejón sin salida. La alternativa de una prisión domiciliara no es una opción para muchas mujeres. Ya sea que se trate de personas migrantes, mujeres cuyos vínculos no configuran una garantía de respeto a sus derechos o los de sus hijos e hijas, la precariedad en las situaciones habitacionales, entre otras cuestiones.

Sin embargo, hemos visto que hay ciertas decisiones que pueden tomarse para ofrecer alternativas, incluso en estos casos. Por ejemplo, proveer viviendas asistidas que garanticen todos los medios para una vida digna, brindando contención y orientación tanto en lo que hace a la vida diaria hacia el interior como en la inserción en los espacios de trabajo, salud, educativos que contemplen las necesidades, intereses y posibilidades de todas las personas que los habiten.

Las medidas adoptadas hasta el momento, en la mayor parte de nuestro país, resultan a las claras insuficientes.

Ante las deficiencias y la falta de respuestas por parte de los estados y, teniendo en cuenta un concepto amplio y moderno de lo público, es que la participación de la comunidad se vuelve indispensable para garantizar la plena vigencia y goce de los derechos.

Esto bajo ningún punto de vista deja de lado la responsabilidad en el diseño, articulación y ejecución de políticas, por parte de los principales actores institucionales. Es el Estado quien debe garantizar y promover el goce efectivo de todos los derechos humanos. Pero en un espacio como el carcelario que tiende más bien a cerrarse sobre sí mismo, se vuelve indispensable la resignificación y ampliación del rol de la ciudadanía.

Resulta fundamental abrir la prisión. Esto implica generar información suficiente para que la sociedad sepa lo que sucede puertas

adentro de las unidades penitenciarias y promover la participación de actores externos, tanto institucionales como particulares, que permitan achicar la distancia entre la sociedad y los espacios carcelarios.

Visibilizar la situación de los niños y niñas que viven con sus madres en prisión debe ser un primer paso necesario para poder, a partir de allí, hacer un abordaje con perspectiva de derechos humanos.

Asimismo, y sin dejar de lado la búsqueda de mejores alternativas, creemos indispensable que se tomen medidas urgentes hacia dentro de las prisiones para mitigar las consecuencias del encierro para estos niños y niñas.

En este sentido, resulta indispensable que los espacios físicos se adecúen para posibilitar el ejercicio de una vida digna para los niños y niñas que viven con sus madres en prisión.

Se deben establecer protocolos fundados en criterios claros y concretos basados en la legalidad, racionalidad y proporcionalidad para impedir que los criterios de seguridad impidan el ejercicio de los derechos de los niños y niñas.

Se debe asegurar el abastecimiento de insumos básicos tanto para una alimentación adecuada a su edad y necesidades nutricionales como para asegurar su vestimenta, higiene, educación y esparcimiento.

Es imprescindible articular los medios necesarios para la continuidad y fomento de los vínculos afectivos de los niños y niñas.

Finalmente, creemos que resulta necesario gestionar y fortalecer espacios de articulación y cogestión entre los actores institucionales involucrados ya sea en la ejecución de la pena de las mujeres que están privadas de libertad junto a sus hijos e hijas como en lo que hace a la custodia, acceso y garantía de derechos para los niños y niñas.

Lejos de cerrar el análisis, queremos señalar que, a partir del ejercicio constante de construcción y deconstrucción que nos imponen los cambios legislativos y culturales, la consolidación del derecho constitucional y la multiplicidad de instrumentos internacionales (convenciones, declaraciones, resoluciones, documentos emanados de conferencias mundiales, etc.) que avalan soluciones respetuosas de los derechos humanos de los niños y niñas que están con sus madres en prisión es que se abre todo un universo para seguir reflexionando sobre las implicancias de la privación punitiva de su libertad, el adecuado acceso a justicia, el rol de los estados y el de la sociedad civil.

6. Bibliografía

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, "Mujeres en prisión: los alcances del castigo". 1ª ed. Buenos Aires (2011):100. Siglo Veintiuno Editores, http://www.cels.org.ar/common/documentos/mujeresenprision.pdf (Consultado el 11/05/2020).

Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, Informe de Situación "Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro", (2018):23/25, https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf (Consultado el 10/05/2020).

Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de San Isidro, Causa Nº HC-12389, caratulado "Habeas Corpus colectivo a favor de las mujeres madres con niños y mujeres embarazadas alojadas en la Unidad Nº33 de Los Hornos", https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/12/2015-11-25-jejecpenal-nc2b0-1-san-isidro_hc-colectivo-mujeres-madres-con-nic3b1os-y-embarazas-u33-prisic3b3n-domiciliaria.pdf (Consultado 09/05/2020).

Gobierno de España-Ministerio del Interior, "Unidades Externas para Madres" http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/Unidades+externas+de+madres+%28NIPO+126-10-113-9%29.pdf/da890509-ceae-43ca-96de-68a287b33af7 (Consultado el 11/05/2020).

Lejarraga, Horacio; Berardi, Clemente; Ortale, Susana; Contreras, María Magdalena, Sanjurjo, Adriana; Lejarraga, Celina; Martínez Cáceres, María José; Rodríguez, Lilian "Crecimiento y desarrollo, integración social y pautas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión". *Arch Argent Pediatr* (2011):485-491, https://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2011/v109n6a05.pdf (Consultado el 09/05/2020).

Lora, Laura Noemí, "Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: escenarios de conflicto" XII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho (2012) http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-ninos-y-madres-que-permanecen-en-establecimientos-carcelarios-escenarios-de-conflicto.pdf (Consultado el 11/05/2020).

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, "Mujeres privadas de libertad en el Sistema Penitenciario Argentino, http://www.jus.gob.ar/media/3203102/Mujeres%20privadas%20de%20libertad%20en%20el%20Sistema%20Penitenciario%20Argentino.pdf (2015). Consultado el 11/05/2020)

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP 2018), https://www.argentina.gob.ar/justicia/estadisticas-informes#sneep Consultado el 11/05/2020).

Tabbush, Constanza. "La situación de los hijos e hijas de mujeres migrantes detenidas en las cárceles federales de Argentina". En Gimol Pinto y Pablo Ceriani Cernadas (comps.) *Niñez, migraciones y derechos humanos en la Argentina. Estudio a 10 años de la ley de migraciones*. Informe ela-

borado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2013) Buenos Aires, UNICEF.

Tabbush, C.; Gentile, M. F., "Madres transgresoras y bebés 'tumberos': La regulación de la maternidad y la crianza tras las rejas", en Tarducci (comp.), *Feminismo, lesbianismo y maternidad en Argentina*, Buenos Aires, Librería de Mujeres, 2014.

Formación profesional: la ausencia de niños, niñas y adolescentes del sector empobrecido en los contenidos curriculares

Carolina Geringer[192]

1. Introducción

La nueva sociedad del siglo XXI ya no demanda el mismo profesional de antes. La figura profesional ya no corresponde con la de una persona llena de conocimientos, que desempeña en su trabajo una serie de funciones y/o actuaciones profesionales en buena medida cerradas y repetitivas. Dentro de todo el proceso cambiante, se materializa una incidencia del cambio social en el Derecho, que va a plantear la necesidad de que los abogados sean capaces además, de dar respuesta a problemas sociales respecto de las realidades actuales. Para el caso que nos compete, la formación de profesionales del Derecho, parte de sostener que la formación académica debe orientarlos a promover los derechos sin exclusiones y no contribuir a intensificar aún más la dificultad de acceder a la justicia por parte de los sectores vulnerables de nuestra sociedad.

Se trata de atender a las dos caras de la misma moneda: la formación de profesionales que construyan de una forma autónoma y estratégica su conocimiento, y la formación de ciudadanos que actúen de forma responsable, libre y comprometida. En otras palabras, defendemos la formación de auténticos ciudadanos que hagan buen uso de su profesionalidad, o dicho de otro modo, apostamos por expertos del conocimiento que diseñen y pongan en marcha alternativas laborales humanizadoras y viables desde un punto de vista ético (Cortina, 1997; Martínez y Bujons, 2001).

A partir de dicho supuesto nos interesa analizar la presencia de temáticas vinculadas a los sectores desaventajados y su relación con el Derecho en la formación jurídica en consonancia con el análisis que han realizado diversos autores sobre la temática. Dadas las múltiples maneras en que se estructuran las desigualdades en las sociedades complejas, las situaciones de vulnerabilidad son también

192 Facultad de Económicas y Jurídicas – Universidad Nacional de La Pampa.

diversas. Para acotar el estudio, se seleccionaron ciertos sectores: niños, niñas y adolescentes de sectores empobrecidos, basándonos en las Reglas de Brasilia.[193]

Se intentará mostrar en este artículo cómo la ausencia de las temáticas analizadas en la formación profesional constituye una invitación a reflexionar respecto de qué conocimiento generamos y transmitimos y, en consonancia, qué tan dispuestos estamos a contribuir desde lo propio de la labor universitaria con la construcción de una sociedad más equitativa.

1.1. Sectores vulnerables

Uno de los principales instrumentos regionales de referencia en la materia son las "Cien Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad", adoptado en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, ha sido utilizado por diferentes actores a la hora de diseñar políticas o programas relacionados con la administración de justicia.

La importancia de estas radica en garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad las condiciones necesarias para el efectivo acceso a la justicia, por lo que han establecido que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (regla 5, segunda parte); alcanzando también la vulnerabilidad a la situación de pobreza como causa de exclusión social, tanto en el plano económico, como en los planos social y cultural, que supone un serio obstáculo para tales fines, especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad (regla 15).

La vulnerabilidad implica que se trate de sectores con las "defensas más bajas" (Zaffaroni, 2005) y que frente al embate abusivo del Estado, o de los factores de poder se posiciona en la relación de Derecho como la parte más débil. Es por esto, que la vulnerabilidad de estos sectores se definiría principalmente por la privación de un derecho humano fundamental, el "acceso a la justicia" (por los costos involucrados, el tiempo por el cual se extienden los procesos, las barreras geográficas, lingüísticas, culturales, las dificultades de obtener patrocinio letrado gratuito) (Gherardi, 2005). Por lo tanto, el acceso a la justicia es un derecho que necesita ser garantizado pero a su vez, es un hecho que debe ser concretado. Este se encuentra

193 Cien Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad - XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008.

asociado con la organización de justicia, pero a la vez excede sus fronteras y contempla el uso alternativo del derecho. Se vincula con la justicia en un sentido formal pero también material por lo cual no importa solo llegar sino además cómo se llega.

En suma, nos encontramos frente a un sector vulnerable cuando se trata de aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones de inherentes a su identidad o condición y, por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas. Y esto ocurre no solamente por las razones mencionadas con anterioridad, sino además –lo que más interesa en este trabajo– porque llegado el momento de acompañar a estos sectores en la defensa de dichos derechos, entra en juego el desconocimiento de los abogados de cómo trabajar frente a estas causas, lo cual refuerza la vulnerabilidad y hace que se pueda transformar en un menoscabo efectivo.

1.2. Niñez y adolescencia

Se considera niño, niña y adolescente (en adelante NNyA) a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

Todo NNyA debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

En relación con esta cuestión, la doctrina de la protección integral, conllevan a un cambio de paradigma principalmente impulsado luego de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que se los empieza a reconocer como sujetos de derecho y no como meros objetos de protección. Aparece reflejado un cambio en la concepción sociojurídica de la niñez y la adolescencia, al dejar de considerarla como “inmadura” o “incompleta” para pasar a reconocerla como entidad social autónoma o en otras palabras, como colectivo que participa activa y directamente de la realidad en la que vive (Díez de Velasco Vallejo).

Los derechos dispuestos en dicha Convención sobre los derechos del niño responde a la voluntad de la comunidad internacional de proteger de manera expresa a los niños, niñas y adolescentes como seres humanos en desarrollo que requieren de un cuidado y trato especiales y adecuados. Pero su reconocimiento como titulares de derechos no se limita a estos derechos simplemente. A ese catá-

logo deben sumarse todos los derechos proclamados y reconocidos en todos los tratados de derechos humanos vigentes, entre ellos, en particular, el derecho de acceder a la justicia sin discriminación de ninguna clase, incluida por razón de su edad.[194]

Pero este cambio de institucionalidad, no modifica de llano a la realidad. En las prácticas cotidianas se continúa abonando la perspectiva de los NNyA como objetos, sin que sea escuchada su voz y, en muchos casos, sin que se cumpla con la garantía de condiciones mínimas para su desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural, tal como lo establece la ley y en cuanto al campo judicial, muchos jueces siguen actuando anclados en el viejo paradigma tutelar. De allí, es que se torna imperioso hablar de los nuevos paradigmas que se vislumbran, y generar una nueva conciencia de análisis, a efectos de evitar que se adopten soluciones que en definitiva, en vez de proteger la niñez, la revictimicen o perjudiquen, perdiéndose por el camino la idea de los NNyA como sujeto de derecho.

1.3. Pobreza

Con frecuencia se piensa que la pobreza se caracteriza simplemente por la falta de ingresos. En realidad, es un fenómeno multidimensional que abarca una falta crónica de recursos, capacidades, opciones, seguridad y poder. Pero también, está determinada por la falta de oportunidades y por la imposibilidad práctica de ejercer determinados derechos o de influir en las decisiones sobre asuntos que impactan en la vida de los individuos o grupos sociales.

La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.

Si bien la población en general se ve afectada por diversos factores de los ya mencionados, la situación es mucho más dramática para las personas en situación de pobreza, que no cuentan ni con los medios ni con los conocimientos para hacer valer sus derechos a través de las instancias judiciales, lo cual los hace aún más vulnerables.

Uno de los muchos impactos negativos de los niveles históricos de desigualdad en que vivimos es el hecho de que atenta a un principio básico de todas nuestras sociedades: el principio de que

194 Artículos 6, 7, 8, 10, 11 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 6 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

todos somos iguales ante la ley y tenemos derecho a igual protección por parte de la justicia. Frente a los altos niveles de pobreza y desigualdad de ingresos, millones de personas en todo el mundo no solo están excluidas de participar plenamente en la sociedad, sino que además no tienen acceso a servicios sociales básicos, incluido el acceso a la justicia. Este último, constituye a su vez, una herramienta que las personas tienen para que los demás derechos sean tutelados por los mecanismos establecidos al efecto, a través de sistemas eficientes, imparciales y accesibles. De nada sirve un reconocimiento formal de derechos y su titular no puede acceder a ellos.

La relación entre la pobreza y la falta de acceso a la justicia es un círculo vicioso: la incapacidad de quienes viven en pobreza para acceder a la justicia aumenta su vulnerabilidad y a padecer violaciones a sus derechos. A mayor vulnerabilidad y exclusión disminuye su capacidad para acceder a la justicia.

La falta de acceso a la justicia es una de las principales razones por las que las personas caen y permanecen en la pobreza extrema, así el acceso a la justicia no es solo un derecho humano en sí mismo, sino también una herramienta esencial para combatir la pobreza y sus causas.

2. La enseñanza superior: ¿qué derecho, qué profesionales?

Seguidamente de haber planteado los sectores vulnerables de interés en este artículo surgen los interrogantes: ¿qué impacto debe tener el conocimiento de estos grupos sobre las herramientas jurídicas que se divulgan?, ¿en qué medida la temática de estos sectores se introduce en la formación profesional de los abogados? La solución, sobre la base de los autores que han investigados sobre la temática es que esa inserción es insuficiente en diversas vertientes, que expondremos a continuación.

2.1. Un Derecho apartado de la realidad social

El derecho no es “norma y solo norma” como afirmaba en su Teoría Pura del Derecho Hans Kelsen, sino que está impregnado de todo elemento social, político, cultural y económico como así también de valores y de conducta en una sociedad determinada; por lo que en el ámbito de la formación profesional jurídica resulta imprescindible conocer el contexto social de cada uno para saber qué es lo que le corresponde a cada y toda persona por el solo hecho de ser tal, y de esta forma hacerlo efectivo. El estudio de los com-

portamientos humanos, en el caso del derecho para regularlos, no debe abstraerse o escindirse de ese contexto. Por el contrario, deben conjugarse e interpretarse como una unidad y, por consiguiente, el Derecho que se enseñe, debería contextualizarse de manera realista tanto en sus condiciones de aplicación como de surgimiento. A pesar de ello, examinando la formación profesional de los abogados, Lista y Begala (2003) plantean que en la enseñanza del Derecho se propone un orden jurídico abstracto, racional, separado de la realidad social, cultural, política que debe regir y en la que se debe aplicar. Esta desvinculación del Derecho respecto de la complejidad de la realidad en la enseñanza implica también una falta de problematización de sus aspectos críticos tales como las dificultades para hacerse comprensible, la ambigüedad en sus interpretaciones o su contenido parcial (Gargarella, 2004). La enseñanza del Derecho limitada a la ley en abstracto, es decir, sin interpretarla en el contexto social, comporta una limitación educativa (Fucito, 2001) que trae aparejadas importantes consecuencias en la práctica profesional. Por un lado, la enseñanza del Derecho parte del supuesto de la uniformidad cultural (Kennedy, 2001). Las situaciones jurídico-subjetivas son explicadas de manera uniforme, es decir, suponen que todas las personas se encuentran en igualdad de posibilidades económicas, sociales, políticas y que conocen y gozan de los mismos derechos. Al partir del supuesto de una población homogénea, se considera que el Derecho es efectivo para solucionar los problemas de todos. Por otro lado, se tiende a ver el ordenamiento jurídico como un catálogo de soluciones a derechos individuales de carácter privado, sin promover el interés por la justicia social. No se vincula al Derecho y los conflictos en los que este se aplica con las estructuras del poder y los procesos sociales, políticos, económicos (Lista y Begala, 2003). En una formación jurídica de este tipo subyace la concepción de que el buen abogado o buen juez será el que conozca mejor la "ley" (Fucito, 2001), la que se debe respetar sin examinarla críticamente. En caso de duda sobre su aplicación cabe recurrir al criterio mayoritario de la doctrina y jurisprudencia.

Dicha situación define el eje del problema y el impacto negativo en el servicio de la abogacía. Si el Derecho no se aborda desde una reflexión constante entre lo jurídico y el contexto social, la enseñanza se reduce aún a formación limitada en el campo de acción profesional basada en la mera reproducción del texto de las leyes. Supone operadores jurídicos incapaces de comprender los fenómenos sociales que caen bajo la órbita del Derecho dentro de un contexto

político, económico, cultural y social, especialmente si este contexto está marcado por la vulnerabilidad.

2.2. La función del abogado

Las Reglas de Brasilia en su Capítulo 4 en cuanto a la eficacia de las reglas hacen mención a la sensibilización y formación de profesionales y establece: "Se considera necesario integrar el contenido de estas Reglas en los distintos programas de formación y actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial".

Pero, debido a la enseñanza de un Derecho desprovisto de realidad social, y considerado como "algo neutral e imparcial" cabe preguntarse cuál es la concepción del rol profesional del abogado y su relación con los problemas sociales. Aunque los abogados no integran la estructura judicial, juegan un rol esencial en el derecho a la justicia, en el acceso a la justicia y, especialmente, en el derecho a la defensa.

Si la función social del abogado se minimiza a un conceptualismo vacuo, durante su formación, implícitamente se está negando el importante rol que le corresponde cumplir en la promoción de la justicia social. Un profesional capaz de "captar y sentir los problemas sociales, económicos y políticos que conmueven el mundo actual" es más que un defensor de los "intereses privados" (de su cliente). Como sostiene Gargarella (2009), el abogado preocupado por las injusticias sociales tiene razones para escoger a sus clientes de modo tal de no maximizar (y en lo posible, de minimizar) dichas injusticias.

3. Reflexiones finales

Comenzamos con la existencia de los nuevos retos que enfrenta la educación superior en sociedades tan desiguales como la nuestra: el desafío de formar profesionales capaces de trasmitir sus conocimientos a la comunidad con el fin de lograr una sociedad más equitativa. Esto conlleva, en el plano del Derecho, la necesidad de adquirir una formación integral de profesionales que posean deberes, competencias y una concepción crítica para hacer frente a las desigualdades con las que el Derecho debe luchar.

El Derecho es una construcción social que busca hacer posible la convivencia social pacífica y como tal debe ser contextualizado y analizado acerca de las condiciones en las que surge, a quién sirve y en qué medida es un instrumento que efectivamente habilita el acceso a los derechos de manera igualitaria. La realidad mues-

tra que en la diversidad de intereses y grupos sociales no existe un tratamiento equitativo para todos, con un mismo criterio jurídico. Desde el momento en que podemos diferenciar grupos mayoritarios y minorías, hay un indicio de que existen sectores que no reciben el mismo trato que otros (Gargarella, 1999). Esta realidad, que también se presenta como una cuestión jurídica, debe ser examinada durante la formación profesional: no podemos dejar de mirar a estos sectores si queremos modificar el Derecho o pensarlo y practicarlo como un instrumento al servicio de la justicia y para hacer frente a una verdadera exigibilidad de las garantías de las personas. Los elementos que hemos presentado en este escrito advierten sobre la deficiencia en la formación universitaria respecto de estas realidades. Este déficit resulta de importancia si aceptamos que es en el proceso de aprendizaje del Derecho donde encontramos una herramienta que puede dar respuestas a nuevos planteos jurídicos. La realidad se da integrada, no fragmentada, de ahí que la respuesta de los operadores jurídicos debe ser integral. "Una formación que ignora la integralidad tanto de los contenidos como de los sujetos se convierte en domesticación, en adoctrinamiento" (Bambozzi, 2005) que impide avanzar en la transformación de la realidad social injusta. Si desde la formación de grado no entendemos que el Derecho incide en las desigualdades sociales y que debe reducirlas lo máximo posible, difícilmente tengamos abogados con espíritu crítico frente a la frialdad de la ley y dispuestos a asumir la defensa de derechos vulnerados, legisladores capaces de crear reglas que disminuyan estas distancias o jueces conscientes de las dificultades de grupos en situación de vulnerabilidad.

Por ello se cree que aún queda un largo camino por recorrer, donde es necesario revisar la propuesta educativa y ampliar la mirada. Es una tarea compleja y ardua pero no imposible de lograr. Para ello, es necesario trabajar desde la formación, integrando la realidad en el estudio del Derecho y promoviendo el compromiso, la responsabilidad y fundamentalmente el interés y el razonamiento crítico de los estudiantes en estas temáticas.

4. Bibliografía

Bambozzi, E. (2005), *Escritos pedagógicos.* Córdoba, Editorial El Copista.

Cortina, A. (1997), *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid, Alianza Editorial.

Diez de Velasco Vallejo, *Manuel: Instituciones de Derecho Internacional Público*

Fucito, F. (2001), ¿Podrá cambiar la justicia en Argentina? Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Gargarella, R. (1999), *Derecho y grupos desaventajados.* Barcelona, Gedisa.
Gargarella, R. (2004), "El Derecho en discusión". En: *Revista Ñ,* 17 de julio de 2004.
Gargarella, R. (2009), "A quién sirve el Derecho". En: *Lexis* Nº0003/014582.
Kennedy, D. (2001), "La educación legal como preparación para la jerarquía". En Courtis, C. (comp.) *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho.* Buenos Aires, Eudeba.
Lista, C. Y Begala, S. (2003), "La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante". En: *Revista de la Enseñanza del Derecho,* Nro. 2.
Martínez, M., Y Bujons, C. (coords.) (2001), *Un lugar llamado escuela. En la sociedad de la información y de la diversidad*. Barcelona, Ariel.
Zaffaroni, E. (2005), *Manual de derecho penal: Parte general.* Buenos Aires, Ediar.

El abogado del niño en el proceso de adopción

Matías Ezequiel Leiría[195]

1. Introducción

Cuando se habla de los Derechos Humanos, suele hablarse principalmente de derechos como la vida, la libertad y la identidad entre otros, es decir, derechos que las personas tienen por el mero hecho de ser tales. Sin embargo, no es frecuente hablar del derecho que tienen los seres humanos de recurrir ante un juez para la determinación de sus derechos y obligaciones tal como se consagra en el artículo diez de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, es fundamental aclarar que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho y no objetos a tutelar. Por tal motivo, tienen derecho a que se respete y garantice su acceso a la justicia. No obstante, esto no sucede en el derecho de familia en general, y particularmente en los procesos de adopción. Ante esta situación, aparece necesaria la intervención de la figura del abogado del niño, niña y adolescente para darles voz y hacer valer dicho derecho, por ser estos procesos donde se dan las mayores vicisitudes acerca de cómo deberían intervenir los niños, niñas y adolescentes; ello so pena de incurrir en responsabilidad internacional

Presentaré las tres posturas existentes acerca de cuándo corresponde la intervención del abogado del niño. Luego describiré el proceso de adopción contemplado en el nuevo ordenamiento civil y comercial haciendo foco en la participación que se les brinda a los menores de edad. Finalmente, enlazaré el rol del abogado del niño con el proceso adoptivo.

195 Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Derecho de Familia (UBA) y Estudiante de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

2. ¿Qué es el abogado del niño? ¿Cuándo ha de intervenir?

Si bien es cierto que el Código Civil y Comercial de la Nación reflota la figura del abogado del niño, esta es una figura que tiene larga data dentro de nuestra legislación. Dicha figura generalmente se encuentra ligada al derecho de familia, mas no es restrictiva de esta rama del derecho, sino que es consagrada como una garantía mínima para todo proceso judicial o administrativo en la cual intervengan menores de edad tal como se consagra en el art. 27 inciso c) de la ley 26.061. Este derecho a ser asistido por un abogado, si bien forma parte del derecho a ser oído, es mucho más que eso, pues existe la obligación de que los menores sean oídos en toda oportunidad, independientemente de contar o no con una asistencia letrada. Sin embargo, este derecho a una asistencia letrada guarda relación con la participación que puede tener el menor en aquellos procesos en los que esté involucrado algún derecho suyo. Esto, constituye un claro ejemplo de que los menores han dejado de ser un objeto para ser sujetos de derecho.

Entonces, es el abogado del niño, niña y adolescente es aquel profesional de la abogacía que asume la defensa técnica de los intereses particulares de un niño, niña y adolescente y presta su conocimiento para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño en el caso concreto. Su labor esta signada, principalmente, por las características que hacen a su cliente, es decir a la niña, niño y adolescente; pues, se trata de sujetos de derecho en situaciones de particular vulnerabilidad, que pueden tener representantes legales, pero tienen razones para no recurrir a ellos y no tienen autonomía plena.

A la hora de analizar la figura del abogado del niño, existen tres posturas que giran en torno a cómo ha de ser la participación del niño, niña o adolescente dentro del proceso, con carácter de parte. Estas pueden definirse como restrictiva, moderada y amplia.

La primera de ellas, establece que los menores de edad que no cuentan con la edad presumida legalmente para realizar actos jurídicos reputados como lícitos (realizados con voluntad, libertad y discernimiento), no pueden contar con un abogado propio, pues básicamente su designación y eventual remoción suponen la realización de un acto jurídico y para poder realizar dicho acto, la persona que lo realiza debe contar con discernimiento. Esta postura fue avalada por la Corte Suprema de la Nación, en los autos “P. G. M. y P.

C. L. s/PROTECCIÓN DE PERSONAS".[196] Sin embargo, nuestro máximo tribunal pareciera contradecirse ya que, con anterioridad, en los autos "G.M.S. c/ J.V.L. s/DIVORCIO VINCULAR"[197], resuelve que el juez de la causa debía designar un letrado especializado en la materia a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las niñas implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías, a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos. De esto puede inferirse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, confunde el derecho a ser oído, derecho que debe hacerse efectivo en todo procedimiento judicial o administrativo, con el derecho a la asistencia letrada, siendo que el primero es una parte inescindible del segundo, toda vez que sin escucha una defensa adecuada es imposible.

Esta postura ya era contraria a la propia Constitución Nacional al momento de ser avalada por nuestro máximo tribunal, ya que con la reforma constitucional de 1994 nuestro país adoptó un paradigma distinto al que venía operando hasta dicho momento, pasando del "Estado legislativo del derecho" donde la ley era el techo normativo, no existiendo nada por encima de ella y donde el Código era su máximo exponente al "Estado Constitucional y Convencional del Derecho". Pero ¿qué tiene que ver esto con que la postura rígida ya era contraria a la Constitución Nacional? Bueno, la respuesta está dada en que cuando existe una colisión entre una fuente normativa interna y una fuente normativa de carácter constitucional - convencional, debe estarse ante aquella que amplíe los derechos y no ante la cual restrinja los derechos involucrados; y siendo que la ley 26.061 establece que la Convención sobre los Derecho del Niño es de aplicación obligatoria en toda cuestión que involucre a menores de edad, no podemos negar que nos encontramos ante un choque de fuentes, donde una (el Código Civil) restringía los derechos y otra (Ley 26061 y por ende la Convención sobre los Derechos del Niño) los amplia al no establecer un límite etario para la actuación de un menor en una controversia de carácter judicial y/o administrativo que lo atañe.

La postura denominada moderada, es aquella que supedita la participación de los menores de edad con patrocinio letrado propio, a que estos cuenten con la edad y madurez necesaria para interve-

196 "P. G. M. y P. C. L. s/Protección de Personas". CSJN, T°335 F°2307. Resuelto con fecha 27/11/2012. Disponible en https://cutt.ly/UTCawa.

197 "G., M. S. c/J.V., L. s/ Divorcio Vincular". CSJN T° 333 F° 2017. Resuelto con fecha 26/10/2010 disponible en https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=8951&cache=1564454468501.

nir. Esto lleva a preguntarnos, ¿quién determina que el niño, niña o adolescente se encuentra en condiciones de contar con un abogado y formar parte del proceso? Lógicamente, la respuesta es obvia, es el juez quien ha de decidir al respecto, pero, ¿está capacitado el juez? La negativa se impone y es allí donde entra en juego la interdisciplina, particularmente la psicología y el trabajo social, ya que el juez debe valerse de estos elementos para decidir si da pie a que un menor de edad intervenga en el proceso con patrocinio letrado propio; ello sumado a la impresión del menor que el juez se lleve al momento de tener una entrevista con él, debiendo resolver en tiempo récord para no vulnerar los derechos de esos niños, por lo que hasta tanto se resuelva, debe habilitarse la actuación de un abogado del niño. El eje de esta postura radica en el factor tiempo. El tiempo ha de ser la clave para dilucidar si el niño, niña o adolescente se encuentra en condiciones o no de poder contar con un abogado de su confianza. Y sobre esto se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al decir: "el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales, que son exigibles en materia penal, civil, laboral o de cualquier carácter".[198] Esta postura es la adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación ya que a la hora de admitir la participación directa de los menores de edad en los procesos judiciales y/o administrativos, lo hace en aquellos casos en los que el menor cuente con la "edad y grado de madurez suficiente", expresión que es utilizada en el artículo 26 párrafo segundo o en el artículo 661 inciso b), pero que no se repite en forma unánime para referirse a los menores de edad y su eventual participación en un proceso a lo largo del texto normativo, como es en el caso del artículo 678 donde para referirse a la persona menor de edad "adolescente". Ante esto, haciendo una interpretación adecuada podemos afirmar que nuestro ordenamiento civil y comercial admite la asistencia letrada cuando existe un grado de madurez suficiente y una edad presumida legalmente. Sin embargo, si bien se utiliza la conjunción "y" lo que llevaría a pensar que ambos requisitos son necesarios, a la luz de los criterios interpretativos consagrados en el artículo 2 del mencionado Código, lo cierto es que puede afirmarse que aun cuando no se cuente con la edad legalmente presumida, pero

198 Silvia, Fernández, "Medidas de protección de derechos y adopción. La complejidad en la articulación y el Código Civil y Comercial", *Revista Código Civil y Comercial*, (Thomson Reuters, 2015), cita online: AR/DOC/3808/2015.

si con el grado de madurez suficiente se podrá contar con la asistencia letrada necesaria para intervenir en el proceso

Por último, la postura amplia es aquella que pregona que toda vez que la ley 26.061 no establezca un criterio etario, ni un criterio subjetivo como ser el denominado grado de madurez suficiente, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser asistidos por un abogado desde la temprana edad. Para esta corriente, es claro que la mayor o menor autonomía del sujeto se tendrá en cuenta para valorar sus peticiones, pero no podrá nunca ser óbice para el acceso a la defensa técnica. Conforme los lineamientos de esta corriente de pensamiento, la defensa técnica –contemplada en la ley 26.061– es regulada como una garantía mínima del procedimiento y funciona como un límite a la intervención estatal.

Según los defensores de la teoría amplia, la ley 26.061 constituyó y constituye un avance en materia legislativa al garantizar que todo niño, niña y adolescente, pueda contar con un abogado, que ejerza su defensa técnica; y con ello ponerle un freno a la actividad estatal, ya que, si el niño no designa un abogado, es deber del Estado asignarle uno de oficio en forma gratuita, ya que se encuentran comprendidas garantías constitucionales. Asimismo, para esta postura la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes ha venido a incorporar, ampliar y aclarar una serie de derechos y garantías procesales a los niños con independencia del tipo de proceso del que se trate y de existir o no intereses contrapuestos entre la niña, niño o adolescente con sus progenitores.

Por imperio del principio de progresividad que ha de regir en los derechos humanos y siendo la defensa técnica una parte del debido proceso, más allá de lo dispuesto por el nuevo ordenamiento civil y comercial, según quienes defienden la concepción amplia, no podría legislarse de forma tal que se limiten los estándares alcanzados por la ley 26.061; sino que debería dicha ley servir de piso para legislar en pos de fortalecer el derecho de todo niño, niña y adolescente a contar con un abogado que ejerza su patrocinio cuando sus derechos puedan verse afectados.

Habiendo reseñado las distintas teorías que abordan el tema, considero que estas cometen un error a la hora de quedarse solo en el aspecto que hace a la capacidad procesal para ser o no parte en un proceso en el que se encuentren afectados derechos que titularizan niños, niñas o adolescentes. Es la figura del abogado del niño la única que puede hacer valer sus derechos desde la propia mirada de su interesado, siendo que las demás figuras contempladas en nuestro

ordenamiento jurídico, llámese padres (arts. 100/101 CCCN), tutor *ad litem* (art. 109 CCCN) o Ministerio Público (art. 103 CCCN) lo hacen desde la perspectiva del adulto.

Por último, la figura del abogado del niño, en la práctica ha sido polémica y dificultosa pues se ha encontrado inmersa en un sinfín de interrogantes que más que contribuir con su utilización, la jaquean y debilitan. Sin embargo, todo ello se cae si se tiene en cuenta que la función del abogado del niño es visibilizar en el proceso *la voz* del niño, niña y adolescente y como bien sostiene el Dr. Romano, "habilitar la palabra del niño importa reconocerle verdaderamente como sujeto de derecho, es un fenómeno superior al ser parte en un proceso. La defensa de su escucha es un deber del Estado, asegurado así a través del abogado del niño"[199]; ya que de otra forma se podría incurrir en Responsabilidad Internacional por no garantizar los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes a recurrir ante un juez para la determinación de sus derechos y obligaciones.

3. El proceso adoptivo en la Argentina

En la actualidad, y a diferencia de lo que ocurría antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el instituto de la adopción tiene un destinatario predilecto: el niño, niña o adolescente. El nuevo ordenamiento civil y comercial, vigente desde agosto del año 2015, define en el art. 594 qué se entiende por adopción, definiéndola como "una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen". De dicha definición se puede inferir que la adopción es subsidiaria. Es una alternativa a emplear después de haberse agotado todas las posibilidades reales con la familia de origen.

Se ha diseñado un nuevo proceso adoptivo donde para que pueda hablarse del juicio de adopción, primero, debe existir una declaración de adoptabilidad y una guarda con fines de adopción para salvaguardar los distintos principios que han de regir la presente institución. Sin embargo, recientemente este camino se vio desnaturalizado por un fallo LXP 19676/19. "NMR S/ SITUACION DE

199 Carlos Antonio Romano. *Abogado del niño. Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar. Legislación para la niñez, comentarios del nuevo Código Civil y Comercial,* Buenos Aires, Editorial Lajouane, 2016, p. 136.

N.N.A"[200], en el cual se otorgó una adopción sin siquiera haberse decretado la situación de adoptabilidad ignorando las necesidades de la menor para congraciarse con las necesidades de los adultos. Ahora bien, más allá de este oasis jurisprudencial, no hay muchos otros fallos que vayan en contra de lo normado en el Código Civil y Comercial.

En nuestro nuevo proceso de adopción, una parte clave del engranaje adoptivo radica en la declaración de adoptabilidad. Según lo dispuesto en el artículo 607, para que un niño sea declarado en situación de adoptabilidad es necesario, en primer lugar, que un niño, niña o adolescente carezca de filiación establecida y que los intentos para hallar a los familiares de origen hayan sido infructuosos. Para la búsqueda de estos familiares se dispone de 30 días prorrogables por otros 30 días y su búsqueda está en cabeza del órgano administrativo. Otra de las posibilidades que habilita que se dicte la llamada declaración de adoptabilidad es lo que ocurre en el fallo supra mencionado y es que los progenitores decidan libremente que quieren dar en adopción a su hijo. Dicha decisión solo será válida si es tomada luego de pasado el denominado puerperio.

No obstante, esta decisión debe ser libre y para que esto ocurra debe haber sido tomada teniendo a disposición toda la información pertinente. Para que la decisión sea informada es necesario que se esté en conocimiento de sus alcances y efectos jurídicos, Generalmente, al momento de tomar este tipo de decisiones es muy frecuente que la faceta económica incida sobre manera y es deber del juez indagar sobre el verdadero motivo de esta.

Por último, otra de las situaciones que ameritan que el juez pueda dictar la declaración de adoptabilidad es el fracaso de las medidas excepcionales tendientes a que el niño permanezca en su familia de origen o ampliada, no dando los resultados esperados dentro del plazo de 180 días. Por lo general, las medidas tomadas no lo son en forma aislada, sino que involucran acuerdos interinstitucionales – parentales, de los progenitores con la Administración o incluso con miembros de la familia ampliada o la comunidad y se dictan teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- Derecho a ser oído;
- Preferencia por los familiares o referentes afectivos;
- Preservación de vínculos familiares positivos;
- Evitar el desarraigo;

200 https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/085/412/000085412.pdf

- Transitoriedad;
- Garantía de revisión judicial y acceso a la justicia

Por un lado, cabe destacar que la declaración de adoptabilidad no será dictada "*si algún familiar o referente afectivo"* ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés del niño, niña y adolescente. Esto se debe, principalmente, a que el Código trata de ser coherente en toda la regulación de la adopción con los principios que la inspiran. Por otro lado, en paralelo con los casos en los cuales se ha fijado que puede dictarse la declaración de adoptabilidad, se ha determinado que si los progenitores son privados de la responsabilidad parental respecto de sus hijos, mediante resolución judicial, el juez debe solicitar los legajos respectivos al Registro de Adoptantes y al Organismo Administrativo correspondiente; ello ya que la sentencia que determina la privación de la responsabilidad es asimilable a la sentencia que determina que el niño, niña o adolescente se encuentra en situación de adoptabilidad.

Resta por ver quiénes son los intervinientes en este procedimiento. Al respecto el Código Civil y Comercial de la Nación dispone por un lado que los niños, niñas y adolescentes (quienes cuenten con la edad y madurez suficiente contarán con patrocinio letrado) serán parte en el procedimiento, al igual que sus progenitores o representantes legales; mientras que el Ministerio Público y los órganos administrativos serán escuchados, pero no revestirán el carácter de parte procesal. Esta calidad de parte, principalmente en los niños, niñas y adolescentes va más allá del derecho a ser oído. Contempla la posibilidad de plantear sus pretensiones jurídicas las que pueden o no coincidir con sus progenitores y para ello la figura del abogado del niño, niña o adolescente es una pieza clave, por ser necesario para asesorar o para expresar los planteos que los niños, niñas o adolescentes pueden realizar. Para los progenitores, el carácter de parte, deberá ser ejercido con patrocinio letrado y aquellos progenitores que no hayan alcanzado la mayoría de edad, en mi opinión, deberían ser asistidos por los llamados abogados del niño, niña o adolescente.

Declarada la situación de adoptabilidad, es necesario que el Juez evalúe los legajos que le son acompañados por parte del Registro de Adoptantes y el Organismo Administrativo pertinente. Esto es necesario para determinar cuál de esos legajos se ajusta mejor a la realidad y a las necesidades de ese niño, niña o adolescente, para concluir la etapa que declara al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad e inaugurar la etapa de guarda con fines adoptivos.

Este procedimiento ha de ser discernido por el juez que haya dictado la declaración de adoptabilidad principalmente por el principio de concentración y de unidad, siendo lógicamente lo más conveniente, ya que siendo el mismo juez que previno, conocerá los pormenores del proceso evitándose así dilaciones innecesarias que podrían darse en caso de que sea otro magistrado quien deba intervenir. Esto, debe ser leído en consonancia con lo dispuesto en el art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El siguiente paso dentro de la guarda con fines de adopción radica en la elección de los guardadores y para ello el Juez convoca a los organismos administrativos que han intervenido hasta el momento, pudiendo estos comparecer sin citación alguna. Es en este momento que los legajos cobran relevancia, aunque puede darse que por diversas razones esos legajos sean insuficientes y sea necesario recurrir a legajos obrantes en otras localidades. En caso de que esto ocurra, debe ser debidamente fundado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cabe preguntarnos entonces, ¿por qué la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló la guarda con fines de adopción de una niña cuyos guardadores no figuraban inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos?[201] La respuesta reside principalmente en el factor tiempo y como este repercute en la vida de los niños, niñas y adolescentes incidiendo de lleno en la conformación de su centro de vida y su mayor interés. Empero, lo que llama la atención es que la Corte si bien destaca la labor de los Registros de Guarda con fines de Adopción y que los pretensos guardadores figuren inscriptos en dichos registros, considera "inadmisible que tal exigencia constituya un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva (...)",[202] violando de esta forma lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en donde se destacó que "(...) no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales".[203]

La elección de los guardadores, debe hacerse en pos de salvaguardar la satisfacción de las necesidades del niño, niña y adolescente, ya que es este el principal protagonista del proceso adoptivo,

201 CSJN. "S., M.A S/Art. 19 de la CIDN". Publicado en la Ley con fecha 31/01/2019, Cita Online: AR/JUR/63273/2018.

202 Ídem *Ibidem*.

203 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hija vs. Argentina del 27/04/2012 Apartado 105, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf.

debiéndose tomar en cuenta las condiciones personales, edad y aptitudes de los pretensos adoptantes, y donde el factor económico no debe ser utilizado como factor de descarte. Además del respeto por el derecho del niño a conocer sus orígenes y su identidad, debe tenerse en cuenta su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado y educación del niño, niña y adolescente. Cabe recordar, asimismo, que en el fallo que los medios de comunicación han denominado "adopción pre natal" también se viola lo referente a la guarda con fines preadoptivos, en lo que a la selección de guardadores se refiere, en tanto y en cuanto se habían seleccionado a los pretensos guardadores sobre la base de su antigüedad en el registro. Tal como se señala en los autos, "M. B. E. s/ guarda con fines de adopción"[204] en trámite por ante el Juzgado de Menores Nº 3 de Corrientes con fecha 24/06/2019 "el criterio de selección no puede ser cronológico ni automatizado.

Si bien, la selección de los guardadores es de vital importancia, no es lo único relevante en este estadio del proceso de adopción. La otra pata fundamental es la opinión del niño, niña o adolescente. Para esto, el juez debe citarlo y escuchar su sentir en los términos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De esta manera, se pretende evitar que la adopción fracase y reafirmar que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho.

El último paso de este procedimiento radica en la sentencia de guarda con fines de adopción, en la cual el juez confiere la guarda al pretenso adoptante o los pretensos adoptantes. Con la legislación anterior la guarda no podía ser inferior a los seis meses ni superior al año. En la actualidad, ese piso se ha transformado en un techo, por ende, el plazo máximo será de seis meses, pudiendo el juez disponer un periodo menor.

Una vez que fenece el plazo de la guarda con fines de adopción se ingresa a la tercer y última parte del procedimiento: el juicio de adopción. Una de las particularidades que la legislación contempla, es la potestad que tiene el juez para iniciar de oficio el proceso. Esto tiene como fin principal evitar que las guardas con fines de adopción se eternicen y el niño, no ingrese a la familia como es debido. Esta potestad del juez radica principalmente en el principio de oficiosidad que ha de regir en todos los procesos de familia y que hace a la tutela efectiva. Por último, respecto de esta potestad del juez cabe mencionar que con la oficiosidad se pretende contrarrestar al factor tiempo

204 Autos "M.B.E s/ guarda con fines de adopción", resuelto por el Juzgado N° 3 de Menores de Corrientes, con fecha 24/06/2019. Disponible en https://bit.ly/2lGVr28.

que tanto afecta este tipo de procesos. Otro de los facultados para iniciar el proceso, son el o los pretensos adoptados y el o los pretensos adoptantes. En el caso de los primeros, esto es trascendental, ya que son los verdaderos protagonistas de este proceso. Mientras que, en el caso de los pretensos adoptantes, al ser también protagonistas indispensables, considero acertado que tengan la potestad de iniciar el proceso.

Como se mencionó, las partes que han de intervenir en el proceso serán el o los pretensos adoptados –marcándose una diferencia con la legislación anterior donde ni siquiera se lo nombraba como tales– y los pretensos adoptantes. En el caso de los pretensos adoptados, en virtud del principio de no regresión, si fueron ya tenidos por parte en las etapas previas, el juez no podrá negarles este rol durante el juicio adoptivo, situación que también rige para los pretensos adoptantes. El Código destaca que aquellos con la edad y la madurez suficiente deberán actuar con patrocinio letrado propio, articulando nuevamente lo dispuesto en la ley 26.061 y las disposiciones del nuevo código, empero en mi opinión aún sin la edad y la madurez suficiente, si es considerado parte deberá contar con un abogado que lo patrocine; no pudiendo este ser suplido por el Ministerio Público, ya que "resulta incompatible que un asesor de incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y, por otro lado, por intermedio de otro funcionario en el rol de asesor, dictamine de acuerdo con lo que él percibe como más conveniente para el niño, es decir dictamine conforme a Derecho y al interés superior del niño (art. 3° de la CDN). Pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada como la que dispone el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño".[205]

Una vez dictada la sentencia de adopción que emplaza en el carácter de hijo de los adoptantes al adoptado, esta se retrotrae a la fecha del dictado de la guarda. Esto guarda relación con la realidad ya que es desde la guarda preadoptiva cuando empiezan a desarrollarse los vínculos filiales a través de la convivencia. Por último, un rasgo distintivo del juicio de adopción es que el pretenso adoptado debe expresar su consentimiento para la adopción siempre que sea mayor de diez años. Esto se relaciona con los principios que rigen el instituto de la adopción, y su fin primario es evitar las llamadas de-

205 Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, 19-4-2012, Cita Online: MJ-JU-M-71818-AR-MD71818-MD71818.

voluciones, por lo tanto, si el pretenso adoptado no está de acuerdo con la adopción, no debe ser pasado por alto.

Para concluir, se puede afirmar que el proceso de adopción es la manera a través de la cual el Estado Nacional, mediante el Poder Judicial cumple con la manda convencional de que toda niña, niño y adolescente tiene derecho a tener una familia, cuando su familia de origen, tanto nuclear como ampliada no pueden desempeñar dicha tarea. Considero desde mi lugar de abogado y especialista en temas de familia que es un proceso donde cada niño, niña y adolescente debe participar activamente, ya que es su futuro el que se está dirimiendo; y para ello la figura del abogado del niño es clave.

4. ¿Cuál es el rol del abogado del niño?

La tarea que desempeñe el abogado del niño dependerá de la faceta del proceso en la cual nos encontremos. Una vez decretada la adopción, el abogado del niño tiene que continuar en funciones, pero esto se ampliará una vez que se haya descripto su rol en cada una de las fases que hacen al proceso.

Dentro del procedimiento de declaración de adoptabilidad compete al abogado del niño arbitrar las medidas necesarias a los fines de establecer que el niño carece de filiación establecida y de que se han agotado todas las vías para su hallazgo. En caso de que esto no fuese así y el niño cuente con algún pariente que pretenda hacerse cargo, asumiendo su protección y guía; el proceso, no solo será nulo, sino que se habrá pasado por alto el derecho del niño, niña y adolescente de permanecer con su familia de origen como se establece en el artículo 41, inciso a) de la ley 26.061. Otra de las posibilidades para que el niño sea declarado en estado de adoptabilidad es que los padres hayan tomado la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado, debiendo dicha manifestación hacerse después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento para ser considerada válida. Aquí, el abogado del niño debe asegurarse de que dicha decisión sea tomada a conciencia y no de forma apresurada para evitar pedidos de restitución.

En igual orden de ideas, es tarea del abogado del niño procurar la citación del otro progenitor para el caso de que el consentimiento sea brindado por uno solo de ellos, debiendo de igual manera y en los términos del artículo 7 del decreto reglamentario 415/06 solicitar al juez la participación de la familia ampliada para corroborar la existencia de eventuales familiares que puedan llegar a asumir la crianza del niño, niña y adolescente. Aquí es necesario marcar que

el abogado del niño debe verificar que la citación de la familia ampliada no sea un mero formalismo porque busca lograr que haya un fortalecimiento familiar mediante la aplicación de políticas públicas con el fin de garantizar la viabilidad de la eventual separación del niño de su familia.

Por último, en lo que a las causales para declarar la adoptabilidad respecta, es misión del abogado del niño, por un lado, instar que las medidas tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada se tomen con miras a lograr un verdadero cambio en las condiciones en las cuales se encontraba el niño, niña o adolescente y con ello garantizar su derecho a permanecer junto a su familia de origen. Y, por otro lado, cuando vea que es inevitable que las medidas no darán resultado, estimo que debe solicitar al juez el cese de estas, aun cuando no haya fenecido el plazo máximo de 180 días, ya que en dichas situaciones es palpable que el niño está sufriendo y no se está garantizando su mejor interés, siendo este el faro que debe iluminar todo lo concerniente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, siendo que el artículo 610 del Código Civil y Comercial de la Nación hace declarar en situación de adoptabilidad a cualquier niño cuyos progenitores hayan sido privados de la responsabilidad parental, creo que es tarea del abogado del niño verificar que se den los presupuestos de la ley 27.363[206], y en especial que la sentencia en sede penal se encuentre firme. Y para el caso de que se den, en mi opinión deberá arbitrar los medios para que el juez indague acerca de la existencia de familiares que puedan ejercer la guía y protección del menor ante la imposibilidad del progenitor o de los progenitores privados de la responsabilidad parental.

Una vez dictada la declaración de adoptabilidad, es tarea del juez disponer de la guarda con fines adoptivos, debiendo para ello seleccionar los legajos que el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos le suministra. En este estadio del proceso, considero que el abogado del niño deberá estar presente al igual que los órganos administrativos y el Ministerio Público en las entrevistas que el juez tenga con los postulantes, ello para conocer de primera mano a quienes estarán posiblemente relacionados con el niño.

Concedida la guarda, compete al abogado del niño hacerle saber al juez situaciones sucedidas durante la guarda que atenten contra la integración satisfactoria del niño en la familia adoptiva para que

206 Disponible en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276135/norma.htm.

el juez las conozca y actúe en consecuencia. En mi opinión, cuando ni los pretensos adoptantes, ni el niño y ni siquiera el juez inicien el juicio de adopción vencida la guarda es tarea del abogado del niño iniciarlo a fin de evitar que las guardas se eternicen y el niño no ingrese como es debido a la familia adoptiva. Finalmente, entiendo que, para el caso de no hallarse legajos compatibles tanto a nivel jurisdiccional como en el resto de los registros de adoptantes, es tarea del abogado del niño, niña y adolescente requerir al Juez el llamado a convocatoria pública con el fin de encontrar quien pueda adoptar al niño, niña o adolescente.

Inmersos ya en el juicio de adopción propiamente dicho, como es sabido, toda sentencia de adopción que sea dictada sin el consentimiento del adoptado que cuente con 10 o más años de edad adolece de nulidad absoluta e insalvable por lo que un tema recurrente dentro del juicio de adopción, donde el abogado del niño tiene un rol preponderante, es el consentimiento del pretenso adoptado. Este consentimiento, que incluye el ordenamiento civil y comercial a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, tiene su base en el art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño ya que el artículo establece que las personas interesadas deben prestar su consentimiento sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario, no pudiéndose negar que el niño, niña o adolescente es parte interesada y por ende debe consentir su adopción.

De igual manera, a la hora del asesoramiento para aquellos progenitores que deciden dar en adopción a su hijo, el consentimiento que deben prestar los pretensos adoptados debe ser un consentimiento informado y asesorado, en consonancia con lo establecido en la Observación General N° 12 del Comité de los Derecho del Niño. Es aquí donde la figura del abogado del Niño hace su aparición dotando al niño, niña o adolescente de las herramientas necesarias para que el consentimiento o la negativa a la adopción sean prestados con:

- *Discernimiento*: para poder apreciar lo que significa la adopción, y las consecuencias sociales, afectivas, psíquicas y jurídicas que se suscitan.
- *Intención*: para poder conocer las consecuencias directas inmediatas y meditas de la adopción.
- *Libertad*: para poder decidir si realmente quiere ser adoptado.

Para el caso de que se den estos tres presupuestos, el consentimiento o la negativa a la adopción serán reputados como válidos. Si el niño ha prestado el consentimiento se seguirá adelante y eventual-

mente se dictará la correspondiente sentencia de adopción; y si se ha negado, se intentará arbitrar los medios para garantizarle su derecho a una familia. Estimo que el abogado del niño, en la actualidad y teniendo en cuenta la libertad con la que el juez cuenta a la hora de decidir el tipo adoptivo, debe solicitar al juez que se mantengan los vínculos jurídicos con la familia de origen siempre y cuando ello no atente contra el interés superior del niño o solicitarle que cree algún vínculo con la familia adoptiva, si considera que ese nuevo vinculo servirá para que el niño vea expandidos sus derechos.

Por otro lado, una vez dictada la sentencia de adopción, el abogado del niño, niña y adolescente debe continuar en funciones ya que el Código Civil y Comercial de la Nación habilita a aquellos niños, niñas y adolescentes que cuenten con la edad y grado de madurez suficiente puedan iniciar una acción tendiente a conocer sus orígenes, siendo necesario que cuenten con el debido patrocinio letrado. En este aspecto, el Código Civil y Comercial de Nación no es coherente, ya que, si se le permite el acceso al expediente al niño durante todo el proceso, contando o no con patrocinio letrado propio habida cuenta de que se considera al niño, niña o adolescente como parte, cabe preguntarse porque no se le confiere esta acción a todo niño y se la restringe a aquellos con edad y madurez suficiente. Ante esto, soy de la opinión de que el abogado del niño debe "tomar el toro por las astas" e instar la acción aun cuando el niño no tenga ni la edad ni el grado de madurez suficiente porque de esta forma se está velando por el derecho a la identidad del niño; derecho por demás vital para todo ser humano. Es probable que se encuentre con trabas e incluso se la rechacen, pero debe seguir intentando y apelando toda resolución que atente contra el derecho del niño, niña y adolescente, porque no está de más recordar, que el abogado del niño es la *voz* de los niños, niñas y adolescentes y como tal debe hacer que esta se escuche.

5. Conclusión

Dentro del amplio espectro de procesos que conforman el derecho de familia, la adopción o mejor dicho el proceso de adopción es uno de los más complejos, no solo por la cantidad de actores involucrados sino, también, por la envergadura de los derechos en juego. Por lo cual, cabe preguntarse si el involucrar otra figura como ser la del abogado del niño es contraproducente y solo traería más caos a un proceso por demás complejo y lleno de críticas. A mi entender, la respuesta negativa se impone. La figura del abogado del niño dentro del proceso de adopción es más que necesaria, hasta diría que

trascendental para darle voz a los verdaderos protagonistas que, por diversas razones, incluso en sus primeros años de vida, no cuentan con una familia: los niños, niñas y adolescentes.

El abogado del niño, niña y adolescente debe erguirse como aquel caballo de batalla dispuesto a darlo todo por los niños, niñas y adolescentes sin importarle la cantidad de veces que sus peticiones sean rechazadas. Debe estar dispuesto a ir hasta las últimas consecuencias, para lograr su cometido, sin medias tintas. Tiene y debe velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes y para que estos participen activamente en el proceso. Es su tarea luchar para que la *voz* de los niños, niñas y adolescentes sea escuchada, más allá de que estos cuenten o no con la edad y el grado de madurez suficiente.

Si bien los niños, niñas y adolescentes dentro de un proceso tanto judicial como administrativo que los involucre tienen el derecho a ser oídos, ser oídos no es lo mismo que ser escuchados. Escuchar implica comprender lo que se está diciendo y es ahí donde el abogado del niño tiene que intervenir. Dentro del proceso adoptivo, esta escucha es trascendental ya que no es un proceso más.

Es un proceso que ha de definir el futuro de estos niños, niñas y adolescentes y su derecho a vivir en una familia que les brinde protección y guía para su desarrollo como sujetos de derecho. En igual sintonía, debe ser el faro que ilumine el camino a seguir por los niños, niñas y adolescentes para que estos vean realizados sus derechos dentro del proceso, ya que, si bien aún queda mucho por hacer, el hecho de que se le conceda mayor participación en los distintos procesos y dentro del proceso de adopción en particular, es un gran avance y como decía el cantautor Gustavo Adrián Cerati "tarda en llegar y al final, al final hay recompensa".[207]

Bibliografía

Antún, M. (20/02/2019). *Designación y actuación del abogado de niños, niñas y adolescentes*, en RDF, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AP/DOC/1110/2018.

Basso, S. (19/03/2018). *Adopción y abogado del niño* en DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AP/DOC/38/2018.

Basso, Silvina M. (03/09/2015). *La participación directa de niñas, niños y adolescentes en los procesos con patrocinio letrado en el Código Civil y Comercial* en DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/2709/2015.

207 Gustavo Adrián Cerati (1959-2014). Letra de "Zona de Promesas". Fecha de lanzamiento 1993. *Disco Zona de Promesas (mixes 1984-1993).* Soda Stereo.

Bigliardi, K. (17/12/15). *El abogado del niño*, Buenos Aires,Thomson Reuters.

Ciordia, C. y Villalta, C. (2012) "Procedimientos judiciales y administrativos de adopción de niños. Confrontación de sentidos en la configuración de un 'edio familiar adecuado'" en *Etnograifica*, vol. 16, Núm. 3. https://www.aacademica.org/carla.villalta/25

De Souza, V. (2018). *Régimen Jurídico de la adopción en el Código Civil y Comercial.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas.

Dias, M. B. (10/05/2019). *El sistema de adopción en Brasil* en DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/1281/2019.

Famá, M. V. (20/10/2015). *Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial* en La Ley. Cita Online: AR/DOC/3698/2015.

Famá, M. V. (abril 2012). "La intervención del abogado del niño en los procesos de familia: alcances y delimitaciones" en *Compendio Jurídico* Núm.61. Errepar.

Fernández, S. (10/10/2018). "La importancia de resoluciones decisivas sobre el derecho a la vida familiar de niños y niñas. De provisoriedades y definiciones" en RDF, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/3449/2018.

Fernández, S. (17/11/2015). "Medidas de protección de derechos y adopción. La complejidad en la articulación y el Código Civil y Comercial" en RCCyC, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/3808/2015.

Fernández, S. (26/07/2016). *La protección de derechos del niño. Visibilizar lo… ¿visible? Infancias en penumbras* en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/1945/2016.

Gil Domínguez, A.; Fama M. V. y Herrera, M. (2017) *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*. Buenos Aires, Ediar.

Gil Domínguez, A. (2015). *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar.

González De Vicel, M. (11/04/2019). *Cuando la ley constituye un disvalor por la frágil interpretación judicial: Otro caso en que el tiempo incide* en RDF. Buenos Aires: Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/1122/2019.

Grosman, C.; Lloveras, N.; Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M. (marzo 2016). "Los primeros tiempos del Código Civil y Comercial en las relaciones de familia y sucesorias" en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* Núm. 73. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.* Buenos Aires, Infojus.

Herrera, M. (12/12/2007). "La voz del niño en su proceso de adopción" en SJASJA. Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita Online: 0003/013609.

Herrera, N. (06/04/2015). *La participación del niño en el proceso a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial* en DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/874/2015.

Jáuergui, R. (2016). *Ministerio público y abogado del niño* en *Responsabilidad parental: alimentos y régimen de comunicación*. Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni.

Kemelmajer de Carlucci; Molina de, Juan A. y Mariel, F. (noviembre 2015). *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial* en RCCyC, Buenos Aires, Thomson Reuters.

Leguizamón, H. (17/03/2017). *La capacidad procesal del menor en el Código Civil y Comercial y el abogado del niño* en La Ley. Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/352/2017.

Leonardi, C. "El derecho de los/as niños/asa contar con un/a abogado/a, a propósito de la Ley provincial 14.568". *Revista niños, menores e infancias* Núm. 9. Buenos Aires, Instituto de Derechos del Niño. Facultad de Ciencias jurídicas y sociales.

Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores Tomo IV

Mizrahi, M. (10/04/2019). *Niños afectados: la preferencia por la familia de sangre y el deficiente sistema judicial* en DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/445/2019.

Moreno, G. (2016) "El abogado del adolescente como garantía de acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial en Capacidad, representación y legitimación". *Revista de Derecho Procesal*, Núm. 1, 2016. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores.

Muñiz, J. (01/03/2013). *Participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso de adopción. Un camino largo y lleno de contradicciones, que se allana desde la doctrina de los derechos humanos* en DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AP/DOC/36/2013.

Otero, M. F. (2018). *Los procesos de adopciones de niños, niñas y adolescentes. Desafíos para una adecuada integración familiar adoptiva.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico.

Raffo, P. (2016). "Los procesos de guarda y adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación en Derecho de Familia". *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Núm. 73, 2016. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Rey Galindo, M. (19/05/2019). *El abogado del niño: "Un modelo para armar"*, DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/1284/2019.

Rodríguez, L. (2012). *Infancia y Derecho: del patronato al Abogado del Niño: experiencia de la clínica jurídica de la Fundación Sur.* Buenos Aires, Eudeba.

Romano, Carlos A. (2016). *Abogado del niño. Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar. Legislación para la niñez, comentarios del nuevo Código Civil y Comercial.* Buenos Aires, Editorial Lajouane.

Sasso, M. (04/04/18). *La guarda de hecho* en DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/3350/2017.

Solari, N. (04/09/2013). *El patrocinio letrado en la Ley de Procedimiento de Adopción (Provincia de Buenos Aires)* en DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/3074/2013.

Urbina, P. (diciembre 2015*). Plazos del proceso de adopción e interés superior del niño* en RCCyC. Buenos Aires, Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/4270/2015.

Zabalza, G. (2015). *El interés superior del niño en la adopción* en Krasnow A. (2015) *Tratado de Derecho de Familia. Relaciones Parentales*. Buenos Aires, La Ley.

Jurisprudencia

L. R. c/ M. Q., M.G. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala I. Resuelto con fecha 04/03/2019. Publicado por SJA con fecha 01/07/2009. Lexis N° 35031288

G., M. S. c/J.V., L. s/ Divorcio Vincular. Corte Suprema de Justicia de la Nación, T° 333 F° 2017. Resuelto con fecha 26/10/2010.

R.J.M; M.A; G.N; C.S.L; V.M. s/ protección de persona. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata. Sala III. Resuelto con fecha 19/04/2012.

P. G. M. y P. C. L. s/Protección de Personas. Corte Suprema de Justicia de la Nación, T°335 F°2307. Resuelto con fecha 27/11/2012.

A., F.A., A., E.J., A., O.E. s/ Art. 10 Ley 10.067. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C.120.713. Resuelto con fecha 06/04/2016.

C., R.O. c/ C., O. N. s/ Nulidad Acto Jurídico. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea. Resuelto con fecha 18/10/2016.

M., T. L. s/Abrigo. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Resuelto con fecha 19/10/2016.

M., J.S. y otro s/Adopción – Recurso de Apelación. Cámara Criminal, Correccional, Civil, Comercial, Familia y Trabajo. Deán Funes, Provincia de Córdoba. Resuelto con fecha 12/03/2018. Rubinzal-Culzoni. Rubinzal Online: RC J 3018/18.

F. P y otros/a s/ Abrigo. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón. Sala II. Resuelto con fecha 20/03/2018. MicroJuris: Cita: MJ-JU-M-109598-AR / MJJ109598.

P. R.F s/ Adopción. Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata. Sala III. Resuelto con fecha 05/04/2018. La Ley. Cita Online: AR/JUR/40012018.

E., A.G. y M.A.J s/Solicitud Adopción Plena. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C.116.644. Resuelto con fecha 18/04/2018. Rubinzal Online: 116644 RC J 2804/18.

M., M.M s/Abrigo. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C.121.698. Resuelto con fecha 07/11/2018. Rubinzal-Culzoni. Rubinzal Online: 121968 RC J 812/19.

S., M. A. s/Art.19 de la CIDN. Corte Suprema de Justicia de la Nación, T°341 F°1733. Resuelto con fecha 27/11/2018.

Iturralde María Lorena por su hijo menor Puig Iturralde Gerónimo Fidel contra Puig Marcos José por Privación de patria potestad. Cámara de Familia de Mendoza. Resuelto con fecha 26/06/2018. Publicado por Revista de Código Civil y Comercial, Rubinzal Culzoni, año IV, N° 8, 2018, p. 85

Asesoría de Menores Nº 1 c/ C. M. S. s/ Declaración de abandono. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta. Resuelto con fecha 27/11/2018. MicroJuris: Cita: MJ-JU-M-115464-AR / MJJ115464.

M., J.S. y otro s/Adopción – Recurso de Apelación. Cámara Criminal, Correccional, Civil, Comercial, Familia y Trabajo. Deán Funes, Provincia de Córdoba. Resuelto con fecha 12/12/2018. Rubinzal-Culzoni. Rubinzal Online: RC J 3018/18.

S.J.S s/ Adopción de Integración. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y Familia de Segunda Circunscripción Judicial. San Rafael, Provincia de Mendoza. Resuelto con fecha 18/12/2018. Rubinzal Online: RC J 1988/19.

P., J. J y OTRO s/ Recurso Extraordinario Provincial. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Sala I. Resuelto con fecha 15/02/2019. La Ley. Cita Online: AR/JUR/99/2019.

G.G.A. s/adopción. Juzgado Civil en Familia y Sucesiones. Única Nominación, Provincia de Tucumán. Resuelto con fecha 18/03/2019.

I. R. B. c/ D. R. Ch. F. M. s/ incidente de modificación de cuidado personal de hijos. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata. Sala II. Resuelto con fecha 11/04/2019. Rubinzal-Culzoni. Rubinzal Online: Cita: 166042 RC J 2817/19.

M.B.E s/ Guarda con fines de adopción. Juzgado N° 3 de Menores de Corrientes. Resuelto con fecha 24/06/2019. MicroJuris: Cita: MJ-JU-M-119862-AR / MJJ119862.

NMR S/ SITUACION DE N.N.A. Juzgado de Familia de Paso de los Libres. Provincia de Corrientes. Resuelto con fecha 12/07/2019.

Jurisprudencia Internacional

Asunto L.M. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Medidas Provisionales respecto Paraguay. Resolución del 01/07/2011.

Fornerón e hija vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 27/04/2012.

Rodríguez Escobar Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 09/03/2018.

La enseñanza jurídica en torno al acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. Aportes para un programa de estudios

Laura Noemí Lora[208] *y Laura Vanesa Medina*[209]

1. Introducción

La presente ponencia pretende compartir los aportes científicos realizados por los miembros del Proyecto UBACyT Programación Científica 2018-2020: "Derecho Sociedad e Infancia"[210], en el cam-

208 Abogada, Doctora en Derecho, Área Social. Universidad de Buenos Aires (UBA). Abogada. Especialista en Administración de Justicia y Sociología Jurídica. UBA. Facultad de Derecho. Docente Investigadora UBA categorizada por Ministerio de Educación. Directora del Proyecto de Investigación UBACyT, Programación Científica 2018-2020, "Derecho, Sociedad e infancia" y del Seminario sobre Sociología Jurídica. Lugar de trabajo: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Lucas Gioja" (Facultad de Derecho - UBA).

209 Abogada, con orientación en Derecho Privado, graduada de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (FD-UBA), 2009. Especialista en Derecho del Trabajo, FD-UBA, 2017. Graduada de la Carrera y Formación docente, FD-UBA, 2014. Maestranda de la Maestría en Derecho del Trabajo, Tesis final en curso, FD-UBA, 2016. Docente auxiliar en la cátedra de Sociología del Derecho, Departamento de Ciencias Sociales, materias "Metodología de la investigación social" y "Los criterios de selección en el instituto de la adopción", a cargo de la Dra. Laura N. Lora, FD-UBA. Expositora, ponente, forista, coordinadora de comisión, en Congresos de Derecho y de Sociología Jurídica, nacionales, internacionales y mundiales. Investigadora en formación, desde el año 2009 hasta la actualidad integra Proyectos de Investigación UBACyT acreditados por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UBA, bajo la dirección de la Dra. Lora; Programaciones Científicas 2008-2010: "Sociedad e Instituciones. El modo de pensar la infancia", 2010-2012: "Nuevas aproximaciones socio- jurídicas al modo de pensar la infancia", 2012-2015: "La infancia herida. Perspectiva socio-jurídica", 2014-2017: "Los conflictos socio-jurídicos en torno a la infancia. Nuevos escenarios". Actualmente coordina el "Seminario Permanente de Sociología Jurídica", Directora Lora Laura N., del Instituto Ambrosio L. Gioja, FD-UBA; e integra el Proyecto de Investigación UBACyT titulado "Derecho, Sociedad e infancia", Programación Científica 2018-2020, Resolución (CS) Nº 1041/18, Directora Dra. Lora. Lugar de trabajo: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA, Dir.: Figueroa Alcorta 2263, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Ejerce la profesión de abogado en forma independiente en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincia de Buenos Aires, República Argentina.

210 Lora Laura Noemí (Directora), Proyecto de Investigación UBACyT titulado *"Derecho, Sociedad e infancia"*, Programación Científica 2018-2020, de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad de Buenos Aires, Resolución (CS) Nº 1041/18, Código de proyecto N° 20020170100526BA.

po del acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes (NNyA). Así, se abordan los resultados alcanzados en las investigaciones sobre la temática, junto con referencias al estado del arte.

Asimismo, se propone reflexionar acerca de las prácticas pedagógicas en la enseñanza del Derecho, a través de las herramientas metodológicas que brindan las ciencias sociales y en particular las ciencias de la educación.

También a partir del conocimiento sistematizado con base en distintas experiencias se propone el desarrollo de un programa de estudios referido a la temática acceso a la justicia de NNyA, como problemática específica de la niñez; el diseño de un *proceso de enseñanza-aprendizaje* que promueva la investigación, contribuyendo a la producción de conocimientos sobre los atributos, las características de los distintos actores/as que dan fundamentos y aportes al funcionamiento de los fenómenos y/o hechos sociales, en los que Derecho se gesta, se aplica y orienta las conductas sociales.

A su vez, la aludida propuesta permite el desarrollo de líneas de investigación con abordajes provenientes del campo de la sociología jurídica, que contribuyan a superar los desafíos que presenta la actual enseñanza jurídica de los derechos humanos de la infancia.

A su vez, se destaca que *la transferencia de resultados* tanto de los *procesos de investigación*, como, de los *procesos de enseñanza-aprendizaje*; con posterioridad se difunde y hace extensiva a la comunidad mediante la organización de distintas actividades de extensión universitaria.

En relación con la metodología utilizada, esta es cualitativa, de alcance descriptivo, permitiendo construir a partir de diferentes marcos teóricos conocimientos sociológico jurídico y pedagógico, sobre acceso a la justicia de NNyA, que valoran los resultados de estudios empíricos.

2. Desarrollo

El acceso a la justicia constituye una temática que conlleva el análisis de categorías conceptuales, ideológicas y normativas respecto a la administración de justicia, al derecho al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en situaciones que involucran la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de los justiciables.

Como se ha señalado en investigaciones previas, “importa una obligación del Estado de Derecho que aún continúa pendiente de realización efectiva para gran parte de la comunidad mundial, por

ello y en este sentido el derecho internacional de los derechos humanos ha elaborado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole idóneos y efectivos para reclamos ante la vulneración de los derechos fundamentales.[211] Se recuerda que la obligación de los Estados no es solo negativa –de no impedir el acceso a esos recursos–, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impidan o limiten el acceso a la justicia".[212]

De esta problemática global (…), no escapa la realidad que atraviesan NNyA para quienes el Estado argentino ha previsto la existencia de vías legales para su defensa y control, que los empoderan y legitiman para acceder a la justicia por sí mismos.[213, 214] En este

211 "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sistematizado la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto propia, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH"), sobre cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales: 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales y; 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos. Estos estándares no solo tienen un importante valor como guía de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("CADH") para los tribunales nacionales, sino que pueden contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, y a fortalecer los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, así como los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia"; Organización de los Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *"El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos"*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 2007.

212 Medina Laura Vanesa, "Aspectos Socio-Jurídicos del Acceso a la Justicia de Niños, Niñas y Adolescentes", ponencia presentada en el XIV Congreso Nacional y IV Latinoamericano de Sociología Jurídica "Conflictos sociales y confrontaciones de derechos en América Latina", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba -Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en Córdoba, Argentina, 17, 18 y 19 de octubre de 2013, pág. 3.

213 Por supuesto que, el reconocimiento de los derechos de los NNyA y la regulación normativa de las herramientas destinadas a garantizar su acceso a la justicia, no son suficientes para el efectivo *ejercicio* de sus derechos. Sin embargo, dicho reconocimiento es un aspecto relevante hacia la tutela de sus derechos y garantías.

214 Medina Laura Vanesa, "El Acceso a la Justicia de NNyA frente a la sanción del Código Civil y Comercial de Nación", ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Sociología Jurídica "Nuevos escenarios latinoamericanos. Debates socio-jurídicos en el marco del Bicentenario", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,

sentido, se ha abordado el estudio del acceso a la justicia de NNyA desde distintas dimensiones socio-jurídicas, que se transcriben a continuación.

"Es así que, normativamente, se ha explorado el 'derecho de defensa', como unidad de análisis del concepto amplio de 'acceso a la justicia'; en sus dos aspectos, material (derecho a ser oído) y técnico (derecho a una asistencia jurídica especializada y la figura del abogado del niño). Al respecto se ha concluido:

'La legislación argentina se enrola en el mentado paradigma de la '*protección integral'* de la infancia. Consagra la participación activa de los NNyA en los procedimientos judiciales o administrativos que los afecten, y su derecho a la defensa técnica (en sus dos aspectos: *defensa material* –derecho a ser oído o autodefensa– y *defensa técnica* –derecho a una asistencia jurídica especializada de su elección y gratuito–); otorgando garantías mínimas y derechos tendientes a la satisfacción de su *'interés superior'*. Conforme a ello, la asistencia letrada o el patrocinio jurídico independiente de NNyA, ejercido por el abogado del niño, constituye una garantía mínima de procedimiento y una herramienta que posibilita el ejercicio del derecho a ser oído. Siguiendo este argumento, de nada vale el derecho a ser oído sino se lo puede ejercer. A su vez, a partir del análisis doctrinario se podría afirmar que, la defensa técnica propiamente dicha es la ejercida por el abogado del niño, quien, con su conocimiento técnico, contribuirá a que las manifestaciones de aquél no adquieran para el intérprete cualquier sentido, sino solo el tendiente a la irrestricta defensa de sus intereses particulares. Sin embargo, esta figura aún no goza de plena aplicación en los tribunales judiciales, sea porque persisten 'resistencias diversas ante el rol del abogado del niño', porque la labor de estos 'dependen de la predisposición del juez interviniente' o porque no tienen 'un protocolo de actuación', siendo la base de su trabajo 'el contacto con el niño/a o adolescente, y el bloque de leyes protectivas'. Este rol, a su vez, no puede confundirse con la intervención promiscua del defensor público de menores e incapaces, toda vez que este último 'es un defensor de los derechos de los niños desde la perspectiva del interés social'. En este sentido, en virtud del trabajo de campo realizado, se identifican fortalezas y debilidades en la implementación de la ley 26.061, algunas de ellas referidas al ejercicio y alcance del derecho a ser oído de NNyA, y la figura del abogado del niño. No obstante ello, paulatinamente

---

Universidad Nacional de Tucumán -Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en San Miguel de Tucumán, Argentina, 5, 6 y 7 de octubre de 2016, pág. 3.

los diversos operadores jurídicos, abogan por la efectividad de los derechos y en particular, los abogados del niño fundamentalmente reclaman 'su reconocimiento en el espacio de la justicia'".[215]

Asimismo, partiendo de los enfoques provenientes de la sociología de la infancia se ha indagado si el acceso a la justicia condiciona la concepción misma del niño como sujeto de derecho, esto permitió las siguientes consideraciones:

"Los niños y las niñas necesitan acudir o se enfrentan al sistema de justicia por diferentes razones y circunstancias personales y legales. El acceso a la justicia de los NNyA debería constituir siempre una garantía para el respeto y la realización de sus derechos. Sin embargo, demasiado a menudo en su relación con los sistemas judiciales, experimentan situaciones de desprotección en gran parte debido al desconocimiento de los derechos de la infancia por parte de los operadores jurídicos, así como a la falta de recursos especializados y adecuados para dar respuesta a situaciones judiciales en las que intervienen niños.[216]

El acceso a la justicia de NNyA es un *hecho*[217] socio-jurídico, regulado normativamente por el Estado argentino quien, en virtud de

215 Lora Laura Noemí y Medina Laura Vanesa, "Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. El derecho del niño a ser oído y el Abogado del niño"; ponencia presentada en el XIII Congreso Nacional y III Congreso Latinoamericano de Sociología Jurídica "Debates socio-jurídicos en torno a los cambios sociales en Latinoamérica", Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica-Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en Viedma, Río Negro, Argentina, 8, 9 y 10 de noviembre de 2012, pág. 20.

216 Rodríguez, Román y Escorial, "Infancia y Justicia: una cuest*ión de derechos. Los niños y las niñas ante la administración de justicia en España",* Editorial Save the Children, 2012, p. 15.

217 "Entendido en el sentido sociológico que Durkheim le otorga al *hecho social*, esto es, como hechos exteriores al individuo, que moldean las acciones humanas de un modo inevitable y significativo. Piensa Durkheim que en la vida social hay maneras de actuar, de pensar y de sentir que son externas al individuo y que poseen el poder de ejercer coacción sobre él. Los fenómenos sociales hunden sus raíces en los aspectos colectivos de las creencias y las prácticas de un grupo. Es posible, por lo tanto, transpolar estos conceptos a la noción del paradigma de la protección integral de la infancia, en la medida en que este denota la valoración que a nivel mundial se le ha reconocido a la infancia. En este sentido, la plataforma normativa protectora de los derechos de la niñez, constituyen la expresión del conjunto de creencias y prácticas que la comunidad mundial contemporánea aprecia en relación con los niños; lo que constituye un verdadero fenómeno socio-jurídico. Sobre Émile Durkheim, ver Timasheff Nicholas, *La teoría sociológica,* México, Fondo de Cultura Económica, 1961, pp. 141-143", en Medina Laura Vanesa "El acceso a la justicia de NNyA frente a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación", ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Sociología Jurídica "Nuevos escenarios latinoamericanos. Debates sociojurídicos en el marco del Bicentenario", Comisión 5, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán-SASJu (So-

haber suscripto tratados internacionales tales como la CID y las Reglas de Brasilia; está obligado a garantizar los recursos y potencialidades necesarios para superar cualquier obstáculo para su ejercicio.

La importancia del efectivo acceso a la justicia, reside en que este es un factor que condiciona el carácter de *sujetos de derechos*, pues si estos no pueden ejercer eficazmente su derecho de acceso a la administración de justicia, sea por condicionamientos económicos, 'desigualdades de poder'[218] (aspectos estructurales) o bien por obstáculos culturales y/o sociales; el sistema normativo de protección integral de la infancia se torna laxo de contenido; y todos los derechos de los que son portadores NNyA no son más que meras disposiciones legales, ineficaces e inútiles, cuyas intenciones acaban en el plano del *formalismo jurídico* (…) El reconocimiento del derecho del niño a ser *escuchado* en todos los asuntos que lo afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la CIDN. El objetivo de lograr oportunidades de aplicar el artículo 12 hace necesario desmantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten'.[219]

Como es posible observar, estos estudios permiten reflexiones sobre la temática del acceso a la justicia como principal derecho a ser respetado en los ámbitos donde se adopten decisiones que afecten los derechos o intereses de la niña, niño o adolescente, por cuanto su ejercicio materializa la noción de NNyA como sujetos activos de derechos, con intereses y opiniones propios que merecen protección legal".[220]

Estas reflexiones y los resultados transcritos oportunamente, fueron el antecedente de los estudios que posteriormente se realizaron por los integrantes del equipo UBACyT acerca de las modifica-

---

ciedad Argentina de Sociología Jurídica), San Miguel de Tucumán, Tucumán, Argentina, 5, 6 y 7 de octubre de 2016, pág. 5.

218 Bergoglio refiere que las diferencias económicas y educativas implicadas en la estratificación social por clases, se convierten en desigualdades de poder, que se traducen en desigualdades frente al Derecho. En definitiva, los condicionamientos en el acceso a la justicia implican desigualdades políticas dado que importan capacidades diferenciales de los justiciables de emplear el poder coercitivo del Estado para perseguir sus intereses individuales. Ver, Bergoglio María Inés, "Desigualdades en el Acceso a la Justicia Civil: diferencias de género", publicado en *Anuario IV*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1999, pp. 129-145.

219 Medina, *op. cit*., pág. 2.

220 Medina, *op. cit*., pág. 6.

ciones normativas en la temática, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

"Al respecto, se advierte que el CCyC identifica a los NNyA como sujetos plenos de derecho. Estableciendo que se debe *escucharlos* en todo proceso judicial y extrajudicial en que sean parte, considerando su autonomía progresiva. Reconoce, además, el *ejercicio* gradual de sus derechos en función de su edad y grado de madurez suficiente; garantizando así la valoración de la percepción y los sentimientos de cada NNyA en las cuestiones que los afecten. Un claro ejemplo de ello, es la aptitud que les reconoce entre los trece y dieciséis años para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física (art. 26 CCyC). Se observa que la reforma profundiza el modelo de protección integral de derechos, ya vigente en el país con la ley nacional 26.061, las demás normas provinciales de protección de NNyA y; con las normas internacionales de derechos humanos con garantía constitucional, entre las que se destacan la CID y, en cuanto al acceso a la justicia en particular, las Reglas de Brasilia.[221] En suma, se advierte que el CCyC contiene disposiciones que coadyuvarán a la tramitación, resolución y ejecución de decisiones judiciales en las que NNyA sean parte. Sin embargo, del conjunto de la normativa vigente en relación con la infancia, se identifica que persiste la necesidad de incorporar una regulación de tipo procedimental, para garantizar que el acceso a la justicia de NNyA goce de mayor efectividad y eficacia".[222]

Estos estudios, a su vez, se complementan con los resultados de otras investigaciones realizadas en el marco de Proyectos UBACyT, relacionadas con áreas específicas del Derecho[223]; identificándose

221 Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. Su paradigma radica en la importancia de garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad las condiciones necesarias para el efectivo acceso a la justicia; entre esas causas de vulnerabilidad identifica, precisamente, a la edad de las personas, ocupándose de los NNyA a los que, en consonancia con la CID, los considera tal hasta los 18 años. En el año 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió a estas Reglas mediante la acordada 5/2009 Expediente N° 821/2009.

222 Medina, *op. cit*., pág. 17.

223 Desde la perspectiva civil, siguiendo los lineamientos de la especialista en Derecho Civil, Medina Graciela al analizar el principio de tutela judicial efectiva, se observa que, si bien los principios generales procesales por su alto grado de abstracción no pueden suministrar el procedimiento a seguir, estos sirven para orientar la actividad creadora del poder judicial en la tramitación de los conflictos familiares además de uniformar las respuestas

así, en el ámbito civil, a los procesos de mediación[224] como una ins-

procesales en todo el país (Medina, Graciela; "El "Proceso de Familia" en el Código Unificado", disponible en
http://www.saij.gob.ar/graciela-medina-proceso-familia-codigo-unificado-dacf150456-2015-08/123456789-0abc-defg6540-51fcanirtcod). Las disposiciones de los artículos 550 a 553 del CCyC han sido analizadas desde esta perspectiva por Bermejo Paula y Gareca Luis A., "*Medidas frente al incumplimiento de órdenes judiciales en materia alimentaria"*, ponencia presentada en el Congreso de Práctica Profesional, Facultad de Derecho, Universidad Buenos Aires, desarrollado en agosto y septiembre de 2017.
A su vez, desde el derecho penal, se abordan las nuevas formas del acceso a la justicia en casos de violencia, el rol y la función de la Oficina de Violencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como también, el delito de trata de personas y sus repercusiones en niños, niñas y adolescentes (Delgadillo Sergio, "Nuevas formas de acceder a la justicia: la oficina de violencia doméstica y la cuestión de género", ponencia presentada en el XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica "Problemas Sociales de Latinoamérica: Desafíos al campo jurídico", Universidad Nacional de La Pampa –Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en Santa Rosa La Pampa, 3 y 4 de noviembre de 2011 y, "El nuevo concepto jurídico de la trata de personas. Acceso a la justicia y condición de vulnerabilidad. Situación de niños, niñas y adolescentes", ponencia presentada en XIII Congreso Nacional y III Congreso Latinoamericano de Sociología Jurídica "Debates socio-jurídicos en torno a los cambios sociales en Latinoamérica", Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica -Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en Viedma, Río Negro, Argentina, 8, 9 y 10 de noviembre de 2012); mientras que, Rosario Martínez Sobrino aborda la investigación acerca de la flagrancia. La profundización de estas líneas de investigación, se tradujo en la aparición de artículos en la Revista de Derecho Procesal Penal Alternativas a la prisión Arresto domiciliario e Interés Superior del Niño" (Donna Edgardo (Dir.), que destacan las prácticas jurídicas en torno a la infancia en el campo del derecho penal. La compilación realizada por el equipo UBACyT, permitió delinear en forma teórica y empírica los nuevos escenarios por los que transita la infancia y los desafíos que se les presentan a los profesionales que se ocupan de estos temas. Martínez Sobrino Rosario se ocupó de desgravar las siguientes exposiciones que se publicaron como capítulos de la Revista, en el año 2016: Grandoso; "Arresto domiciliario desde la mirada de sus protagonistas", "Arresto domiciliario e interés superior del niño", "Criterios socio jurídicos de los operadores", Gallo; El interés superior del niño como baremo del artículo 34, inciso f, de la ley 24.660, Palliotti; "El interés superior del niño como pauta de otorgamiento del arresto domiciliario" Martínez Sobrino, entre otros trabajos.

224 Al respecto, Lora Laura Noemí en el "Estado actual de conocimiento sobre el tema", Proyecto UBACyT Programación Científica 2018-2020: "Estado, Sociedad e Infancia"; refiere que es posible señalar que "En Argentina existe consenso en sostener que la administración de justicia está en crisis, generando nuevos conflictos y paralelamente obstáculos en el acceso a la justicia. Ante la insuficiencia del Poder Judicial para la resolución de los conflictos Gladys Álvarez propone un concepto amplio de administración de justicia a través del cual se tengan presente las formas alternativas de resolución de conflictos, destacando la necesidad de referirse al concepto "acceso a justicia". Sostiene así que el derecho de acceso a la justicia no solo supone acceder a un procedimiento judicial efectivo dentro de la estructura jurisdiccional del Estado, sino que también exista una amplia y heterogénea red de resolución de conflictos. Plantea la existencia de una ley de subsidiariedad a través de la cual el Poder Judicial sea el último recurso al que se acuda para la resolución de conflicto salvo cuando existan casos especiales que, por su naturaleza y por estar comprometido el orden público o por razones impuestas por la ley, hagan necesaria la intervención del Poder Judicial (Álvarez Gladys, *La mediación y el acceso a la justicia;* Rubinzal Culzoni, 2003;

tancia previa susceptible de generar aportes concretos que contribuyan a mejorar el acceso a la justicia de NNyA y; en el ámbito penal, la flagrancia y la trata de personas que incluye el tema del tráfico de niñas, niños y adolescentes, trabajo infantil, entre otros, se señalan como situaciones y escenarios específicos, en donde el derecho de acceso a la justicia resulta vulnerado y sus abordajes ineficaces.

A su vez, al elaborar el estado del arte de la temática en nuestros proyectos se observó que los estudios de especialistas argentinas/os en el campo de los estudios socio-jurídicos sobre administración de justicia nos brindan valiosas contribuciones. Entre estos podemos mencionar las investigaciones de Felipe Fucito y su equipo sobre las profesiones jurídicas: los perfiles de los abogados bonaerenses, jueces, estudiantes de Derecho y sus análisis sobre la Reforma de la justicia.[225] También sobre la perspectiva de género en la administración de justicia[226] como por ejemplo estudios sobre derecho género y sexualidad desarrollados por Gerlero Mario, presentados en el marco de los Congresos de Sociología Jurídica y otros espacios institucionales a través de bibliografía específica, que nos permiten abordar temas actuales como el de las infancias trans con más herramientas conceptuales y teóricas. Desde un enfoque socio-político-jurídico los estudios de la Socióloga del Derecho Bergoglio María Inés[227] sobre acceso a la justicia y mediación son también trascendentales. Además contamos con los trabajos de las profesoras e investigadoras de la Universidad Nacional de La Plata, González Manuela y Sala-

---

pp. 15 a 29. Highton, Elena y Alvarez, Gladys; *Mediación para resolver conflictos;* Buenos Aires; pp. 25 y 26. Falcón, Enrique M., *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos: negociación, mediación, conciliación;* Rubinzal Culzoni, 2012, Álvarez, Gladys; *La mediación y el acceso a la justicia; op. cit*.; pp. 31 a 47)".

225 Fucito Felipe, *Sociología General, Conceptos básicos y evolución histórica. Teoría sociológica e investigación. Sociedad y cultura. Normatividad y conducta,* Buenos Aires, Ed. Universidad, 1999. Conferencia sobre Reforma Judicial y sus límites. Ciclo de almuerzos académicos para profesores de la Facultad, Universidad de Buenos Aires, octubre 2017. De los estudios de sociología jurídica, se destacan en la Universidad Nacional de Córdoba, los de Lista Carlos, también, en la Universidad Nacional de La Plata, los de González Manuela y Bianco Carola, Salanueva Olga, entre otros.

226 Gerlero Mario, *Introducción a la Sociología Jurídica: actores, sistemas y gestión judicial*, Buenos Aires, Ed. Grinberg, 2006. Recientemente publicó "Lecciones de Sociología Jurídica", 2016. Sus trabajos sobre derecho género y sexualidad contribuyen para analizar temáticas como la situación de la niñez transexual.

227 Bergoglio María Inés; "Reforma judicial y acceso a la justicia Reflexiones a propósito de la mediación judicial en Córdoba", *El Acceso a la Justicia en Latinoamérica*, Sonia Boueiri Bassil (Comp.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, Ed. Dykinson.

nueva Olga que analizan la variable de la pobreza en este tema.[228] Sobre profesiones jurídicas son de utilidad en nuestras investigaciones estudios de profesores latinoamericanos, como por ejemplo, los artículos escritos sobre estos temas por el Sociólogo del Derecho colombiano German Silva García[229]; que en su trabajo sobre teoría sociológica de las profesiones jurídicas y la administración de justicia, resalta la importancia que tiene la teoría de las profesiones jurídicas, tanto proveniente del campo de los estudios sociológicos de las profesiones como de la sociología jurídica, para el análisis de las prácticas jurídicas. En este trabajo se manifiesta en contra de la opinión de Luhmann expresada, en cuanto a que consideraba la cuestión de la profesión de abogado como un asunto ajeno a la sociología del derecho, citando para ello la referencia de su afirmación (Luhmann: 1985 según Silva Garcia 2009). Para Silva García los atributos y características de la profesión jurídica repercuten, directa e indirectamente, en la interpretación sobre la operación o aplicación del derecho en la vida social, luego su conocimiento e investigación son indispensables para hacer sociología jurídica.

De la academia europea autores alemanes valiosos por sus aportes a nuestra tarea son los trabajos del abogado filósofo y sociólogo egresado de la universidad de Frankfurt, profesor de Filosofía y Sociología Jurídica en la Universidad Libre de Berlín hasta 2011, profesor también en las Facultades de Derecho de la Freie Universität y Humboldt-Universität, Rottleuthner Hubert. Su trabajo sobre Sociología de las ocupaciones jurídicas, publicado en un libro en homenaje a Renato Treves, especialmente su enfoque teórico del conflicto[230], nos orientan en la realización de trabajo socio-jurídico-empírico.

Se utilizan como guía las contribuciones del profesor emérito de la Universidad de Milán Vincenzo Ferrari.[231] En sus palabras, la

228 Salanueva O., Gonzalez Manuela, "Los pobres y el acceso a la justicia", Universidad Nacional de La Plata, 2011.

229 Para este sociólogo, la teoría acerca de la profesión jurídica, los avances alcanzados en el proceso de construcción teórica sobre lo que es una profesión, resultan de significativa relevancia para el análisis de las prácticas jurídicas o, mejor, de la operación del control social jurídico. Ver más en https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2496

230 Rottleuthner, Hubert, 1989, "Sociología de las ocupaciones jurídicas", en Bergalli Roberto (coord.) *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica (Barcelona, 7-9 abril de 1988): homenaje a Renato Treves, Barcelona, PPU.

231 Ferrari Vincenzo, fue distinguido con el título de Doctor Honoris Causa de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2014, ese mismo año la Universidad Nacional de Rosario también lo distinguió como Doctor Honoris causa; Actualmente es Profesor emérito de la Universita degli Studi di Milano, Facolta di Giurisprudenza. Fue Director

Sociología del Derecho es más prometedora en América Latina que en Europa, donde sobrevive normalmente enseñada por juristas y no por sociólogos del derecho, afronta para su porvenir la necesidad de desarrollar investigaciones empíricas, estudiando casos con un cometido que sea analítico y cualitativo. Este tipo de investigaciones permite ver no solo lo que efectivamente se hace, sino que, además, y dado que el sistema no es una "máquina cibernética", observar cómo el sistema funciona a través de las acciones individuales y colectivas de grupos que actúan dentro o a través de él.[232] Por su parte, como se ha mencionado los señalamientos de la socióloga Gaitán Lourdes en cuanto a que la sociología de la infancia se orienta por tres objetivos principales: a) contribuir al crecimiento de las ciencias sociales en general, incorporando la visión de uno de los grupos componentes de la sociedad, a menudo olvidado; b) aportar explicaciones sociológicas en el necesario enfoque interdisciplinar de un fenómeno complejo como es la infancia; c) dar visibilidad a los niños como actores sociales, en línea con las orientaciones de la Convención Internacional que reconoce a los niños y niñas como sujetos de derecho (…) De esta manera 'la perspectiva tradicional sobre la infancia se encuentra desafiada actualmente por un nuevo interés de la sociedad hacia los niños, que guarda relación con la profundización en los derechos a su protección, expuesta a nuevos riesgos relacionados con la globalización de los mercados o con la internacionalización de los delitos contra los menores, por ejemplo, pero también afectada por viejos problemas como son la explotación y la pobreza (…) que presentan nuevos desafíos no solo para el Estado.[233]

También se destacan en esta ponencia los aportes sobre acceso a la justicia y niñez del trabajo realizado conjuntamente por González,

---

Científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica en Oñati, País Vasco, España, período 2016-2018. Ha colaborado con el Grupo UBACyT mediante charlas y conferencias organizadas en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de Rosario. La Directora del proyecto, Dra. Lora Laura N., tradujo del italiano al castellano diversos artículos de Ferrari.

232 Este fragmento fue extraído de la Conferencia "Derecho e Interacción social orden y conflicto en una democracia que cambia", realizada el 29 de septiembre de 2014 en el Salón Azul, FD-UBA. Actividad organizada conjuntamente por el Proyecto UBACyT "Los conflictos socio jurídicos en torno a la infancia. Nuevos escenarios", dirigido por la Dra. Lora y el Departamento de Filosofía del Derecho y el Departamento de Ciencias Sociales, de la Facultad de Derecho, UBA. Esta conferencia será publicada en el libro que está editando Eudeba, 2020 (en prensa).

233 Gaitán Muñoz Lourdes, "La nueva sociología de la infancia. Aportaciones de una mirada distinta", *Revista Política y sociedad*, *Sociología de la Infancia* Vol. 43, Núm.1, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, España, 2006, pág. 10.

Manuela y Lora, Laura N.[234], quienes estudian las transformaciones sociales y jurídicas relativas al campo del derecho privado en torno a las familias y la infancia, a través de la sistematización de ponencias presentadas en el transcurso de diez años de funcionamiento de la Comisión de Familia e Infancia, de los Congresos Nacionales y Latinoamericanos de Sociología Jurídica. Se resalta la influencia que tenido la Convención de los derechos del Niño al momento de legislar en estas materias, así como también las políticas públicas y las prácticas en su implementación para identificar si se garantiza el interés superior del niño".[235]

En conjunto, estos estudios y aportes, a las distintas líneas propias de investigación del equipo UBACyT, se relacionan con el interés superior del niño, con su desarrollo integral y con los obstáculos que los NNyA encuentran en el acceso a la justicia. Sus resultados permiten identificar que el acceso a la justicia, ha sido una de las temáticas principales que investiga la sociología jurídica, sin embargo encuentra poco desarrollo como objeto de estudio en relación con la infancia y la adolescencia.

En efecto, desde una perspectiva sociológica Pavez Soto (2012) señala que los niños y las niñas son considerados "[…] actores sociales que participan de diversas maneras en la vida social, aunque de forma diferente a las personas adultas, tal vez por eso no siempre su acción social es visible para toda la sociedad". De esta manera aparece con la sociología contemporánea la necesidad de revisar el concepto de infancia y estudiar cómo las leyes y las políticas públicas destinadas a estos actores sociales los afectan y de qué modo los niños, niñas y adolescentes participan.

Para construir un concepto socio-jurídico de manera integral e interdisciplinaria, se indaga en distintas fuentes que lo abordan: en las normativas, la producción académica especializada, los estudios de doctrina y la jurisprudencia de las distintas ramas del derecho, así como también en las definiciones, prácticas de los profesionales, actores y movimientos sociales involucrados en las temáticas y problemáticas atravesadas por el término en distintas áreas del derecho de familia y del derecho penal. Todo ello, sin dejar de tener en cuenta

234 González M., Lora L. N., "Aproximaciones socio jurídicas al modo de pensar las familias y la infancia" en Lista Carlos y González (comp.) *La sociología jurídica en Argentina. Tendencias,* Bs. As., Eudeba, 2011. Lora Laura N. (Dir.), "Cuadernos de Enseñanza Nuevas aproximaciones socio jurídicas al modo de pensar la infancia", Programa de transferencia de resultados de la Secretaría de investigación de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2014.

235 Lora Laura N., *op.cit*, pág. 4.

el contexto socio-histórico y político en el que estos conocimientos se producen. En este sentido, los distintos modos de pensar y de regular los derechos de los niños plantean diversos interrogantes sociológicos relativos a la subjetividad, y manera en que se constituye en una niña, niño o adolescente que forma parte de distintos sistemas familiares, culturales, sociales, jurídicos y políticos. ¿Qué es la subjetividad? ¿Qué aspectos del ser humano comprende? Estos interrogantes no serán aquí abordados, pero son centrales en los estudios sociológicos de la infancia y sus nuevos paradigmas. En este sentido, al examinar los significados y alcances de la noción interés superior del niño, se podría analizar si estos nuevos significados permiten una interpretación de mayor beneficio para las NNyA respecto de anteriores definiciones del concepto en las que se resaltaba por ejemplo su indeterminación. Sigue teniendo actualidad el afirmar que este interés hay que evaluarlo en el caso en concreto, evaluación que requiere entre otros aspectos considerar los efectos de su aplicación. Si estos fueran injustos no podría sostenerse su realización efectiva y concreta de derechos; o lo que hoy se estima beneficia mañana se puede pensar que perjudica, entre otras definiciones que se brindan a partir de las funciones que cumple como principio.[236] Así, se identifica que el interés superior del niño apunta a constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a su protección y a modificaciones legislativas que pretendan una adecuación a la CID.

De esta manera este trabajo se propone hacer un aporte en este campo disciplinar y especialmente compartir los interrogantes que surgen considerando estos diversos enfoques: ¿qué sucede cuando se traslada esta observación a la enseñanza jurídica? ¿Qué sucede cuando se enseña a descubrir la estructura básica de la sociedad humana, identificando las principales fuerzas que mantienen unidos o separan a los grupos, y las condiciones del cambio en la vida social?

Al respecto, es posible señalar que, aún se advierte en la enseñanza del Derecho la prevalencia de una propensión a un estudio meramente reproductivo de las fuentes normativas y demás saberes jurídicos; más que una predisposición a la promoción de procesos críticos, en los que los actores del *proceso enseñanza-aprendizaje*

236 Lora Laura N., "30 años de la noción interés superior del niño. Su interpretación y aplicación en el instituto de la adopción y del arresto domiciliario", *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, 2019, Nro. 23 (dic. 2019 -mayo 2020), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, disponible en http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/428 , pág. 98.

incursionen a través de distintas estrategias didácticas; por oposición a la tradicional *transmisión -aprehensión* verticalista de conocimientos, más allá de los perfiles más o menos "profesionalistas" de las facultades de Derecho nacionales.[237]

Este tipo de análisis es también realizado por Orler José, quien aborda las cuestiones relativas a lo disciplinar y lo institucional en la enseñanza focalizando en las Facultades de Derecho y refiriendo a la automatización de los campos académicos de producción, reproducción y difusión de bienes simbólicos y del proceso de objetivación de saberes y conocimientos remitiéndose a los marcos conceptuales de Bourdieu, uno de los principales sociólogos franceses de referencia y de gran influencia en temas de educación.[238]

En este sentido, a partir de las experiencias propias de trabajo como docentes investigadoras de la Facultad de Derecho es que se realiza un aporte específico para el desarrollo de un programa de estudios referido al acceso a la justicia de NNyA, como problemática específica de la niñez; que incluya "el diseño de un *proceso de enseñanza -aprendizaje* que promueva la utilización de procesos investigativos, contribuye(ndo) a la producción de conocimientos críticos sobre las características, los fundamentos y el funcionamiento de fenómenos y/o hechos sociales; a la vez que, permite reformular las herramientas metodológicas que se utilizan en las ciencias sociales, en particular, en la enseñanza del Derecho".[239]

"A su vez, debe destacarse, la necesariedad de articular la *transferencia* de dichos resultados y conocimientos construidos y *de-contruidos* hacia la comunidad, a través de la *extensión* universitaria. Al respecto, De Souza Santos identifica que esta es uno de los campos que debe reformar la universidad del siglo XXI, confiriéndole 'una nueva centralidad a las actividades de extensión (con implicaciones en el currículo y en las carreras de los docentes) y concebirlas (…) atribuyendo a las universidades una participación activa en la construcción de la cohesión social, en la profundización de la democra-

237 Medina Laura Vanesa, "La investigación en la enseñanza del Derecho", ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional y IX Latinoamericano de Sociología Jurídica "La Sociología Jurídica frente a los procesos de reforma en América Latina. A 100 años de la Reforma Universitaria", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires -Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en Buenos Aires, Argentina, 5, 6 y 7 de septiembre de 2018, pág. 14.

238 Orler José, "Especificidades del campo del Derecho: análisis crítico", capítulo III, *La articulación necesaria. Docencia e investigación en las Facultades de Derecho*, Ed. Prometeo, 2019.

239 Medina, *op. cit*., pág. 13.

cia, en la lucha contra la exclusión social, la degradación ambiental y en la defensa de la diversidad cultural'.[240] En este sentido, asimismo, el autor propone que los intereses científicos y la producción de conocimiento estén orientados a intereses sociales, es lo que denomina *investigación-acción*; entendiendo a esta como una instancia de mayor responsabilidad social de la universidad".[241]

3. Reflexiones finales

Desde un enfoque sociológico jurídico podríamos compartir las siguientes conclusiones provisorias como reflexiones finales.

Según Ferrari, las visiones sociológicas generales acerca de cómo funciona el Derecho, encuentran antecedentes y referentes en el modelo de Luhmann que, si bien tuvo éxito en varias partes del mundo, entre estas en América Latina, independientemente de la postura ideológica subyacente, es un modelo que no explica todo lo que podría explicar ya que se refiere al derecho como reductor de complejidad y estabilizador de contingencias y expectativas en un mundo sumamente contingente. Lo más prudente, en esta etapa de la Sociología del Derecho, es un modelo descriptivo más que explicativo, pues, "decir que es un modelo que nos explique lo que el sistema jurídico debería ser o podría ser, en el mejor mundo posible, no explica como efectivamente funciona, entonces presenta limitaciones.[242] Asimismo resalta la importancia de la comunicación de los medios individuales y profesionales del derecho: los abogados, los jueces, los juristas, los académicos y los escribanos a los que denomina como "los grandes expertos formales del derecho". Descripciones del sociólogo del derecho alemán Hubert Rottleuthner complementan el análisis, acerca de los temas clásicos de estudio de la sociología del derecho: validez, vigencia, cumplimiento, aplicación, efectividad y eficacia normativa, pasando por la teoría de los conflictos, el acceso a la justicia, llegando al tema de las profesiones jurídicas que indagan cuáles son las características de los operadores del derecho al momento de abordar los conflictos jurídicos.

---

240 De Souza Santos Boaventura, "La universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la universidad", México, UNAM, 2005, disponible en http://www.fts.uner.edu.ar/secretarias/academica/rev_plan_estudio_cp/materiales_de_lectura/universidad/03_de_Sousa_Santos-La_Universidad_en_el_siglo_XXI.pdf, pág. 42.

241 Medina, *op. cit*., pág. 14.

242 Ferrari V., Conferencia *"Derecho e interacción social. Orden y conflicto en una democracia que cambia", Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 29 de septiembre de 2014, disponible en el Departamento de Comunicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.*

Según Ferrari[243], es en el campo de los derechos humanos, durante las últimas décadas, en donde se provocan los conflictos más frecuentes entre derechos contrapuestos, y este es un punto muy delicado porque más contingencias traen mayor entropía, más complejidad y más riesgos. Esto niega o va en contra de la idea fundamental de que el sistema jurídico existe para reducir la complejidad y estabilizar las expectativas normativas de conducta, por lo menos tenemos que admitir que en el sistema jurídico y en el derecho pueden multiplicarse, provocando conflictos y no solucionándolos. Todo esto supone un cierto nivel de crisis del derecho. Así, se identifica que la investigación empírica es imprescindible para el conocimiento de las instituciones y las prácticas jurídicas para pulsar las tendencias y evaluar el cambio jurídico, señalando la urgencia de estos estudios en el campo de la infancia.

Frente a estas perspectivas, a su vez, se advierte que resulta necesario "*pensar* y *repensar* las prácticas pedagógicas en la enseñanza del Derecho, a través de las herramientas que brindan las ciencias sociales y las ciencias de la educación; pues ello constituye un puente hacia la formación de abogados capacitados para abordar los conflictos y escenarios propios de la realidad social.

En este sentido, siguiendo a Cardinaux y Clérico, "La formación de abogados en esta concepción (de formación jurídica) requiere el favorecimiento de una concepción crítica que incorpore no solo el estudio de las ciencias sociales que le permitirán describir y explicar fenómenos sociales relacionados con el derecho, sino también un análisis filosófico e histórico del derecho. Y más que teorías, aquí se impone el conocimiento de procedimientos que permitan descubrir qué se esconde detrás de cada norma, de cada decisión judicial, de cada conducta orientada normativamente. La formación de abogados requiere en esta concepción no solo el aprendizaje del conocimiento disponible que nos proporcionan las ciencias sociales, sino además el adiestramiento en un abordaje crítico, que supone poner entre paréntesis la ideología que anida en cada prescripción; y para esta tarea no se vale de la aplicación de un método positivista científico que pretenda una neutralidad incapaz de garantizar, sino que lo hace a través del ejercicio de una permanente crítica acerca de las funciones que el derecho cumple en nuestra sociedad, tratando de que en todo caso sirva a los fines emancipatorios y no al dominio de unos

243 Ferrari V., Lora Laura N. (trad.) Clase Magistral "Derechos humanos una perspectiva crítica de la sociología del derecho", Delannoy S.; Mack A.; Franichevich, (comp.) Ed., Universidad Nacional de Rosario.

sobre otros. Tanto una mirada filosófica como una histórica permiten contextualizar al derecho, ponerlo en la órbita de las relaciones de poder, desentrañar a quiénes sirve y para qué sirve, sobre qué base se legitima y qué prácticas valida. Todas estas tareas requieren pues una mirada holística, de una concepción que nada deje afuera y que integre a la filosofía y la historia con los estudios de cada rama del derecho. El profesor de derecho que requiere este modelo tiene una formación filosófica, histórica, científico-social y disciplinar en la rama del derecho que enseñe, que le permita integrar cada instituto jurídico con sus condiciones de surgimiento, su legitimación, sus funciones, su eficacia y su impacto sobre la sociedad. Estas tareas no se pueden desarrollar a partir de clases magistrales ni de la implementación del método de casos, sino que suponen un trabajo activo bajo la forma del seminario que, dando por supuesto el aprendizaje de las normas, la dogmática y la jurisprudencia, plantee aquellas otras actividades que acabamos de reseñar y que siempre requieren una mirada externa con respecto al derecho".[244]

Es entonces cuando se advierte que, la investigación constituye una de las funciones sustantivas de la Universidad. De allí la necesidad de fomentar la consolidación de las estructuras internas, que valoren los procesos investigativos. Es aquí donde se identifica que el *proceso de enseñanza-aprendizaje* resulta ser una herramienta válida y adecuada en tal sentido. Sucede que, 'investigar' en Derecho supone un estudio interrelacionado con las ciencias sociales, implica complementar saberes profesionales y académicos articulando diferentes disciplinas, entre ellas la sociología jurídica, en pos de dar respuesta a problemas sociales complejos. Es por ello que, resulta necesario *repensar* las formas que asume la construcción del conocimiento en la universidad, en el campo de las ciencias sociales, a través de las ciencias de la educación y así, abordar los desafíos que enfrenta".[245]

En este sentido, diez años de investigación del equipo UBA-CyT[246] dirigido e integrado por las autoras de este trabajo, entre los demás miembros citados a lo largo de este, constituyen la prueba empírica de la valía que los procesos investigativos aportan al co-

244 Cardinaux Nancy y Clérico Laura, "Formación docente universitaria y su relación con los 'modelos' de formación de abogados", en *Cursos y de formaciones docentes*, Facultad de Derecho, UBA, 2005, pág. 15.

245 Medina, *op. cit*., pág. 17.

246 Lugar de trabajo: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA, Dir.: Figueroa Alcorta 2263, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina.

nocimiento científico y, desde ya, a la enseñanza de las ciencias jurídicas; en la medida en que el grupo complementa la investigación académica con la actividad docente, en cursos de grado de la carrera de abogacía en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires. En estos cursos, los docentes utilizamos como herramienta didáctica al *proceso de investigación* propiamente dicho; siendo de este modo, la investigación, la estrategia didáctica prioritaria que se aplica para construir y *de*-construir los conocimientos *socio-jurídicos* abordados, como ser el acceso a la justicia de la niñez, entre otras problemáticas de la infancia.

Por otra parte, como se mencionó, es necesario que la *transferencia de resultados* derivados tanto de los *procesos de investigación*, como, a su vez, de los *procesos de enseñanza –aprendizaje*; se extiendan a la sociedad a la que pertenecen los propios miembros de la comunidad educativa.

Al respecto, es posible mencionar que el equipo UBACyT desarrolla en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires, múltiples actividades académicas en las que se proponen espacios para compartir conocimientos, experiencias y modos de abordar conflictos que involucran a niños, niñas y adolescentes. Estos eventos científicos van desde Workshops, Mesas Redondas y Jornadas interdisciplinarias, hasta el presente "Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia"[247], en que se abordan temáticas tales como acceso a la justicia, exigibilidad de derechos, teoría y prácticas interdisciplinarias para la niñez y la adolescencia, sistema penal e impacto en las personas menores de 18 años de edad, problemáticas en torno a migrantes, refugiados, desplazados y su impacto en la infancia, como también, su tratamiento en relación con pueblos originarios.

En definitiva, los años de desempeño en el área de estudios socio-jurídicos transitados por las autoras de esta ponencia, permiten advertir que *investigación*, *docencia* y *extensión*, desde un enfoque interdisciplinario del Derecho, resulta posible y, además, necesario para la Universidad y sus actores.

247 Desarrollado los días lunes 18 y martes 19 de mayo del 2020, a través de la plataforma Zoom, administrada por el Instituto Ambrosio Lucas Gioja, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires y transmitido en vivo por el canal oficial de YouTube del Instituto. Reviste la particularidad de ser el primer Congreso de alcance nacional e internacional realizado de manera completamente virtual, a raíz de las medidas dispuestas por el gobierno nacional de la República Argentina con motivo de la emergencia sanitaria, generada por la pandemia de COVID-19.

A más de cien años transitados desde la Reforma Universitaria de 1918, resulta interesante *re-pensar* que, precisamente, uno de sus postulados planteaba la necesidad de transformar la Universidad nacional en un centro de investigación científica, a la par de un ámbito de formación profesional.[248]

Se trata aún de un desafío en plena construcción y desarrollo.

4. Bibliografía

AA. VV., "Investigar en la Universidad: ¿Qué? ¿Para qué? ¿Con quiénes?", Secretaría de Estudios Avanzados Facultad de Ciencias Sociales. UBA; disponible en http://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/50513/CONICET_Digital_Nro.f353c56e-c1a8-4e4f-9f50-77b3e799f1ba_k.pdf?sequence=5&isAllowed=y, pág. 106 -120.

Bergoglio, María Inés, "Desigualdades en el Acceso a la Justicia Civil: diferencias de género", publicado en *Anuario IV*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1999, pp. 129-145.

Bergoglio, María Inés; "Reforma judicial y acceso a la justicia. Reflexiones a propósito de la mediación judicial en Córdoba" en *El Acceso a la Justicia en Latinoamérica*, Sonia Boueiri Bassil (Comp.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, Ed. Dykinson.

Brígido y Lista, "La enseñanza jurídica y el proceso de evaluación para la selección de funcionarios del Poder Judicial", *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Año 4, Número 8, 2006.

Cardinaux, Nancy y Clérico, Laura, "Formación docente universitaria y su relación con los "modelos" de formación de abogados", en Cursos y de formaciones docentes, Facultad de Derecho, UBA, 2005.

Dabove, Maria Isolina; Orler, José; "La promoción de la investigación científica en las facultades de derecho: un abordaje crítico del modelo académico argentino"; Universidad Nacional de Tres de Febrero; *Revista Argentina de Educación Superior*; 7; 11-2013; 8-26.

De Souza Santos, Boaventura, "La universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la universidad", México, UNAM, 2005, disponible en

http://www.fts.uner.edu.ar/secretarias/academica/rev_plan_estudio_cp/materiales_de_lectura/universidad/03_de_Sousa_Santos-La_Universidad_en_el_siglo_XXI.pdf

Ferrari Vincenzo, Conferencia "Derecho e interacción social. Orden y conflicto en una democracia que cambia", Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 29 de septiembre de 2014, disponible en el Departamento de Comunicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

248 Dabove, Maria Isolina; Orler, José; "La promoción de la investigación científica en las facultades de derecho: un abordaje crítico del modelo académico argentino"; Universidad Nacional de Tres de Febrero; *Revista Argentina de Educación Superior*; 7; 11-2013; 8-26.

Ferrari Vincenzo; Lora, Laura N. (trad.) Clase Magistral "Derechos humanos una perspectiva crítica de la sociología del derecho*",* Delannoy S.; Mack A.; Franichevich, (comp.) Ed., Universidad Nacional de Rosario.

Fucito, Felipe, *Sociología General, Conceptos básicos y evolución histórica. Teoría sociológica e investigación. Sociedad y cultura. Normatividad y conducta.* Buenos Aires, Ed. Universidad, 1999.

Gaitán Muñoz, Lourdes, "La nueva sociología de la infancia. Aportaciones de una mirada distinta", *Política y Sociedad*, Vol. 43 Núm.1, 2006, pág. 9-26.

Gerlero, Mario, *Introducción a la Sociología Jurídica: Actores, sistemas y gestión judicial*, Buenos Aires, Ed. Grinberg, 2006.

Hernández Sampieri, Fernández Collado, Baptista, en *Metodología de la Investigación*, cuarta edición, Editorial Mc Graw –Hill Interamericana, 2006.

Lora, Laura Noemí, "La calidad de vida en el instituto de la adopción. Perspectiva socio-jurídica", Tesis Doctoral, UBA, Facultad de Derecho, junio 2007.

Lora, Laura Noemí, *Sociedad e instituciones. El modo de pensar la infancia*, Buenos Aires, Eudeba, 2011.

Lora, Laura Noemí, Medina Laura Vanesa, "Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. El derecho del niño a ser oído y el Abogado del niño"; ponencia presentada en el XIII Congreso Nacional y III Congreso Latinoamericano de Sociología Jurídica "Debates socio-jurídicos en torno a los cambios sociales en Latinoamérica", Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica -Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en Viedma, Río Negro, Argentina, 8, 9 y 10 de noviembre de 2012.

Lora, Laura Noemí (Dir.), "Cuadernos de Enseñanza: Nuevas aproximaciones socio-jurídicas al modo de pensar la infancia", Programación científica UBACyT 2010-2012, Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho, Programa de Transferencia de Resultados de Investigación Convocatoria 2013, Facultad de Derecho, 2014.

Lora, Laura Noemí (Comp), *La infancia herida. Perspectiva socio -jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.

Lora, Laura Noemí, "Estado actual de conocimiento sobre el tema", Proyecto UBACyT Programación Científica 2018-2020: "Estado, Sociedad e Infancia", 2018.

Lora, Laura Noemí, "30 años de la noción interés superior del niño. Su interpretación y aplicación en el instituto de la adopción y del arresto domiciliario", *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, 2019, Nro. 23 (dic. 2019 -mayo 2020), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, disponible en http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/428

Medina, Laura Vanesa, "Aspectos Socio-Jurídicos del Acceso a la Justicia de Niños, Niñas y Adolescentes", ponencia presentada en el XIV Congreso Nacional y IV Latinoamericano de Sociología Jurídica "Conflictos sociales y confrontaciones de derechos en América Latina", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba -Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en Córdoba, Argentina, 17, 18 y 19 de octubre de 2013.

Medina, Laura Vanesa, "El Acceso a la Justicia de NNyA frente a la sanción del Código Civil y Comercial de Nación", ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Sociología Jurídica "Nuevos escenarios latinoamericanos. Debates socio-jurídicos en el marco del Bicentenario", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán -Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en San Miguel de Tucumán, Argentina, 5, 6 y 7 de octubre de 2016.

Medina, Laura Vanesa, "Aspectos socio-jurídicos del acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes", Capítulo III, *La infancia herida. Perspectiva socio jurídica*, Lora, Laura N. (Comp.), Buenos Aires, Eudeba, 2016.

Medina, Laura Vanesa, "La investigación en la enseñanza del Derecho", ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional y IX Latinoamericano de Sociología Jurídica "La Sociología Jurídica frente a los procesos de reforma en América Latina. A 100 años de la Reforma Universitaria", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires -Sasju (Sociedad Argentina de Sociología Jurídica), desarrollado en Buenos Aires, Argentina, 5, 6 y 7 de septiembre de 2018.

Medina, Laura Vanesa, "La investigación en la enseñanza del Derecho", ponencia presentada en el VIII Jornadas sobre Enseñanza del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, desarrolladas en Buenos Aires, Argentina, 3 y 4 de octubre de 2018.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *"*El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 2007.

Orler, Jose, *La articulación necesaria, docencia e investigaci*ón en las facultades de Derecho, qBuenos Aires, Prometeo, 2019.

Rodríguez, Román y Escorial, *Infancia y Justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la administración de justicia en España*, Editorial Save the Children, 2012.

Rottleuthner, Hubert, 1989, "Sociología de las ocupaciones jurídicas", en Bergalli Roberto (coord.) *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica (Barcelona, 7-9 abril de 1988): homenaje a Renato Treves, Barcelona, PPU.

Salanueva, O. y González, M., *Los pobres y el acceso a la justicia*, Universidad Nacional de La Plata, 2011.

Salanueva, O. y González, M., "Enseñanza del Derecho. Enseñar metodología de la Investigación socio-jurídica", *ANALES* Nº 41, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, U.N.L.P. 2011, pág. 306.

Silva García, Germán, "Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia", en *Prolegómenos, Derechos y Valores*, Volumen XII - Nº 23, enero-junio 2009, pp. 71-84, disponible en https://www.redalyc.org/pdf/876/87617260007.pdf

Violencia doméstica: impacto en niños, niñas y adolescentes

Rosario Martínez Sobrino

1. Introducción

Este artículo se elabora en el marco del Proyecto de Investigación UBACyT denominado "Derecho, Sociedad e Infancia".[249] Este proyecto continúa desarrollando la línea de trabajo vinculada a estudiar la temática del acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes (NNyA) que comprende el análisis de su participación en los procesos judiciales y administrativos, identificando el modo en que esta se adecua a los lineamientos establecidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

En este sentido, se pretende con el presente trabajo, a través de la utilización de métodos y técnicas cualitativas, abordar como nuevo escenario: la violencia doméstica. En particular su impacto en los niños, niñas y adolescentes. Cabe aclarar que dicho eje será analizado desde la perspectiva de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de la infancia con el fin de verificar si se garantiza el acceso a justicia del colectivo aludido. Asimismo, tomaré un enfoque teórico-normativo de la sociología del derecho, por ser el que contrapone las exigencias legales a la aplicación efectiva de la ley, analizando su aplicación, uso y eficacia por parte de la justicia local.[250]

En este sentido, como objetivo general me propongo conocer la respuesta de la Oficina de Violencia doméstica cuando se presentan a denunciar niños, niñas y/o adolescentes y como objetivo específico identificar y analizar si las prácticas aludidas son compatibles con los estándares internacionales y nacionales vigentes en materia de NNyA, identificando fortalezas, debilidades y si se garantiza el acceso a justicia de este colectivo.

---

249 La directora es la Dra. Laura N. Lora, Programación Científica 2018-2020 (20020170100526BA).

250 Rottleuthner, Hubert E*l derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica: Jornadas sobre Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica,* Barcelona, 7-9 abril de 1988: homenaje a Renato Treves p.123/138

2. La Oficina de Violencia Doméstica (OVD)

La OVD físicamente se encuentra en Lavalle 1250, CABA, Buenos Aires y cuenta con equipo interdisciplinario que atiende a la ciudadanía las 24 horas del día los 365 días del año. Esta modalidad obedece a que este organismo surgió para materializar lo dispuesto en la Acordada 33/04 CSJN[251] la cual estableció: "(…) afianzar la justicia implica, conforme reiterada y enfática doctrina del Tribunal, garantizar el efectivo acceso a la jurisdicción, en condiciones de igualdad. Que por lo demás, esta garantía ha sido objeto de compromisos asumidos por el Estado Nacional mediante la suscripción de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (arts. 18 y 24 DADH; arts. 8 y 10 DUDH; arts. 8.1, 24, 25.1, CADH; arts. 14.1 y 26 PIDH; arts. 2, 5, 15 y 16 CEDM)".

Así fue como la Acordada 39/2006[252] de la CSJN creo esta oficina "(…) con el objetivo de facilitar el acceso a justicia de las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad (…)".[253] Diez años más tarde la Acordada 21/16 del órgano aludido amplió la competencia a casos de trata de personas con fines de explotación sexual y/o de explotación de la prostitución.

Los servicios que brinda son los siguientes: "Ofrece información vinculada con la problemática de la violencia doméstica en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y la trata de personas con fines de explotación sexual o explotación de la prostitución en el ámbito Federal; Recibe el relato de las personas afectadas a fin de elaborar un informe de riesgo, labra las actas correspondientes y dispone la realización de los exámenes médicos que sean necesarios; Indica los cursos de acción posibles según el conflicto relatado y efectúa en cada caso las derivaciones pertinentes; realiza el seguimiento de las derivaciones a través de los informes que proporcionan las dependencias judiciales".[254] Es decir se verifican tres etapas, la admisión; atención del equipo interdisciplinario y finalmente la derivación. Al respecto, cabe agregar que el informe de riesgo lo confecciona en dos horas un grupo de profesionales de las áreas del derecho, la medicina, la psicología y el trabajo social, allí se evalúa

251 Link: http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp?ID=86457 (disponible el 9/5/2020).

252 Cfr. Acordada 39/06 CSJN disponible en internet el 9/5/2020 link: https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=8405.

253 Link: http://www.ovd.gov.ar/ovd/institucional.do (disponible el 9/5/2020).

254 Cfr. Link de la nota n°5.

el riesgo al que está expuesta la persona afectada en el momento en que realiza el relato.

3. Normativa aplicable en materia de acceso a justicia de NNyA

El primer instrumento que corresponde incluir en este apartado es la Convención sobre los Derechos del Niño la cual establece, entre otros, los siguientes principios: no discriminación (Art. 2), interés superior del niño (Art. 3), derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (Art. 6), derecho a la participación y ser escuchado (Art. 12). Así nuestro país se comprometió a garantizar el desarrollo de los niños de manera integral, debiendo primar el interés superior del niño en todas las decisiones que se adopten a su respecto –por parte de entidades privadas o estatales–, ello en pos de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la norma aludida.

A su vez, contamos con la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes la cual reglamentó la Convención de los Derechos del Niño instituyendo en su art.2° la aplicación obligatoria de aquella: "(…) 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".

En esta línea argumental cabe reseñar que la ley, en su art.3°, postula que el interés superior del niño será el faro que ilumine todos los procesos donde se incluyan NNyA, enunciando allí diversos derechos que deben ser respetados, protegidos y garantizados por el estado y demás instituciones y ordenando la creación de diversos órganos de asistencia como la Secretaría de la Niñez y el Consejo Federal de la Niñez, entre otros. Es decir, la normativa reseñada trajo aparejado un cambio de paradigma respecto de la concepción de los menores de edad puesto que les fue otorgado el carácter de sujetos de derecho con autonomía progresiva.

Para completar el marco descripto se debe traer a colación que el día 30/03/2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a consulta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpreta-

ción de los artículos 8[255] y 25[256] de la Convención Americana con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados" en relación con niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.[257] Al expedirse la Corte concluyó –en lo que a aquí interesa-: "1. Que 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 solo objeto de protección.* 2. Que la expresión *"interés superior del niño", consagrada en el artículo 3*

255 *Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. 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 o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. a confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal ser público salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*

256 *Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

257 Corte IDH: Opinión Consultiva OC-7/02 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* rta. 28/8/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos disponible en internet: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (el 25/07/2018) punto I 1. p.3.

de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas *en todos los órdenes* relativos a la vida del niño. 3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales *requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.* (…) 6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de *personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.* 7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no solo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que *la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.* 8. (…) 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 (…) tomar todas las *medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos,* sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter–individuales o con entes no estatales. 10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la *intervención personal de dichos procedimientos* y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de estos (…).[258] (El destacado me pertenece)

A lo expuesto cabe sumar que la CSJN por medio de la Acordada n° 5/2009[259] adhirió a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial

258 Corte IDH, OC-17/02, cit. *Supra* nota 22, p. 86/87.

259 Disponible en internet el 10/5/2020 link: file:///C:/Users/usuario/Downloads/ARGENTINA-CORTESUPREMADELANACIN-Acordada05-2009.pdf.

Iberoamericana las cuales surgieron con el objetivo de "(…) garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial".[260] Allí se estableció que se consideran en condición de vulnerabilidad los NNyA por razón de su edad y deben "(…) ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (…)"[261] y en lo que a este trabajo concierne cabe traer a escena lo siguiente: "5.- Victimización (…) (11) Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, *las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar,* las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta".

En honor a la brevedad solo me resta decir que en el Capítulo II titulado "Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos" y en el Capítulo III "Celebración de actos judiciales" se establecen pautas sobre cómo se deben llevar a cabo los actos jurisdiccionales en pos de no vulnerar los derechos de las víctimas vulnerables y lograr una tutela judicial efectiva. También se hace hincapié en ponderar la especialización en la materia de los profesionales intervinientes, se propone un abordaje interdisciplinario, se promueve la proximidad y se establecen parámetros sobre cómo debe ser la información que se le brinda a la víctima, entre otros. En particular me parece atinado destacar lo siguiente" (78). En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso: • Se deberán celebrar en una sala adecuada. • Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo. • Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares". Considero que las pautas señaladas son claras, precisas y deben ser el faro que guíe toda actuación donde estén involucrados NNyA.

260 Cfr. Capítulo 1, Sección 1ra. (1).

261 Sección 2da 2.- (5).

Por último también se debe incluir aquí a los arts. 8[262] y 10[263] de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. XXIV[264] de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y al art. 2 inc. 3[265] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4. Aspectos doctrinarios sobre acceso a justicia de NNyA

En primer lugar cabe tomar las palabras de María de Jesús Conde quien explica que el derecho de acceso a la justicia "(…) hace referencia a un conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, para que puedan acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Se aplica a todas las jurisdicciones y tiene un contenido amplio, siendo concreciones del mismo la asistencia jurídica y la defensa por un abogado totalmente independiente, la especialización de la justicia, la eliminación de barreras arquitectónicas, la protección de las víctimas y testigos, la gratuidad, la asistencia de un intérprete, si fuera necesario, así como las garantías del debido proceso".[266] A ello debe añadirse que, conforme lo señala Mary Beloff "existe un elemento adicional importante: en todas las normas vinculadas con protección a la niñez y en particular a la niñez víc-

262 Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

263 Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

264 Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

265 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

266 CONDE, María de Jesús, *El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes,* disponible en internet el 14/5/2020 link: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25534.pdf

tima (como en todas las normas internacionales de protección a la víctima) un componente central se refiere a los deberes de prestación positiva del Estado respecto de una víctima de un delito y, una vez más, intensificado si se trata de una víctima menor de edad".[267]

También me parece atinado traer a escena las estrategias para lograr una escucha efectiva que propone Sandra V. Pesce Cañete: "Para lograr que nuestra escucha sea satisfactoria, positiva, útil, propongo: 1º Una entrevista abierta y semidirigida con el objeto de generar tanto un clima de confianza como un espacio donde el niño logre "decir". 2º Utilizar un lenguaje acorde al sujeto que tenemos enfrente, cuidando el lenguaje que utilizamos, el tono de voz y el modo en que nos dirigimos a fin de no generar temores, aislamientos, enojos o cualquier otro mecanismo defensivo que lleve al fracaso nuestra intervención. 3º No subestimar al Niño, Niña o Adolescente. 4º Tener presente que son sujetos vulnerables por lo cual necesitan de un tercero que los contenga. 5º Es fundamental que, al momento de explicar algo, seamos claros y utilicemos términos medios entre el lenguaje que utiliza el niño, niña o adolescente, el esperable para su etapa evolutiva y el nuestro. 6º No apurar al entrevistado, brindarle el tiempo que necesite para poder expresarse, dentro de lo razonable, ni abrumarlo con elementos que conocemos previamente. Entrevistado y entrevistador deben encontrar sus tiempos, como una melodía donde las notas van acompasadas (…)".[268]

En el mismo sentido se expide Mariela A. González de Vicel: "Entre otras consideraciones que debería tener en cuenta el entrevistador/a para que se vean protegidos los derechos enunciados se encuentran: • La edad; • El grado de madurez y desarrollo; • La presencia de personas de confianza; • El estado emocional; • La calidad de la ayuda de los adultos; • Las peticiones de las partes; • La oportunidad de las preguntas; • El nivel de preparación y motivación del juez; • El entendimiento del niño, niña o adolescente sobre los procesos. No deberían descartarse estrategias lúdicas, en especial en niños de poca edad. El entrevistador –y esto incluye al juez/a– debería estar

267 Beloff, Mary, *El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado*, en UNICEF *Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia,* disponible en Internet link: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina27667.pdf, p.21/29.

268 Pesce Cañete, Sandra V., *Recursos para una escucha útil*, en Defensoría General de la Nación, *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, 2011, disponible en internet el 14/5/2020 link: https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf p.77/81

dispuesto a dibujar, dialogar, e incluso sentarse o arrodillarse en el suelo para generar confianza, y a partir de allí lograr oír al niño".[269]

Para culminar es dable traer a colación que Eva Giberti destaca: "La protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes depende de: a) La capacitación y el entrenamiento de los profesionales de la Psicología, la Medicina, el Trabajo Social y el Derecho –particularmente jueces, fiscales y defensores– en cursos interdisciplinarios (…) b) Depende también del compromiso político del Estado con la propuesta de legislaciones referidas a los derechos de las víctimas".[270]

5. Informe estadístico de la Oficina de Violencia Doméstica respecto de NNyA

A continuación se hará una breve reseña de los datos cuantitativos que surgen del informe estadístico anual de la Oficina de Violencia Doméstica sobre niños, niñas y adolescentes, que versa sobre el período 2018 - noviembre 2019.[271]

En particular en la página 6 bajo el título "Acceso a Justicia" indican: "Durante, el año 2018 el 32% de las personas afectadas evaluadas en la OVD por hechos de violencia doméstica fueron niños, niñas y adolescentes (NNyA)". Del total aludido un 68% son "(…) presentaciones realizadas por personas jóvenes y adultas en calidad de afectadas (…) en las que surge que también hay NNyA afectados"; un 30% son denuncias de terceras personas que concurren a evidenciar situaciones en donde hay NNyA como víctimas; y el 2% restante representa a los mismos NNyA damnificados que comparecen personalmente ante la O.V.D. destacando que "(…) se dan solo en el rango etario de 15 a 17 años y representan solo el 18% de las víctimas de ese rango".

Tras ello se grafica el rango etario de las víctimas en relación con el titular de la denuncia: *Entre los 0 y los 5 años 22% corres-

269 González de Vicel, Mariela A., Niños, niñas y adolescentes. Escuchar o silenciar en Defensoría General de la Nación, *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, 2011 disponible en internet el 14/5/2020 link: https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf, p.225/231.

270 Giberti, Eva, "Tratamiento de niños en sede judicial"en UNICEF *Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia,* disponible en Internet link: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina27667.pdf, p.133/140.

271 Disponible en internet link: http://www.ovd.gov.ar/ovd/verMultimedia?data=3944 (30/4/2020).

ponde a denuncia de una tercera persona no afectada y 78% corresponde a denuncia de persona afectada de 18 años y más; *Entre los 6 y los 10 años 32% corresponde a denuncia de una tercera persona no afectada y 68% corresponde a denuncia de persona afectada de 18 años y más;*Entre los 11 y 14 años 38% corresponde a denuncia de una tercera persona no afectada y 62% corresponde a denuncia de persona afectada de 18 años y más; *Entre los 15 y 17 años 32% corresponde a denuncia de una tercera persona no afectada, 50 % corresponde a denuncia de persona afectada de 18 años y más y 18% denuncia de NNyA compareciente. Luego se señala: "Entre las niñas, niños y adolescentes afectados (Total:4828) 35% es menor de 5 años; 32% tiene entre 6 y 10; 20% entre 11 y 14 y 13% son adolescentes entre 15 y 17 años. Los niños afectados fueron más que las niñas en los rangos de 0 a 5 años (18%) y de 6 a 10 (17%). Las niñas y adolescentes mujeres afectadas fueron más que los varones en los rangos de 11 a 14 (12%) y de 15 a 17 años (9%)".[272]

También se puntualizan otros datos sobre los que no se ahondarán en esta oportunidad por cuestiones de tiempo tales como: nivel educativo, procedencia territorial, nacionalidad, los tipos de violencias, los tipos de lesiones y los sujetos denunciados, entre otros. Sin perjuicio de ello, es dable resaltar que en la página 14 se establecen datos respecto de los informes de riesgo, a saber: el "53% de las situaciones de los NNyA evaluadas por los Equipos Interdisciplinarios de la OVD fueron consideradas de altísimo riesgo; 42% riesgo medio y moderado; 5% riesgo bajo" a su vez "Las situaciones evaluadas como altísimo y alto riesgo fueron mayoritarias para todos los grupos de los NNyA afectados" y en la página 15, en cuanto a las derivaciones se dejó sentado que: "99% de las presentaciones en las que hay NNyA afectados, fueron derivadas a la Justicia Civil y 81% a la penal".; "90% de las mismas fueron derivadas al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires"; "41% tuvieron derivaciones al sistema de salud".

Para finalizar en el informe se arribaron a las siguientes conclusiones: "Durante 2018, 32% de las personas afectadas evaluadas por la OVD fueron niñas, niños y adolescentes; 53% niñas y adolescentes mujeres y 47% niños y adolescentes varones"; "15 adolescentes estaban cursando embarazos al momento de la presentación"; " Se destaca una concentración de la procedencia territorial de los casos en 4 de las 15 Comunas de la Ciudad de Buenos Aires" ; "9 de cada 10 NNyA afectados son de nacionalidad argentina"; " La violencia

272 Cfr. p. 7 del informe.

psicológica (94%) y la de tipo física (45%) son las más usuales"; "Se constataron lesiones en 111 NNyA entre los cuales 42% tenía antecedentes de lesiones físicas"; "El 73% de las personas denunciadas son varones"; "8 de cada 10 NNyA tienen un vínculo con la persona denunciada y en el 50% de los casos cohabitan con la misma"; "53% de las situaciones fueron evaluadas por los Equipos Interdisciplinarios de la oficina como de altísimo y alto riesgo"; "99% de las presentaciones en las que hubo NNyA afectados fueron derivadas a la Justicia Civil".

6. Resultados de la entrevista realizada a una informante clave

Seguidamente transcribirán algunos fragmentos de la entrevista semi estructurada[273] realizada –por video-llamada[274]– a una persona que forma parte –hace cuatro años– del grupo de admisión de la Oficina de Violencia Doméstica. En primer lugar indicó: "Apenas llega el niño al mostrador se llama por teléfono a la Guardia Permanente del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes. Ese llamado lo hace únicamente la Coordinadora del grupo de admisión". Y agregó: "Si vienen con un adulto se la tomamos al acompañante y no se llama al Consejo pero igualmente se le da intervención"; "A los de dieciséis años le tomamos la denuncia si viene acompañado con familiar mayor, sino llamamos a la Guardia Permanente del Consejo".

Respecto del procedimiento explicó: "De una denuncia se hacen tres juegos, uno para el Consejo, otro para el Juzgado Civil y otra para el Juzgado Penal, siempre que corresponda. Al Civil mandamos siempre y a Consejo siempre que exista una situación de riesgo respecto del niño. El legajo tiene: la carátula; una fotocopia del DNI del denunciante; los datos personales del denunciante y del denunciado; la evaluación de riesgo; el informe médico si hay, solo cuando hay lesiones; el relato; y los oficios con las derivaciones, *nosotros sorteamos los Juzgados y agregamos esas carátulas; mandamos todo en papel y escaneamos el legajo de OVD en el sistema Lex 100*". Así, especificó que el relato es *lo que dijo textual durante la*

273 Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos; Baptista Lucio, Pilar, *Metodología de la Investigación,* México DF, Mac Graw – Hill Interamericana Editores, 2006, p. 597.

274 Cabe aclarar que se optó por esta metodología en virtud de encontrarnos bajo aislamiento social en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud con relación al SARS-COV2 –que provoca la enfermedad que se denomina COVID-19- (ampliada en sus términos por el DNU nro. DECNU-2020-260-APN-PTE y sus posteriores modificaciones).

entrevista con el equipo interdisciplinario, se graba un audio y el abogado hace la transcripción".

También aclaró "La gran mayoría de las denuncias son en las Comisarías, por lo general la gente va a la Comisaría y después llegan a la OVD. En la Comisaría les dicen que vayan a la OVD. Entonces como en la Comisaria sortean Fiscalía nosotros le sacamos copia a la denuncia y les mandamos también el relato y la evaluación de riesgo a ellos".

Por otra parte hizo saber que el personal de la OVD recibe capacitación específica en materia de niños, niñas y adolescentes por parte de la C.S.J.N.: "yo no tuve, pero hubo" y aclaró: "tuvimos un curso de lenguaje de señas, también de RCP y de género". Preguntada si dentro de la OVD existen profesionales capacitados específicamente en materia de infancia respondió: *"Desconozco"*

En otro orden de ideas respecto a qué implica una derivación al sistema de salud dijo: "Cuando llega gente con lesiones muy graves, por ejemplo una vez vino una señora con la cabeza abierta sangrando, sino está en condiciones de hacer un relato primero se deriva al hospital más cercano. Siempre es cuando hay heridas profundas Si son menores de edad se necesita el consentimiento de la madre, padre, tutor o del Consejo para la confección del informe médico en OVD. Si la persona presenta lesiones leves, se le hace la admisión y luego pasa con el médico, haciendo derivación al hospital más cercano si se requiere algún estudio médico".

Consultada sobre si un pediatra integra el equipo médico de la OVD dijo: "No hay un pediatra, el médico es clínico, hay también una ginecóloga. No curan digamos, sacan fotos y cuentan lo que ven, por ejemplo si hay lesiones y el estado general de la persona, igual que lo hace el médico legista ante una denuncia penal". Ahondando en ello aclaró que si se presenta una embarazada: "Se le da prioridad en la atención nada más, no hay un equipo para hacerle una ecografía".

Específicamente a la pregunta relativa a si considera que físicamente la Oficina de Violencia Doméstica está adaptada para recibir a niños, niñas y adolescentes manifestó: "Si, tenemos una sala de niños y hay una maestra jardinera las 24 horas" y respecto a cuál es el procedimiento que se ejecuta en el supuesto de que el niño, niña y/o adolescentes que concurre a la OVD quiera denunciar al adulto que lo acompaña dijo: "A mí nunca me pasó, pero puede haber pasado. Sé que se los separa y se le toma la denuncia él sin el adulto, y con

intervención del Consejo". También afirmó que la OVD es apta para recibir y tomar denuncias de niños, niñas y adolescentes.

7. Conclusiones

Tras lo expuesto, puedo afirmar que las prácticas que se llevan adelante en la OVD cumplen con los estándares internacionales y nacionales vigentes en materia de NNyA.

Se observa un fiel cumplimiento a lo establecido en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, pues se cuenta con un equipo interdisciplinario, también con un espacio adaptado a los NNyA y al funcionar las 24 horas del día, los 365 del año garantiza que todos tengan acceso a justicia, materializando así tanto el interés superior de los NNyA como el principio a de no discriminación y los derechos a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y a la participación y ser escuchado.

8. Bibliografía

Textos, artículos, libros y publicaciones

Beloff, Mary *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales,* Buenos Aires, Hammurabi, 2018.

Fucito, Marina, *Curso práctico de redacción para abogados: Recomendaciones para mejorar el estilo en los escritos jurídicos,* Buenos Aires, Eudeba, 2017.

Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos; Baptista Lucio, Pilar, *Metodología de la Investigación*, México DF, Mac Graw – Hill Interamericana Editores, 2006

Lora, Laura Noemí. *Nociones Básicas de Metodología de la Investigación Social. Guía didáctica para elaborar trabajos en el marco de los cursos de Metodología de la Investigación Social, El Instituto de la Adopción y Problemas Actuales de Sociología Jurídica*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2015.

Rottleuthner, Hubert "*El derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica: Jornadas sobre Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica"*, Barcelona, 7-9 abril de 1988: homenaje a Renato Treves.

Normativa

Ley 23.054 *Convención Americana de Derechos Humanos* sancionada el 01/03/1984. Promulgada el 19/03/1984. Publicada en el B.O. el 27/03/1984.

Ley 23.849 *Convención sobre los derechos del Niño* sancionada el 27/09/1990, promulgada de hecho el 16/10/1990. Publicada en el B.O. el 22/10/1990.

Ley 26.061 *de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes* sancionada el 28/09/2005.Promulgada de hecho el 21/10/2005. Publicada en el B.O. el 26/10/2005.

Ley 26.994 *Código Civil y Comercial de la Nación* sancionada el 01/10/2014. Promulgada el 07/10/2014. Publicada en el B.O. el 08/10/2014.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Disponibles en internet el 10/5/2020 link: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

Páginas web y otras fuentes disponibles on-line

Acordada 33/04 CSJN disponible en internet el 9/5/2020 link: http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp?ID=86457

Acordada 39/06 CSJN disponible en internet el 9/5/2020 link: https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=8405

Acordada 5/09 de la CSJN disponible en internet el 105/2020 link: file:///C:/Users/usuario/Downloads/ARGENTINA-CORTESUPREMADELANACIN-Acordada05-2009.pdf

Acordada 21/16 de la CSJN disponible en internet el 9/5/2020 link: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-64999/264822/norma.htm

Beloff, Mary, *El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado*, en UNICEF *Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia,* disponible en Internet link: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina27667.pdf p.21/29

Conde, María de Jesús, *El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes,* disponible en internet el 14/5/2020 link: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25534.pdf

Corte IDH: Opinión Consultiva OC-7/02 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* rta. 28/8/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos disponible en internet el 30/04/2020 link: *www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf*

Giberti, Eva, "Tratamiento de niños en sede judicial"en UNICEF *Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia,* disponible en Internet link: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina27667.pdf p.133/140

González de Vicel, Mariela A., Niños, niñas y adolescentes. Escuchar o silenciar en Defensoría General de la Nación, *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, 2011 disponible en internet el 14/5/2020 link: https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf p.225/231

Informe estadístico anual de la Oficina de Violencia Doméstica sobre Niños, niñas y adolescentes, que versa sobre el período 2018 - noviembre 2019.

Disponible en internet el 30/4/2020 link: http://www.ovd.gov.ar/ovd/verMultimedia?data=3944

Pesce Cañete, Sandra V., *Recursos para una escucha útil*, en Defensoría General de la Nación, *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, 2011 disponible en internet el 14/5/2020 link: https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf p.77/81

Como garantir o isolamento social aos invisíveis sociais? Um estudo de caso sobre as recomendações da CIDH e as medidas adotadas no sistema socioeducativo Do Rio Grande Do Sul

Ana Paula Motta Costa, Carolina de Menezes Cardoso y Cláudia Redin Patel

1. Introdução

No dia 30/01/20 a Organização Mundial da Saúde declarou que o surto causado pela COVID-19 trata-se de uma emergência de saúde pública de importância internacional, classificação do mais alto nível da organização, cuja definição técnica aponta para um risco de saúde pública para outros países, em face de sua disseminação internacional, a exigir resposta internacional coordenada e imediata. O vírus, até então não identificado em seres humanos, foi detectado pela OMS em 07/01/20 a partir de vários casos de pneumonia verificados na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China (OMS, 2020).

Passados poucos mais de dois meses da confirmação pela OMS de se tratar de um novo tipo de vírus, a COVID-19 foi considerada uma pandemia – conceito relacionado à disseminação mundial de uma nova doença por diferentes continentes, com transmissão sustentada de pessoa para pessoa – atingindo mais de quatro milhões de casos confirmados e mais de 270.000 óbitos, com especial concentração nas regiões europeia e das américas. Sem vacina ou medicamento antiviral específico até o momento para prevenir a COVID-19, os impactos da pandemia extrapolam o aspecto epidemiológico em escala global: repercutem nas áreas social, econômica, cultural e política (OMS, 2020).

No campo da Justiça Socioeducativa, a situação não é diferente. Com isso em mente, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publicou a Resolução nº 1/2020, enquanto o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) veiculou a Recomendação nº 62/2020, ambos com recomendações para o enfrentamento da pandemia.

Em que pese a prevalência da letalidade seja entre os idosos, as crianças e adolescentes, principalmente aquelas cuja tutela pertence ao Estado, ainda que de forma temporária, não podem ser retiradas da equação.

No estado brasileiro do Rio Grande do Sul, a responsabilidade por essa tutela estatal recai sobre a Fundação de Atendimento Socioeducativo, FASE/RS. Em 19/03/20 o governo do Estado do Rio Grande do Sul decretou estado de calamidade pública em face da pandemia provocada pela COVID-19 pelo Decreto n° 55.128. Por resolução, a FASE/RS, por sua vez, estabeleceu medidas preventivas para todas as unidades de restrição e privação de liberdade de adolescentes.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar a compatibilidade das medidas adotadas pela FASE/RS com as recomendações da CIDH e CNJ, de maneira crítica. Para tanto, o primeiro capítulo destina-se a apresentar essas recomendações, o segundo expõe de maneira introdutória, visando à contextualização, o Sistema Socioeducativo do Brasil, o terceiro focaliza a questão no sistema gaúcho, em especial na FASE/RS e nas medidas que adotou, e o último propõe-se a uma discussão, buscando atingir os paralelos pretendidos. Ao final, são tecidas considerações, a título de conclusão, sem a pretensão de exaurir a temática, mas sim de apenas contribuir para o debate.

2. Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para crianças e adolescentes em face da pandemia provocada pela COVID-19

As primeiras ações brasileiras diante da propagação do vírus incluíram a repatriação de 34 brasileiros que viviam em Wuhan, na República Popular da China. O primeiro caso de infecção por COVID-19 no Brasil foi registrado em 26/02/20, paciente de 61 anos, com registro de recente viagem à Itália. Dados do Ministério da Saúde de 14/05/20 apontam 202.918 casos confirmados no Brasil, 13.993 óbitos, 79.479 pessoas recuperadas e 109.446 casos em acompanhamento. O estado do Rio Grande do Sul mantém baixa incidência de infecção por COVID-19, registrando 9.392 casos confirmados e 317 óbitos, com incidência de 31,3 por cem mil habitantes, bem abaixo do percentual nacional por cem mil habitantes, que atinge 96,6, (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). ,

Em reconhecimento à grave crise de saúde de contornos globais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH),

principal órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio do documento *Pandemia y Derechos Humanos em las Américas – Resolución 1/2020,* orienta os estados a adaptarem de forma imediata e urgente medidas para proteger o direito à vida, à saúde e a integridade física das pessoas. Com base em evidências científicas e no Regulamento Sanitário Internacional , orienta que os Estados membros devem contemplar, de maneira imediata, o enfoque dos direitos humanos em sua estratégia para enfrentar a pandemia e suas consequências, a partir do respeito irrestrito aos *standards* interamericanos e internacionais dos direitos humanos, especialmente o reconhecimento de sua universalidade, independência, indivisibilidade e transversalidade, com ações diferenciadas para grupos em situação de vulnerabilidade (OEA, 2020).

Não obstante crianças e adolescentes não estejam inseridos no denominado grupo de risco, formado por pessoas com idade superior a 60 anos ou com doenças preexistentes, o contágio pela COVID-19 pode acarretar sérias consequências à saúde integral de crianças e adolescentes e, ainda que em baixos índices, levar a óbito. Em face disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) recomenda o fortalecimento da proteção de crianças e adolescentes durante a pandemia, especialmente daqueles afastados dos cuidados familiares, que se encontram em instituições de cuidado, a partir da implementação de medidas que considerem a condição de pessoas em especial estágio de desenvolvimento, garantindo o seu superior interesse, a proteção integral e os vínculos familiares e comunitários.

Especificamente com relação às pessoas privadas de liberdade, a Resolução n° 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) orienta a adoção de medidas alternativas à privação de liberdade, de maneira a atenuar a superlotação dos estabelecimentos, mediante a reavaliação dos casos. Prossegue a resolução recomendando a adaptação das condições da privação de liberdade, especialmente no que se refere à alimentação, saúde, saneamento e quarentena, visando à prevenção da propagação do contágio por COVID-19, com a garantia de assistência médica em todas as instituições. Ainda prevê o estabelecimento de protocolos para a garantia da segurança e da ordem nas unidades de privação de liberdade, especialmente para prevenir atos de violência, assegurando juízo de proporcionalidade na adoção de medidas restritivas à comunicação, visitas, atividades educativas, recreativas e laborais.

No mesmo viés de redução dos riscos epidemiológicos, no plano nacional, o Conselho Nacional de Justiça direcionou a Tribunais

e magistrados com atuação nas justiças penal e socioeducativa recomendações de adoção de ações preventivas à propagação do contágio por COVID-19 em 17/03/20 (CNJ, 2020). Sob n° 62, a recomendação apresentou como finalidades específicas a proteção da vida e saúde das pessoas privadas de liberdade, magistrados, servidores e agentes públicos; a redução dos fatores de propagação do vírus; e a garantia da continuidade da prestação jurisdicional; especificando recomendações tanto para a fase de conhecimento da apuração dos atos infracionais, quanto para a fase de execução de medidas socioeducativas.

Na fase de conhecimento, o Conselho Nacional de Justiça recomenda a priorização da aplicação de medidas em meio aberto e a revisão das decisões judiciais de decretação da internação provisória em relação a adolescentes (a) gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até doze anos de idade ou por pessoa com deficiência, assim como indígenas, adolescentes com deficiência e demais adolescentes que se enquadrem em grupos de risco; (b) que estejam internados provisoriamente em unidades socioeducativas com ocupação superior à capacidade, considerando os parâmetros das decisões proferidas pelo STF no HC no 143.988/ES; (c) que estejam internados em unidades socioeducativas que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do COVID-19; e (d) que estejam internados pela prática de atos infracionais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Para a fase de execução das medidas socioeducativas, a Recomendação n° 62 prevê a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, com o claro propósito de priorizar-se a substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão, em especial: (a) as aplicadas a adolescentes gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até 12 anos de idade ou por pessoa com deficiência, assim como indígenas, adolescentes com deficiência e demais adolescentes que se enquadrem em grupo de risco; (b) executadas em unidades socioeducativas com ocupação superior à capacidade, considerando os parâmetros das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus no 143.988/ES; e (c) executadas em unidades socioeducativas que não disponham de equipe de saúde no estabelecimento, estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de

jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo COVID-19.

O Conselho Nacional de Justiça recomenda, ainda, a reavaliação das decisões que determinaram a aplicação de internação-sanção, prevista no art. 122, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tanto no plano internacional, como no plano nacional, as recomendações elegem o desencarceramento como principal estratégia de prevenção ao contágio pela COVID-19, haja vista ser o confinamento, por si só, uma circunstância propícia à propagação do contágio pelo coronavírus. Nesse mesmo sentido, conduzem as autoridades judiciárias a reavaliarem a aplicação das medidas privativas de liberdade, sob o filtro do contexto da pandemia. De forma clara, a análise do conteúdo das duas recomendações é no sentido de efetivação da proteção integral e crianças e adolesces ter quanto ao direito à vida, relativizando os direitos ou necessidades institucionais.

3. Do sistema socioeducativo brasileiro

Até o surgimento da Doutrina da Proteção Integral, imperava no campo da justiça juvenil a "doutrina da situação irregular". Tal corrente de pensamento legitimava a atuação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de dificuldade, deixando de considerar as deficiências em termos de políticas sociais. Ao invés disso, pregava por soluções individuais que privilegiam a institucionalização (MÉNDEZ, 1996).

A Doutrina da Proteção Integral, por sua vez, é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude, reconhecimento normativamente a condição especial, ou peculiar, das pessoas dos zero aos 18 anos, que deve ser respeitada enquanto sujeitos de direitos. Crianças e adolescentes, a partir de então, ainda que no texto normativo, foram reconhecidos em sua dignidade, pessoas em desenvolvimento, que necessitam de especial proteção e garantia dos seus diretos por parte dos adultos: Estado, família e sociedade.

Logo, são os adultos, no desempenho de seus papéis sociais, que devem viabilizar as condições objetivas para que os sujeitos "crianças" e, em especial – no caso deste artigo –, "adolescentes" possam crescer de forma plena, ou seja, desenvolver suas potencialidades. Proteção integral, nesse sentido, nada mais é a responsabilização dos adultos pelo cuidado e garantia de condições para que crianças e adolescentes possam exercer sua cidadania, com dignidade.

A Constituição Federal Brasileira reconhece essa especificidade dos diferentes sujeitos de direitos, sendo o seu projeto de socie-

dade uma afirmação pelo Estado Democrático de direito de caráter horizontalizado, com ênfase na redução de desigualdades, desde o reconhecimento das diferenças. Em seu texto, estabelece como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Estado a efetivação desses direitos, assegurando as condições para o desenvolvimento integral de quem se encontra nessa faixa etária (CF, artigo 227). De igual modo, determina a inimputabilidade penal aos menos de dezoito anos (CF, artigo 228). Portanto, o estágio de desenvolvimento humano do público infanto-juvenil, em razão de suas peculiaridades, justifica um tratamento especial.

Trata-se de uma estratégia de efetivação também dos objetivos constitucionais, em especial no que se refere à redução das desigualdades, pois, à medida que a sociedade brasileira conseguir efetivar direitos desde a infância, a tendência social é de se atingir melhores condições de acesso de todos a oportunidades, o que deve contribuir com uma melhor condição de igualdade material.

Como modo de regulamentar a Constituição, foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o "ECA", válido em todo o território nacional, responsável por, dentre outros tópicos, fornecer um sistema de responsabilização dos adolescentes. Para além de prever uma justiça especializada, no que toca a juizados, juízes e promotores, ou uma designação específica de jurisdição, o ECA possui procedimento próprio para aferição dos atos infracionais e suas respectivas sanções, que podem ser escolhidas pelo julgador do caso.

Insta referir que as sanções descritas no ECA não são relacionadas a crimes específicos do Direito Penal. Na teoria, cabe ao juiz determinar a melhor sanção para o caso concreto, levando em consideração as condições peculiares do desenvolvimento do adolescente. Conforme ensina Ana Paula Motta Costa (2020), em que pese exista a natureza de sanção e restrição na aplicação das medidas, sua execução deve ter eminentemente de cunho pedagógico. Isso porque a situação pessoal daquele adolescente não pode ser resumida aos acontecimentos que levam a um ou outro ato infracional; a medida socioeducativa, nesse contexto, cumpre um papel de proporcional novamente a apropriação de sua vida pessoal e social ao adolescente.

O art. 112 descreve as medidas socioeducativas, levando-se em conta as circunstâncias e a gravidade da infração (parágrafo 1º). São elas: (i) advertência; (ii) obrigação de reparar o dano; (iii) prestação de serviços à comunidade; (iv) liberdade assistida; (v) inserção em

regime de semiliberdade; (vi) internação em estabelecimento educacional; (vii) medidas específicas de prevenção.

Importante referir que as medidas são gradativas, podendo ser aplicadas de forma isolada, cumulativamente ou ainda serem substituíveis entre si a qualquer tempo. Dentre elas, a medida de internação, regulada pelos artigos 121 a 123 do ECA, é a mais gravosa, eis que se trata de uma privação de liberdade, cuja aplicação deve ser excepcional e inexistindo outra medida adequada, somente para atos de grave ameaça ou violência à pessoa, por conta da prática reiterada de atos infracionais, ou pelo descumprimento de medida anteriormente imposta (art. 122, §2º, ECA). Deve, ainda, ser executada em instituição que exclusivamente atenda adolescentes, observados critérios como idade, aspectos físicos e gravidade da situação (art. 123, ECA).

Na internação, o elemento da sanção está ainda mais presente do que nas demais, considerando que a perda da liberdade é, em qualquer medida, a consequência mais grave imposta pelo Estado, ao mesmo tempo em que é revestida de um alto grau de reprovação, na medida que o indivíduo internado acaba por distanciar-se dos laços com sua família e comunidade e aproximar-se dos laços com a instituição (KONZEN, 2005).

A execução dessa medida, por sua vez, baseia-se no conceito de prevenção especial, buscando utilizar processos que atendam às necessidades pedagógicas do adolescente internado. Durante a internação, o adolescente é exposto a diversas intervenções, desde atendimento de demandas à correção de desvios, transformação da pessoa e de seu contexto (FRASSETO, 2006). O objetivo, como ensinam COSTA e GOLDANI (2017), é "a reinserção do adolescente na sociedade sem risco de que ele volte a delinquir".

De acordo com os últimos dados publicados pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), de 2017, o Brasil contava com 4.832 adolescentes em internação provisória (4.559 meninos e 273 meninas), 2.160 em semiliberdade (2.068 meninos e 92 meninas), 17.811 em internação (17.168 meninos e 643 meninas) e 306 adolescentes em internação sanção (287 meninos e 19 meninas). A população específica presente nas unidades de internação no Brasil, então, era de 25.109 adolescentes, o que representava 4,15% da população da população total de crianças e adolescentes no Brasil no mesmo ano, que era de 60.546.697 (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2017).

Resta saber, então, como se posiciona o Sistema Socioeducativo gaúcho nesse cenário, com relação aos adolescentes internados

que estão sob a tutela do Estado do Rio Grande do Sul, a quem cabe garantir, dentre outros, a manutenção da saúde diante da pandemia do coronavírus, bem como do acesso à educação, convivência familiar e relações interpessoais.

4. Sistema socioeducativo gaúcho e as medidas adotadas pela Fundação de Atendimento Socioeducativo do Estado do Rio Grande do Sul (FASE/RS) em face da pandemia provocada pela COVID-19

O Sistema de Atendimento Socioeducativo – Lei n° 12.594, de 2012 – (SINASE, 2012) atribui aos estados federados a responsabilidade pela implementação dos programas de execução das medidas de semiliberdade e internação. No estado do Rio Grande do Sul, a Fundação de Atendimento Socioeducativo, criada pela Lei n° 11.800, de 2002, atualizada pela Lei n° 13.418, de 2010, é a entidade responsável pela execução do programa estadual de medidas socioeducativas e o atendimento do adolescente/jovem adulto em cumprimento de medida socioeducativa de internação, semiliberdade ou internação provisória nos termos do Programa de Execução das Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade (PEMSEIS, 2014), instrumento orientador das ações dos programas de atendimento das unidades e da atuação dos operadores da socioeducação.

Em observância à Resolução n° 46, de 1996, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA, 1996), que prevê a distribuição regionalizada das unidades de internação e programas de semiliberdade nos estados, os municípios gaúchos encontram-se organizados em dez regionais, a saber: Porto Alegre, Novo Hamburgo, Santa Maria, Caxias do Sul, Pelotas, Santo Ângelo, Passo Fundo, Uruguaiana, Santa Cruz do Sul e Osório.

Segundo a Assessoria de Informação e Gestão da FASE/RS (FASE/RS, 2020), 957 jovens cumpriam medida socioeducativa em 1°/03/20, dos quais 436 jovens encontram-se em medida de internação na regional de Porto Alegre; 329 jovens em medida de internação nas regionais do interior do Estado; e 192 em medida de semiliberdade em todo o estado.

O Decreto n° 55.128 do Governo do Rio Grande do Sul estabeleceu medidas emergenciais para evitar a propagação do vírus, as quais envolveram medidas de isolamento social, proibição de circulação de transporte coletivo interestadual, realização de eventos, reuniões, excursões, cursos presenciais, missas, cultos, as quais foram

retiradas pelo Decreto n° 55.154, publicado no Diário Oficial do Estado em 1°/04/20 (DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DO RS, 2020).

Por resolução, a FASE/RS estabeleceu medidas preventivas para todos os centros de atendimento socioeducativo, direcionadas a evitar a propagação da infecção pela COVID-19 no sistema socioeducativo. Instituiu, para tanto, o Comitê de Monitoramento em Saúde, com composição interdisciplinar e atribuições de implantação e acompanhamento de medidas temporárias de prevenção ao contágio pela COVID 19 direcionadas a adolescentes e empregados públicos. Nas regionais, foram constituídos Grupos de Monitoramento em Saúde, com composição interdisciplinar, com atribuições de monitoramento das ações de prevenção; coordenação de elaboração de rotinas de higienização diárias nos locais de trabalho; reforço de iniciativas de higiene entre servidores, adolescentes e familiares/visitantes; comunicação ao Comitê das condições de saúde de adolescentes e empregados públicos lotados no centro de atendimento; e comunicação ao Comitê de afastamentos de empregados públicos com sintomatologia.

A par das rotinas diárias de higienização das mãos, de espaços físicos individuais e coletivos e objetos, a FASE/RS foram adotados protocolos de saúde específicos para o caso de jovens com sintomas respiratórios brandos ou episódios de febre ou dificuldade respiratória, em observância às orientações do Ministério da Saúde, Secretaria Estadual de Saúde e Secretarias Municipais. Pela nova resolução, ainda, os empregados públicos devem fazer uso de máscara como equipamento de proteção individual no interior dos centros de atendimento socioeducativo, bem como os socioeducandos quando estiverem em atividades/rotinas desempenhadas no convívio coletivo.

Seguindo recomendação do Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Estado (NUDECA), aos adolescentes ingressos ou reingressos no sistema socioeducativo, por apreensão em flagrante ou fuga ou evasão, é aplicado protocolo de saúde específico, cumprindo-se quarentena por 14 dias, em espaço distinto dos demais jovens que já se encontram nos respectivos centros de atendimento socioeducativo, para evitar possível propagação do contágio pela COVID-19.

Em razão de o atendimento escolar aos adolescentes internados ser realizado no interior dos centros de atendimento socioeducativo pela rede estadual de ensino, às escolas aplicou-se o determinado pelos Decretos n° 55.128 e 55.154, suspendendo-se as atividades escolares presenciais e de aprendizagem vinculadas ao CIEE – Progra-

ma Aprendiz Legal – valendo-se, assim, de estratégias pedagógicas adaptadas para a manutenção de atividades escolares de forma individualizada. Atividades de espiritualidade foram suspensas, porque realizadas em grupos e atividades esportivas, recreativas e oficinas ocupacionais sofreram limitação quanto ao número de participantes para evitar aglomerações, sendo prioritariamente desenvolvidas em espaços ao ar livre.

As visitas realizadas por familiares nos centros de atendimento socioeducativo foram suspensas em todas as regionais mediante autorização judicial dos respectivos Juizados da Infância e Juventude, passaram o adolescente a fazer contato com sua família única e exclusivamente por ligações telefônicas e chamadas de vídeo semanais.

Aos jovens em cumprimento de medida socioeducativa de internação com possibilidade de atividades externas e semiliberdade foram concedidas autorizações judiciais para que pudessem permanecer em visitas domiciliares estendidas, sendo acompanhados pelas equipes interdisciplinares mediante contatos telefônicos semanais reportados aos Juizados da Infância e Juventude a título de monitoramento.

Segundo dados populacionais disponíveis no *site* da FASE/RS referentes a 29/04/20, ou seja, 01 mês e 10 dias após o primeiro decreto estadual que decretou calamidade pública decorrente da pandemia, observa-se redução tanto na população total da FASE/RS que passou de 957 para 810 jovens, quanto no número de jovens vinculados a cada uma das medidas socioeducativas: na internação executada na Regional de Porto Alegre o número de jovens na internação passou de 436 para 364; na internação executada nas regionais do interior o número de jovens aumentou de 329 para 372; e na semiliberdade o número de jovens caiu de 192 para 74 em todo o estado.

5. Discussão

Pelo exposto até aqui, faz-se necessária a análise crítica das medidas propostas pela FASE-RS, sob a lente das recomendações da CIDH e do CNJ. De início, importante que se analise a possibilidade de adoção de medidas alternativas à privação de liberdade, com a reavaliação dos casos, preconizadas tanto pela CIDH quanto pelo CNJ.

Tal recomendação é compatível com a medida adotada caso a caso pelos juizes responsáveis pela execução das medidas socioeducativas e internação de extensão das visitas domiciliares aos adolescentes internados ou em semiliberdade, dado que permite que os adolescentes permaneçam fora da instituição, onde o convívio isolado de número expressivo de internados pode significar maior possi-

bilidade de contaminação. Não há, contudo, recomendação específica da FASE para que as medidas de internação sejam readequadas para o meio aberto, consoante a Recomendação do CNJ. Embora tal medida seja de responsabilidade do Judiciário, entende-se que seria absolutamente relevante o posicionamento da FASE nesse sentido, pois o controle de aglomerações populacionais nesse período é essencial para o achatamento da curva de propagação do vírus.

A garantia de assistência médica, promovida pela CIDH, com a adequação da alimentação, saúde, saneamento e quarentena, está sendo atendida pela FASE. A higienização e o saneamento foram intensificados, com o monitoramento das condições de saúde dos adolescentes e servidores lotados nos centros de atendimento, ao passo que foram instituídos protocolos específicos para tratar os casos suspeitos. Importante frisar, ainda, a necessidade de que os adolescentes ingressos e reingressos realizem a quarentena obrigatória em local especial, ainda que não apresentem sintomas, visando evitar que infectados assintomáticos propaguem o vírus nas unidades de internação. Também, a exigência de máscara facial nas atividades coletivas representa importante medida de combate ao vírus, dado que é o único instrumento comprovadamente capaz de evitar a contaminação. Faz-se a ressalva, porém, de que não houve divulgação do tipo de equipamento a ser disponibilizado e a periodicidade de sua troca.

Não há, de igual modo, menção de quantos profissionais da saúde estarão disponíveis nas unidades de internação. Bem como não há previsão específica para evitar contato entre equipe de profissionais que diariamente entram e saem das unidades de internação e, em razão da especificidade do trabalho, mantêm contato com os adolescentes internados.

De outra parte, algo específico poderia ser feito no que diz respeito à testagem geral de todos os adolescentes internos, bem como daqueles que ingressam e são mantidos em quarentena, ou dos que retornam de visitas familiares prolongadas. Cuidados com higiene são muito importantes e produzes seus efeitos. Todavia, considerando a gravidade da situação e a responsabilidade específica do Estado quanto à custódia dos adolescentes, impõe-se a necessidade de medidas voltadas à população específica de adolescentes internos.

De igual modo, foram adotadas restritivas à comunicação, visitas e atividades educativas, recreativas e laborais. No ponto, é importante que se faça a reflexão no sentido de que, em que pese sejam procedimentos necessários para garantir a saúde e segurança

dos adolescentes, também significam a limitação de outros direitos, como a convivência familiar e o aprendizado, escolar e profissional. A propositura da FASE de realizar certas oficinas ocupacionais em espaços abertos e com limite de participantes pode mostrar-se uma boa alternativa para buscar a manutenção dos direitos dos adolescentes internados, tendo em vista, que ao mesmo que a integridade física e a saúde são garantidos, é possível que o adolescente permaneça desenvolvendo-se, ainda que isso ocorra de maneira mais tímida. A suspensão do acesso à escolaridade e à experiência profissional guiadas, contudo, podem surtir efeitos negativos no futuro, tendo em vista que representarão uma interrupção ou, ao menos, defasagem do processo de ressocialização do internado. A situação de adolescentes internados sem atividades aproxima-se em muito do contexto prisional adulto e afasta-se do conteúdo educativo que deve prevalecer na execução das medidas socioeducativas.

Há de fazer-se a ressalva, contudo, que a FASE não publicou protocolo específico de educação sanitária aos internados, o que se entende como essencial. À medida que há um dever do Estado de resguardar a saúde de seus tutelados, isso também materializa-se no ensinamento aos adolescentes das medidas de higienização, tanto aquelas a ser adotadas dentro da instituição, quanto fora dela, podendo os adolescentes inclusive serem vetores de informação para suas famílias e comunidade, uma vez retornados ao convívio social.

6. Considerações finais

Como conclusão parcial, compreende-se que as medidas adotadas pela FASE-RS são compatíveis com as recomendações da CIDH e do CNJ, em que pese ainda haja um importante caminho a ser percorrido. Veja-se que a omissão em percorrer tal caminho, como neste artigo demostrado, pode significar responsabilização futura do Estado (Poder Executivo, ou Judiciário) que mantém sob custódia uma significativa população de adolescentes. Ainda que existam justificativas evidentes para manter adolescentes privados de liberdade, visto que, em regra cometeram atos infracionais e podem representar riscos à segurança pública, o sentido das normas e recomendações aqui analisadas, além do próprio sistema normativo vigente no Brasil e demais países signatários da Convenção dos Direitos da Criança é de que há hierarquia de direitos a serem ponderados e, no caso, o direito à vida e o princípio da prioridade absoluta precisam prevalecer frente a outros direitos.

De fato, mais do que medidas adotadas internamente nas instituições de internação, fundamental é reduzir a população dos adolescentes internados, para que seja possível o isolamento social, única medida disponível e comprovadamente eficaz contra o coronavírus. A manutenção dos adolescentes nas unidades, nesse sentido, pode ser compreendida como um retrocesso no que toca à Doutrina da Proteção Integral, considerando que o Estado, responsável por tutelar esses adolescentes enquanto sob sua custódia, tem o dever de garantir não apenas a saúde, mas também os demais direitos inerentes ao estágio de desenvolvimento da vida: convivência familiar, educação e profissionalização de qualidade.

7. Referências

Brasil. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

Brasil. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 30 abr. 2020.

Brasil. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). Levantamento anual SINASE 2017. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: <//www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento_2017Final.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

Brasil. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Governo do Rio Grande do Sul. Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos. Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul. PEMSEIS: Programa de Execução das Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: SDH, 2014.

Brasil. Resolução 46, de 29 de outubro de 1996. CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: < https://www.direitosdacrianca.gov.br/resolucoes/conanda/resolucoes/lista?b_start:int=20>. Acesso 12 maio 2020.

Conselho Nacional De Justiça. Recomendação N° 62, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 12 maio 2020.

Costa, Ana Paula Motta. Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Costa, Ana Paula Motta; GOLDANI, Julia Maia. As (im)possibilidades de concretização de princípios pedagógicos nas instituições de internação socioeducativa. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, jan-jul 2017, pp. 79-112.

Costa, Ana Paula Motta. Pressupostos para a execução socioeducativa (parte 1). Boletim de Direitos da Criança e do Adolescente, Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente, ed. 4, fev. 2020. pp 2-6.

Rio Grande Do Sul. Decreto n° 55.128, de 19 de março de 2020. Disponível em < https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/202003/25131743-decreto55128-atualizadoate23032020.pdf>. Acesso 12 maio 2020.

Fundação De Atendimento Sócio-Educativo Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Estatísticas. Disponível em :<www.fase.rs.gov.br/wp/dados-estatisticos/> Acesso em 12 maio 2020.

Folha Informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Organização Pan Americana de Saúde. Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em 12 maio 2020.

Frasseto, Flávio Américo. Execução da medida socioeducativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. 1ª Ed. ILANUD, ABMP, SEDH, UNFA (orgs). São Paulo: Ilanud, 2006.

Mendez, Emílio Garcia. Infância e Cidadania América Latina. São Paulo: HUCITEC, 1996.

Konzen, Affonso. Pertinência Socioeducativa: Reflexões sobre a natureza jurídica da medida. 1a. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Oliveira, Bruna. Rio Grande do Sul mantém baixa incidência de COVID-19 entre os estados brasileiros. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/especiais/coronavirus/2020/05/738612-rio-grande-do-sul-mantem-baixa-incidencia-de-covid-19-entre-os-estados-brasileiros.html>. Acesso 13 maio 2020.

Infancia, adolescencia y pobreza: incumbencias en la Argentina actual

Claudia Adriana Nieva[275]

1. Introducción

El sostenimiento de la vida humana y el desarrollo en la infancia requieren de recursos materiales, humanos, sociales y culturales. Más allá de las convenciones y tratados internacionales que tienen validez universal, adquieren una mayor y especial importancia cuando se trata de proteger el derecho a vivir una niñez y adolescencia plena en términos de desarrollo de capacidades humanas.

El desarrollo de este grupo necesita ser definido y analizado en un marco de necesidades, pero también de derechos que consideren recursos materiales, educativos y emocionales, lo cual incluye el respeto absoluto de su persona, su familia y su cultura, y que no pierda de vista las diferencias étnicas, sociales, culturales y religiosas, entre otros aspectos que contribuyen a la configuración de distintas infancias y adolescencias. En un mundo actual, la norma no es la homogeneidad, sino la diversidad en todos sus aspectos.

El enfoque de derechos como corpus de principios y estándares que se definen conforme a las normas de los pactos y tratados de derechos humanos produce sinergia con el enfoque de desarrollo humano, en tanto este consagra un conjunto de derechos y umbrales (pisos mínimos de acuerdo) de las necesidades y capacidades que deberían estar garantizadas para todos de manera justa y equitativa.

Lograr mediciones/estadísticas de las privaciones en la infancia más objetivas, válidas y fiables parece un desafío relevante a la hora de definir políticas públicas y evaluarlas. La Argentina tiene crisis económicas hace décadas, y en dicha crisis la infancia y adolescencia están involucradas. Existen estadísticas como análisis profundos que comprenden aspectos sociológicos, antropológicos e históricos.

Desde nuestra carta magna, y extendido a las áreas del derecho administrativo, penal y civil, se ha contemplado la figura del niño

275 Abogada, UBA. Profesorado de Cs. Jurídicas de Nivel Medio y Superior, UBA. Asistente en equinoterapia (ALAIA). Instituto de Protección NNyA (CALM). Coordinadora EAMA.

y/o adolescente como un sujeto activo proclive a ser resguardo en los procesos y otorgando su lugar a ser escuchado y que exprese su opinión, en conjunción con su autonomía progresiva, edad, madurez y aspectos afines.

Ahora bien, dentro de estos derechos entre los que reafirmamos el rol del niño como SUJETO, quienes nos dedicamos a infancia, la realidad que nos interpela en Buenos Aires (CABA Y AMBA) es cruda y queda lejos de la normativa vigente. Estas realidades constituyen parámetros para la construcción de los indicadores con los que se procura describir el estado de situación del desarrollo humano y social de la infancia.

A nivel internacional , son de público conocimiento la Declaración Universal de los Derechos del Hombre[276] (ONU, 1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[277] (ONU, 1966); la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU, 1986); la Declaración del Milenio de la Asamblea General (ONU, 2000), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[278] (CEDAW) y más recientemente, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS-ONU, 2015). Asimismo, y a nivel local desde el Estado no solo se adhirió a la normativa internacional de referencia, sino que se avanzó de modo notable en la creación de jurisprudencia en el campo de los derechos sociales y en particular en los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Durante la primera década del siglo XXI, se sancionaron la Ley Nº 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; la Ley Nº 26206 de Educación Nacional, junto a otras en la misma materia; la Ley Nº26233 sobre Centros de Desarrollo Infantil; y la Ley Nº 26390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente.

La comunidad internacional reconoce el imperativo del desarrollo humano y social. El Estado argentino adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño[279] (ONU, 1989); asumiendo compromisos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ONU, 2000) y

276 En adelante "DUDH"; ONU; https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

277 En adelante "PIDESC".

278 ONU; https://www.unicef.org/nicaragua/informes/convenci%C3%B3n-sobre-la-eliminaci%C3%B3n-de-todas-las-formas-de-discriminaci%C3%B3n-contra-la-mujer

279 En adelante la" Convención" y/o "CIDN"; ONU; https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

sanciona asimismo una serie de leyes de protección de derechos que se constituyen en un conjunto amplio de parámetros a partir de los cuales se definen dimensiones e indicadores de necesidades, capacidades y funcionamientos valiosos para el progreso de la infancia.

Los indicadores de desarrollo humano y social de la niñez y adolescencia considerados en este trabajo son analizados en sus promedios urbanos y también en términos de desigualdades sociales, residenciales, regionales de los niños, niñas y adolescentes, entendiendo que la Argentina reconoce sus derechos y como garante debe hacerlos efectivos, atendiendo a la diversidad de circunstancias y al Interés Superior del NNyA.[280]

2. Pobreza: múltiples dimensiones y extensión

Seis de cada 10 niños, niñas y/o adolescentes se encuentran bajo la línea de indigencia, tomando en consideración el párrafo anterior.

Para definir la *pobreza multidimensional*, hay que comprender que no solo hablamos de cuestiones económicas en el ejercicio de derechos de la infancia, sino que se evalúan seis dimensiones: derecho (1) a la alimentación; (2) al saneamiento; (3) a una vivienda dign; (4) a la atención de la Salud; (5) a la estimulación temprana (0-3 años) / Educación (4-17 años) y (6) a la información. A los efectos de generar un índice se opta por la utilización parcial de la metodología de la Universidad de Bristol y Múltiple Overlapping Deprivation Analysis (MODA)[281], con un enfoque en derechos humanos que es área que nos compete. En adición, el INDEC estimó en el segundo semestre de 2017 que el 39,7% de los niños/as entre 0 y 14 años residía en hogares pobres en términos de ingresos y 7,6%

280 Receptado en el Art. 3 de la CIDN. Luego de la aprobación de la CIDN (1959) se dio un amplio reconocimiento del interés superior del niño en la legislación internacional, que ha tenido un impacto relevante en la configuración actual del principio. Hay reflejo de ellos en otros instrumentos, vinculantes y no vinculantes, que contienen el principio del interés superior del niño. Entre ellos las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, del 29 de noviembre de 1984 (Reglas de Beijing), que contienen varias normas en las que se hace referencia al principio estudiado, en particular la regla 14.2: "El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que el menor participe en él y se exprese libremente". Otras reglas que se refieren al principio son la 26.2 y la 26.3.
Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, del 14 de diciembre de 1990, contienen al menos 11 directrices que se refieren al principio; En las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, del 14 diciembre de 1990.; ONU: https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

281 Informe OSDA; http://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina/barometro-de-la-deuda-social-de-la-infancia

en situación de indigencia, estimación que en el segundo semestre del 2018 alcanzó al 46,8% y 10,9%, respectivamente (INDEC, 2018 y 2019). Por su parte, UNICEF desarrolló un índice de pobreza no monetaria con base en la Encuesta Permanente de Hogares (EPH)[282] para el primer semestre del 2018, en el que se consideró privaciones en educación, protección social, vivienda, saneamiento, acceso al agua y hábitat seguro, y estimó que el 48% de la infancia experimentaba al menos una privación en alguna de las dimensiones mencionadas. Existe entonces amplia evidencia basada en datos oficiales de la particular vulnerabilidad de la población de niñas, niños y adolescentes a la pobreza en cualquiera de sus formas.

Estas métricas son indispensables para visibilizar poblaciones y orientar mejor la política pública. Recientemente, con base en este conocimiento y en el marco de una situación socio-económica crítica en términos del incremento sostenido de la inflación. Vale señalar que las medidas urgentes que se sustentan en las medidas monetarias, si bien son necesarias y urgente, también resultan insuficiente para garantizar el pleno ejercicio de derechos en la infancia.

Propongo efectuar un breve análisis de cada variable /directriz con su aspecto conceptual y recepción normativa actual dentro del sistema de protección de DDHH y nuestro ordenamiento[283]:

282 UNICEF: https://www.unicef.org/argentina/informes/pobreza-monetaria-y-privaciones-no-monetarias-en-argentina

283 Se informa que se aborda este panel junto con los trabajos del Observatorio de la Deuda Social, en adelante “OSDA”.

DIRECTRIZ-DERECHO	IMPORTANCIA	NORMATIVA*
ALIMENTACIÓN	Los niños/as que no logran satisfacer sus necesidades nutricionales en cantidad y calidad por falta de acceso a la alimentación, y de modo particular en los primeros años de vida, pueden verse afectados en su crecimiento físico, desarrollo del sistema nervioso y de la autorregulación. El fenómeno de la malnutrición afecta a niños/as y adolescentes y refiere a dos fenómenos: (1) el de la "desnutrición" y (2) el sobrepeso, la obesidad y las enfermedades no transmisibles relacionadas con el régimen alimentario (OMS, 2016; FAO, OPS, WFP y UNICEF, 2018, CEPAL-UNICEF, 2018).	-CN: art. 75.22 (DUDH: Art. 25 DUDH; PIDESC: Art. 11; CIDN). Se reconoce el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre (…) para ello los estados deberán mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; -Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS, 2030) establecen la meta: *"Hambre Cero*: Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible" (…), a más tardar en 2025.
SANEAMIENTO	Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS, 2030) establecen la meta: "Hambre Cero: Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible", la meta 2.2 "poner fin a todas las formas de malnutrición, incluso logrando, a más tardar en 2025, las metas convenidas internacionalmente sobre el retraso del crecimiento y la emaciación de los niños menores de 5 años, y abordar las necesidades de nutrición de las adolescentes, las mujeres embarazadas y lactantes y las personas de edad".	*CN: Art. 41 de la Constitución Nacional, 75.22 (TT.II, entre ellos la CIDN) y el art. 21 de la Ley Nº 26061* establecen derechos a un hábitat saludable. -*ODS, 2030, meta 6.2*: "Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos". Específicamente, indica como meta para 2030, "lograr el acceso equitativo a servicios de saneamiento e higiene adecuados para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones vulnerables".

VIVIENDA	Las características constructivas de las viviendas precarias hacen que las paredes y techos sean porosos, los suelos sucios y difíciles de limpiar, las paredes pintadas con pinturas elaboradas con plomo, entre otros atributos que hacen compleja la protección de las bajas y altas temperaturas, de los insectos y roedores, que se constituyen en factores de peligro para los niños/as. De modo adicional, la situación de hacinamiento vulnera el derecho a la privacidad e intimidad y complejiza los procesos de socialización y educación (CEPAL, 2013, Katzman, 2011).	-*CN: Art. 14 bis* garantiza el acceso a la vivienda digna, derecho también reconocido en el *art. 25 de la DUDH*. Asimismo, en el marco de los ODS, establece como meta para el 2030 *"asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles y mejorar los tugurios"* -*CN: ART.75.22 (TT.II)*
SALUD	Si bien en el país todos los ciudadanos disponen de ofertas públicas de salud, existen problemas de accesibilidad. En el caso de la infancia la asistencia a controles periódicos de la salud del niño sano es un indicador relevante para la detección temprana de enfermedades y para su tratamiento oportuno, y contar con las vacunas correspondientes a la edad según el calendario, también representa un indicador sustantivo en términos de prevención de enfermedades (CEPAL-UNICEF, 2018).	-La Ley Nº26061 manifiesta la obligación de garantizar a la infancia el acceso a servicios de salud (art.14 y 27). En los ODS, se establece la necesidad de "garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades. Lograr la cobertura sanitaria universal, en particular la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esencial de calidad y el acceso a medicamentos y vacuna seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos". -*CN:Art. 75.22 (TT.II)*
INFORMACIÓN	El acceso a la información supone hogares con tecnología que permita a los adultos nutrirse de recursos de información que les facilite el acceso a las estructuras de oportunidades existentes (servicios de salud, calendario de vacunas, servicios de cuidado, alimentación gratuita, entre otros), y de formación en el espacio de la estimulación emocional e intelectual de sus hijos, por mencionar algunos ejemplos. En tanto para los niños/as y adolescentes el acceso a la información es particularmente importante en los procesos de formación en habilidades digitales y socialización (acceso al conocimiento, expresión de opiniones, interacción con grupos de pares y participación social, entre otros).	-En los *artículos 31 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y 20 de la Ley 26061,* se señala el derecho del niño a la libertad de expresión e información. - En los *ODS* se establece la necesidad de "garantizar el acceso público a la información" y de "aumentar de forma significativa el acceso a la tecnología de la información y las comunicaciones y esforzarse por facilitar el acceso universal y asequible a internet".

*REFERENCIA: es importante atender a las constituciones provinciales al respecto, que consagran estos derechos en sus documentos.

Para poder visualizar el estado de estos derechos en la Argentina, observemos la filmina perteneciente a los estudios del OSDA[284], que hace énfasis en estas directrices y en la efectivizarían o no durante el periodo 2010-2018:

Gráfico 1. Fuente: OSDA

En la única dimensión de derechos que se advierte un retroceso preocupante es en el acceso a los alimentos. De punta a punta del período la inseguridad alimentaria se incrementó 3 puntos, pero en el último período entre 2015 y 2018, las privaciones se elevaron en 5,5 puntos, y en su nivel más severo 1,4 puntos. Sin dudas, la actual coyuntura económica ha tenido un efecto específico en las privaciones más urgentes como es el caso del acceso a los alimentos en cantidad y calidad .En el umbral de privación más grave se registran progresos en el espacio del saneamiento y vivienda (4,6 y 7 puntos, respectivamente). Se destaca el avance en el espacio de la vivienda

284 Cuadro perteneciente a las estadísticas del Observatorio de la Deuda Social Argentina. http://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina

del último período 2015-2018 con una merma de las carencias de 3,7 puntos, y el retroceso en el espacio de la alimentación en 1,4 puntos. En resumen, en el período 2010-2018 se advierten progresos sostenidos en el espacio del saneamiento y vivienda, en el umbral de las carencias severas (acceso al agua de red e inodoro con descarga, y mejora de la calidad de los materiales de la vivienda y hacinamiento crítico). En el caso del espacio de la vivienda superar las carencias más graves *no significó dejar de vivir en condiciones habitacionales inadecuadas*. Asimismo, se advierten avances sostenidos en el espacio del acceso a la información y estimulación /educación. La Argentina ha tenido una serie de reformas educativas entre 1993-2006. Sin embargo, cabe señalar que en ambos espacios se advierte un estancamiento en la evolución del indicador desde 2013 y cierta reversión de la tendencia en los últimos dos años, especialmente en el déficit de acceso a la información. En este último caso, se puede asociar al agotamiento de programas como "Conectar Igualdad" y otros programas provinciales que tuvieron efectos destacados en los primeros años del período pero que se discontinuaron en sus acciones de transferencias, al tiempo que se conjetura que la crisis socioeconómica ha tenido su impacto en la adquisición de computadoras hogareñas y en el acceso a servicios de internet, además de otros procesos socioculturales que pueden estar operando en el acceso y uso de tecnologías. En pleno siglo XXI, *no todos contamos con acceso a medios de comunicación y/o tecnológicos* .Por otra parte, lo que refiere a la dimensión estimulación y educación, también podemos advertir un estancamiento en los indicadores de escolarización y ofertas educativas como en la enseñanza de idioma extranjero y computación. Es menester señalar que desde las labores del OSDA, de distinguen dos tipos de vulneraciones: totales o severas, siendo la última de mayor gravedad con vistas a enfatizar este concepto de las múltiples dimensiones de la pobreza. AMBAS son urgentes en su atención.

En este contexto, el conteo de privaciones evidencia que, entre 2010 y 2018, creció la proporción de niños/ as y adolescentes que estaban privados únicamente en una dimensión. En contrapartida, se redujo el porcentaje de niños/as que tenían dos o más carencias (ver gráfico anterior). Esto ocurrió tanto a nivel de las privaciones totales como de las privaciones severas. Al considerar la contribución de las distintas dimensiones al índice de privaciones multidimensionales se observa que aquellas relacionadas con la vivienda y el acceso al saneamiento mantuvieron un papel central durante el período 2010-

2018 (ver Tablas/gráficos a continuación). Esto fue así, en particular, a nivel de las carencias severas. Al respecto, se advirtieron algunos cambios entre 2017 y 2018: las privaciones severas en saneamiento perdieron relevancia mientras que aquellas en el espacio de la alimentación tuvieron un comportamiento opuesto. Como ya se señaló, la mayor injerencia de las privaciones en el espacio de la alimentación habría estado relacionada con el deterioro de las condiciones de vida de los hogares y con las mayores dificultades para acceder a los alimentos.

Gráfico 2[285]: Fuente OSDA

TABLA 3B **Contribución de cada dimensión a las privaciones severas**

En porcentajes de niño/as con al menos una privación.

	Serie Agenda para la Equidad*								
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Alimentación	13,8	18,8	17,4	20,6	18,0	12,5	19,1	17,0	20,4
Saneamiento	29,5	24,5	25,5	25,1	27,1	29,3	27,3	27,0	21,2
Vivienda	27,4	26,6	27,3	23,4	25,0	31,2	25,1	26,6	26,4
Salud	0,6	1,1	1,1	1,5	1,3	0,9	1,1	1,0	2,5
Información	15,2	11,4	12,9	10,5	12,8	12,8	13,8	12,9	11,7
Estimulación / Educación	13,4	17,8	15,8	19,0	15,8	13,3	13,5	15,5	17,9

Gráfico 3: Privaciones severas (2010-2018).
*Referencia: un niño con más de una privación. Fuente: OSDA.

En este contexto, la infancia continúa siendo vulnerada, a pesar de los programas de asistencia a niños, niñas y adolescentes; como contrapartida han surgido espacios de acompañamiento a jóvenes dentro de espacios formales como informales, cuyas tareas llevan

285 Archivo de OSDA; http://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina

a cabo ciudadanos y entidad jurídicas cuyo fin en el resguardo de la vida y del desarrollo de esta en todas sus posibilidades.

TABLA 1 **Incidencia de las privaciones en cada dimensión de derechos**

Años 2010-2018 | Evolución en porcentaje de niños/as de 0 a 17 años.

	Serie Agenda para la Equidad*								
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
UMBRAL TOTAL									
Alimentación	8,2	6,5	7,0	7,3	6,8	5,7	7,7	7,1	11,2
Saneamiento	30,8	28,4	26,7	23,7	23,9	26,2	27,0	24,7	23,7
Vivienda	31,9	28,6	31,4	29,9	30,3	29,3	30,2	30,2	29,5
Salud	21,5	25,0	26,7	25,8	27,5	27,6	22,9	23,3	22,4
Información	34,6	27,7	25,5	23,2	23,3	22,7	22,6	23,3	24,5
Estimulación / Educación	20,9	21,3	20,5	19,9	17,7	18,8	19,6	18,5	17,2
UMBRAL SEVERO									
Alimentación	6,2	5,1	5,2	4,7	4,4	3,5	4,3	4,3	4,9
Saneamiento	9,7	6,4	6,8	6,0	6,0	6,2	5,3	6,9	5,1
Vivienda	13,5	10,5	11,0	8,4	8,4	10,0	7,3	6,8	6,3
Salud	0,5	0,7	0,7	0,9	0,7	0,5	0,5	0,3	0,6
Información	5,3	3,2	3,7	2,7	3,1	2,9	2,9	3,3	2,8
Estimulación / Educación	7,3	7,7	7,0	7,5	5,8	4,7	4,3	4,0	4,3

* En esta serie los valores de la EDSA-Bicentenario (2010-2016) se estiman a partir de la aplicación de un coeficiente de empalme cuyo parámetro es la EDSA-Agenda para la Equidad (2017) a nivel de cada indicador y de sus diferentes categorías y/o aperturas. Este coeficiente se aplica una vez estimados los resultados generados por la muestra EDSA-Agenda para la Equidad comparable (2017) conformada por los puntos de muestra solapados con la EDSA-Bicentenario (2017).

Gráfico 4: Privaciones severas.
Distinción entre una o más de una vulneración
de derechos de niño (2010-2018). Fuente OSDA

3. Justicia. Acceso. Los niños como sujeto de derecho, no objeto

Conmemorando los 30 años ya de la CIDN, y en correlato a las normativas vigentes que pregonan la protección de este sujeto de derechos y NO OBJETO, es menester resaltar el rol del niño,

niña y adolescente[286] como parte del proceso judicial. La CIDN en el *artículo 12* se consagra el "Derecho a ser escuchado"[287] Asimismo, la convención trae consigo la regulación de una figura NO MENOS importante y que hace a la defensa en juicio: el abogado del niño. En nuestro país hay muchos debates sobre si debe ser un sujeto que represente al progenitor /responsable a cargo y al NNA o si ha de ser un sujeto ajeno a dicho vínculo. La Convención hace mención de un aspecto relevante sobre la autonomía progresiva y madurez. Todo NNyA en su proceso evolutivo adquiere capacidad de discernimiento e independencia. En la actualidad, hoy en día un joven de 13 años puede contar con su abogado. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) adopta un sistema mixto de capacidad de NNyA, en el que se conjugan reglas flexibles sin límites etarios con reglas fijas con límites etarios, en función de los derechos involucrados. Por un lado, el art. 261 del título relativo a los hechos y actos jurídicos, que fija en los 13 años la edad [288]del discernimiento para los actos lícitos. Por otro lado, el art. 639 que, entre los principios generales que rigen la responsabilidad parental, enuncia "la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos". La síntesis de las normas citadas permite esbozar una regla general para los actos vinculados con el ejercicio de derechos humanos.

Ahora bien, en CABA[289] se localiza el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, como organismo especializado. Su

286 Identificaremos a este colectivo con la sigla NNyA.

287 Con relación a esto, en 2009, el Comité de los Derechos del Niño presentó a la aprobación de la Observación General N° 12 sobre el "El derecho del niño a ser escuchado", referida a la interpretación que dicho órgano realiza del art. 12 de la CIDN: "Es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos.; https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf;

288 *Ergo*, por exclusión, antes de los 13 años, los niños carecen de autonomía para tomar decisiones (regla). Sin embargo, bajo la óptica de los arts. 24 y 639 del CCyC, antes de esa edad podrán decidir de manera autónoma si se demuestra un grado de madurez suficiente, que no se presume y, por ende, deberá acreditarse en el caso concreto. Ello sin perjuicio de lo que surge de algunas disposiciones aisladas, como ocurre con la edad de 10 años para brindar el consentimiento en la adopción (art. 595 inc. f); Còdigo Civil y Comercial de la Naciòn; http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm

289 Respecto normativas, en CABA desde 1999, RIGE la Ley Nº 114 de "Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes". En su art. 4, establece que "todos los NNyA gozan de los derechos fundamentales inherentes a su condición de personas, propiciándose su participación social y garantizando todas las oportunidades para su pleno

número de contacto es el 102. Tiene como finalidad promover, proteger y garantizar los derechos de todos los NNyA. El Consejo atiende las consultas y derivaciones a través de las defensorías zonales, que funcionan en cada una de las comunas de la Ciudad. Son espacios abiertos y gratuitos atendidos por equipos profesionales preparados para recibir las consultas de NNyA que presenten alguna duda, inquietud o problema con sus derechos. Pueden acudir cuando sienten que sus derechos no son respetados o ante cualquier problema que tengan en la escuela, la familia, el barrio o en cualquier institución. Están formados por equipos interdisciplinarios, integrados por trabajadores sociales, psicólogos, abogados y promotores de derechos. También el Consejo atiende a través de la Línea 102, (Línea de los Chicos y Chicas), que es gratuita y atiende las 24 horas del día.[290] El número actualmente es válido para todas las áreas del país.

Por su parte, en la provincia de Buenos Aires funciona el Organismo Provincial de la Niñez y la Adolescencia[291], cuyo objetivo y enfoque atiende a lo anteriormente descripto, con las particularidades del territorio donde desempeñan sus tareas. En cada provincia, bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social, funcionan secretarías/consejos de Niñez.

Haciendo énfasis en Buenos Aires, los actuales servicios zonales y locales se encuentran en La Plata, San Isidro, Mercedes, Azul, Bahía Blanca, La Matanza y otros. En la página web oficial[292], se encuentra en detalle de cada servicio con referentes y medios de contacto (ejemplificar en diapositiva).No olvidemos que contar con áreas especializada en materia de Derecho de NNyA involucra contar con un equipo interdisciplinario a los fines de cumplimentar y dar respuesta a las necesidades que emergen.

---

desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad, igualdad y dignidad". En consonancia, se promueve la remoción de obstáculos para el ejercicio y se contemplan diferentes circunstancias (rts.5, 20, 21, 111, Y OTROS);(…) y otra normativa más reciente, la Ley Nº 5.261 y Ley Nº 5.261,18, específicamente contra la discriminación. Si bien no se menciona a los NNyA a lo largo de su articulado, es evidente que resulta igualmente aplicable a ellos, y merece ser destacada la amplitud y prolijidad del tratamiento de las distintas formas en que puede producirse tal discriminación (de jure directa e indirecta y de facto, art. 2); extracto de "La convención comentada" –Documento de GCBA- https://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/ORIGINAL_Convenciones_Comentada_web.pdf

290 https://www.buenosaires.gob.ar/guiajuridicagratuita/consejo-de-los-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes

291 http://www.snya.gba.gob.ar/

292 http://snya.gba.gov.ar/index.php/promocion-y-proteccion-de-derechos

NOTA: Se proyectará lo referente a CABA y Pcia. de Bs. As., con el detalle de las ubicaciones y contactos:

CABA

PROVINCIA DE BS. AS.

4. Caso "Banda de la Frazada[293]"

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires confirmó el fallo contra la Provincia y la Municipalidad de La Plata por la situación de desprotección de NNyA en condiciones de vulnerabilidad social. El amparo había sido presentado en 2008, a partir de la criminalización de la "banda de la frazada", por la Asociación Miguel Bru y el Programa de Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Facultad de Derecho de la UNLP[294]. El Juzgado en lo contencioso administrativo de La Plata será revisor de la ejecución de la sentencia. Esto lo determinó la SCBA.[295]

293 Considero importante quitar este término "la banda", pero es así como el caso incluso llegó a los medios. Hablamos de chicos y adolescentes, no de una banda.

294 Universidad Nacional de La Plata; Programa de Derechos Humanos; https://www.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/ninez-derechos-humanos-y-politicas-publicas.html

295 Fallo año 2012: http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/extension/sentencia_asociacion_bru.pdf

En pertinente señalar que este fallo tiene un recorrido interesante. Todo inicia con la presentación de un grupo de madres y con el transcurrir del tiempo se abrieron incidentes con otras causas afines a esto (se proyecta una línea de tiempo con los sucesos, Power Point).

El programa de la universidad y la Asociación Miguel Bru impulsaron en 2008 un amparo a favor de niños, niñas y adolescentes (NNyA) que vivían en las calles del centro de La Plata. La historia se conoció como la "banda de la frazada", un título que los estigmatizó y los puso aún más en peligro. Un título que, al mismo tiempo, invisibilizó la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban.

En palabras de Martín Minestrina del programa de niñez, derechos humanos y políticas públicas de la facultad de derecho de la UNLP*". Por un lado, tenemos la satisfacción de que se expida la Corte y conforme lo que veníamos diciendo desde hace 12 años. Pero, por otro lado, hay algo de desilusión porque la Corte no dimensionó en su fallo lo estructural del problema, podría haber adoptado un rol más protagónico en la búsqueda de una solución sobre un conflicto que abarca a todos los poderes del Estado y la sociedad".* Hace su enfoque en que queda mucho camino por recorrer. En materia de políticas públicas y acciones, se estipulaba otra resolución. "*En el amparo nosotros habíamos planteado, y es el punto central de la denuncia, que el Estado terminó criminalizando a estos niños y sus familias por su propia omisión a la hora de generar políticas públicas para su protección. Es decir, los dejó en primero en una situación de grave vulnerabilidad y después los persiguió y hostigó"* (intercambio de correos al respecto con el director).

El entonces titular del Juzgado en contencioso administrativo Nº1 de La Plata, a cargo de Luis Arias, *sancionó al Estado provincial y municipal por la falta de medidas de protección y resguardo de sus derechos de estos NNyA*. El fallo fue luego ratificado parcialmente por la Cámara de Apelación, pero el Municipio volvió a apelar. Así la medida cautelar llegó al máximo órgano judicial bonaerense. El Estado aducía haber cumplimentado con asistencia en virtud de las leyes de protección integral a NNyA, con un sistema de instancias en las cuales se procuraba abordar al NNyA y su familia de manera gradual. Hubo que contrarrestar lo mencionado con informes que señalaban la ineficacia de estos planes que no habrían surtido efecto en las vida de niños, quienes no solo vivían solos en la Plaza San Martin, sino *que atravesaban situaciones de violencia, adicciones y otras problemáticas de afectación directa hacia su integridad* (Se procede a proyectar un esquema del abordaje propuesto por el Mu-

nicipio en colaboración con el Gobierno de la Pcia. de Buenos Aires en aquel entonces).

Doce años después de los hechos, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires confirmó el fallo de primera instancia, revocó la sentencia de la Cámara y de esta forma repuso la orden para la creación y puesta en funcionamiento de un servicio hospitalario especializado para la atención de la salud de niños con problemas de adicciones. Además de la "amplia difusión de los principios, derechos y garantías de los NNyA" en los medios de comunicación.[296]

Para cumplir con el fallo, *la Corte bonaerense reclamó que los Estado provincial y municipal elaboren y presenten ante el Juzgado de primera instancia un "plan detallado –con etapas y plazos a cumplimentar–, el que deberá concretarse en un plazo no mayor a seis meses".* Además determinó que el mismo magistrado sea el juez de ejecución, tenga a su cargo la dirección general del proceso y, si lo considera necesario, podrá crear una Comisión de seguimiento, control y monitoreo compuesto por todas las partes que intervinieron en la presentación.

Estos doce años de litigio dejaron en evidencia el efectivo cumplimiento de la ley 13.298 de promoción y protección integral de la niñez. El sistema durante todos estos años no funcionó, nadie pudo desconocer lo que denunciamos y el Estado sigue desconociendo la situación porque no trabaja con las familias de estos NNyA, ni tiene protocolos de intervención, ni produce información. *Existió un abandono por estos chicos que asimismo fueron "criminalizados", estigmatizados, sin protección legal alguna*.

Existieron dos audiencias en este proceso. En una de estas, celebrada en 2016, la situación fue incluso reconocida por la misma dirección de niñez y adolescencia de La Plata. La titular de esa cartera señaló que existía una del Sistema de promoción y protección integral de la niñez, que los operadores de calles y equipos técnicos estaban en condiciones de precariedad laboral y que aún no contaban con programas acordes a las necesidades. A su vez negaron acusaciones y basaron la falta de respuestas al contexto económico y político.

En esa misma audiencia, el equipo del programa de niñez, derechos humanos y políticas públicas de la facultad de derecho de la UNLP presentó un informe sobre la vida de esos NNyA que habían motivado el amparo: algunos muertos por gatillo fácil, otros

296 Informo que he enviado correo a las diferentes oficinas de servicio zonal y no he recibido aún respuesta.

detenidos, niñas que fueron madre sin la decisión de serlo. Muchos estudiantes de la Licenciatura de Servicio Social hacían prácticas de manera académica y extra académicamente. El amparo reconoció la necesidad de velar por estos chicos que no son sujetos NN. Poseen nombres, apellido, edad, entre otras características y es responsabilidad del estado accionar en sistemas que asistan, que prevengan y sostengan a esta infancia y adolescencia atravesada por contextos diversos y que interpela en cada vida.

El fallo de la Corte, en definitiva, dio inicio a una nueva etapa y queda saber cómo el Estado con los recursos que tienen podrá hacer frente a esta sentencia. Y también considero importante poder incorporar a esta nueva etapa las voces de los pibes y pibas en riesgo, sumar sus voces y las voces de las organizaciones que están trabajando con la niñez. Esto no fue mérito de un solo actor. Mucha gente confió en el trabajo en equipo, interdisciplinario y con ánimos de no desistir de su pedido, ante una realidad que incomoda a más de uno.

Por último, vale estar atentos a que se cumpla con la sentencia. Por lo pronto, se asignó la tarea de veedor al primer Juzgado que intervino en la causa.

Es preciso poder realizar una mirada amplia sobre este fallo. Y aquí no venimos a hacer política de colores. La idea es poder trabajar en conjunto aspectos de dicho fallo en conjunto con la mirada interdisciplinaria que demanda la materia de niñez y adolescencia. Hemos mencionado leyes, tratados internacionales y la importancia del rol del niño dentro del plexo jurídico como sujeto, con derechos consagrados y que no pueden ser vulnerados bajo ninguna posibilidad, con basamento incluso en relatos y/o opiniones consultivas y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A colación de lo anterior, es importante resaltar la condena que se hace al ESTADO PROVINCIAL como el MUNICIPAL se da en el marco legal por sobre el cual se ASUMIÓ un compromiso que en efectos reales aún resta un largo camino a recorrer. Más allá de la toma de acciones primarias que se han determinado a nivel provincial y/o municipal, no se ha dado soluciones y/o tratamientos prolongados y sostenido en el tiempo para mejorar la calidad de vida de las "víctimas" y sus familias. La vulneración de derechos es un hecho y no hay, según algunos autores, manera de subsanaciones ulteriores sin dejar de considerar que los procesos conllevan tiempo y no se realiza un abordaje íntegro y de manera sumarísima, a fin de allanar caminos que en términos de justicia, más allá de que la niñez recibe

un abordaje especial pero por la demora con que se ejecutan los procesos no distan de otros donde los afectados son adultos.

En la región, en las últimas décadas, han aumentado las situaciones de violencia contra los jóvenes que se encuentran en situaciones de marginalidad y exclusión– un ejemplo no menor es el de los asesinatos aún en países condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Guatemala con el caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y Otros)[297] o el caso de los "Hermanos Gómez Paquiyauri c/Perú"[298] donde se han reforzado ciertas tolerancias a prácticas violatorias de derechos fundamentales(lamentablemente)–. Es importante no quitar el foco que aún con sentencias condenatorias a Estados, la violencia aumenta de manera notoria, al margen de que muchos países se someten a la competencia contenciosa de la CIDH (solo 20 de 35 países de la OEA lo hacen). No resulta evidente el impacto social en materia de transformaciones positivas para las víctimas y sus vidas. Muchas veces, otros actores sociales hacen mayores y significativas intervenciones en favor de velar y por la vida de niños, adolescentes y su entorno. A nivel regional, haciendo énfasis en lo que respecta a derechos del niño y su protección especial, el art.19 de la Convención[299] estipula la defensa de NNyA. Es evidente la importancia de que las víctimas obtengan sentencias donde se determinen responsabilidades y se fijen reparaciones correspondientes .Para la Argentina, lo que determina la CIDH, como el comité de Derechos del niño, y otros órganos que son expertices en el área han de tener peso para nosotros.[300]

Cuando nos referimos a la gravedad y urgencia con la que debe ser ponderado el caso y a la búsqueda de soluciones, es válido recordar la especificidad del sujeto niño, que se centra en una *condición esencial de vulnerabilidad*. De acuerdo con jurisprudencia de la CIDH y Opiniones consultivas, la vulnerabilidad es una condición existencial de la niñez, entre otras. Los derechos consagrados en la Argentina son de carácter operativos. La vulnerabilidad, es por sí sola una condición de este SER NIÑO.

---

297 https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=321

298 http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=215&lang=es

299 Artículo 19. Derecho del Niño: Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado; http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm

300 Caso Fornerón; CIDH; http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

Es fundamental no olvidarse de que la urgencia atiende a cuestiones temporales; el uso tradicional del sistema no está pensado para la defensa del niño. Resulta incompatible con la regla del artículo 19 de la C.A.D.H. No se advierte, parece, en ninguna dificultad al permitirse que transcurra el tiempo y que ese niño mientras tanto se convierta en una adolescente y/o adulto, mientras se agotan instancias, debilita el sentido inclusive de recurrir a un sistema de justicia.

5. Con perspectiva de niñez: sistema interamericano e internacional de protección de derechos humanos

Los casos mencionados dan cuenta de los desafíos ante los cuales nos encontramos a diario. La convención posee 30 años y aún con sistemas de promoción de derechos y estados con mayor o menor participación y reconocimiento en áreas proclives a cuidar a la niñez y adolescencia, es evidente que la interdisciplinariedad es un requisito para realizar un abordaje integral.

En la actualidad es interesante resaltar que el enfoque legal y penal ha dominado el proceso nacional y latinoamericano en la incorporación de derechos /corpus juris de protección de derechos humanos de los NNyA, pero no se ha pensado en una reconstrucción integral de la protección desde los diferentes puntos de vistas de otras disciplinas no jurídicas. Aun cuando abundan especialistas de diferentes áreas que trabajan interviniendo en cuidando la vida de muchos niños, la realidad es que en escasos momentos se ha recurrido a sumar agentes externos a lo jurídicos. Es probable, que si desde el inicio de todo proceso de abordaje en prevención y protección son llevada a cabo con diversos agentes expertos en educación, salud, urbanismo, economía y derecho, el resultado habría sido distiende manera optimista se advierten cambios a partir del impacto de ciertas políticas universales en materia de niñez que han tenido sustento en algunos países, Aquí en la Argentina, desde el año 2009 se estableció la *Asignación Universal por hijo* (AUH, decreto 1602/2009);

En conjunto con otros autores, considero que si el argumento que sostenemos es superar estas realidades –atravesándolas–, hay que desplazarse de un enfoque jurídico a uno amplio. Es imperante la definición y desarrollo del contenido a la protección especial de NNyA, ya sea en la definición de una política pública o bien para determinar el alcance de una medida judicial, puedan participar profesionales, considerándose lo pedagógico asimismo. *La omisión no es una opción.*

Es obligatorio lograr una coordinación entre los actores institucionales que intervienen al área de niñez en el área municipal, provincial y estatal, articulándose ello con los parámetros consagrados a nivel interamericano e internacional, efectuándose un relevamiento y análisis de las opciones tomadas y ejecutadas. Es preciso implementar una perspectiva desde la niñez hacia el resguardo integral.

6. Prácticas y reflexiones

El diseño institucional vigente es inapropiado para cumplir con propósitos a nivel internacional, interamericano y nacional. Tal como lo mencionábamos en el fallo que se analizó, el propio municipio reconoció que no hay recursos, y que la realidad desborda todo parámetro medido puertas afuera de la realidad que atraviesan niños y jóvenes de nuestro país.

Es imprescindible un acuerdo estratégico y operativo sobre las incumbencias de cada actor involucrado en el sistema, para que cada institución pueda sin superposiciones trabajar de modo correcto para hacer efectivos el ejercicio de los derechos reconocidos por las horas regionales y universales a todos los niños, niños y adolescentes, realizando intervenciones ante las deficiencias/errores/abandonos del Estado.

Es menester resaltar que el rol que cumplen las ONG, Asociaciones civiles y otros, cuyos objetivos son el respeto y protección de los derechos humanos de los niños; estos pueden/podrían trabajar en articulación con los diferentes organismos del sistema, ya que muchas veces son quienes en territorio generan los verdaderos acompañamientos a cada caso. El rol, de estas personas jurídicas es decisivo de igual manera respecto la eficacia de los sistemas de monitoreo y control del cumplimiento de los tratados por parte del Estado. Cumplen un rol de suma importancia.

Atenta a lo que venimos trabajando sobre este abordaje de la realidad en la Argentina, y haciendo enfoque en el reciente fallo y analizando el acceso a la justicia, vale no dejar de considerar el sistema y su resguardo integral hacia estos sujetos de derechos. Dentro del encuadre jurídico , la conexión entre los derechos se ve reformada por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos sobre derechos Económicos, Sociales Y Culturales ("Protocolo de San Salvador"[301]) ya que allí se reconoce al niño el derecho a un protección especial con un alcance más amplio que el

301 http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf

art. 19 de la CADH , como he mencionado antes; además se reconocen algunos otros derechos con so que es posible litigar/reclamar ante el sistema: la educación y la libertad sindical. No quisiera extenderme en una mirada latinoamericana cuando hacemos énfasis en la Argentina, tierra en la que hoy habitamos.

Es inexcusable una implantación y consolidación de respuestas normativas especializadas orientados a garantizar los derechos so consagrados. Recordando aquella primera sentencia donde la CIDH interpretó el citado ya art. 19, podemos asociar todos aquellos deberes que el Estado debe hacerse responsable. Cuando hablamos de otorgar voz, escucha activa solemos hacer énfasis en el art, 12 de la CIDN que vela por la defensa en juicio y representación .Es necesario velar por una formación íntegra no solo del operador jurídicos, sino de cada estrato del sistema judicial para garantizar de manera atenta un abordaje adecuado para el sujeto, que como relatamos, se encuentra vulnerado desde diversas dimensiones como se ha presentado. Cuando hacemos referencia la privación de la libertad es sabido que la Convención plantea una dificultad en tanto establece que a privación de la libertad de lo menos posible en tiempo, pero a su vez da autorización para privar al menor de 18 años, siempre que se prevea una libertad anticipada (caso Mendoza y Otros). *Es ineludible poder re direccionar los pleitos hacia políticas públicas orientadas en la restitución de los derechos del niño con relación al sistema de justicia penal.*

Tomemos por ejemplo el caso de Guatemala .Se exigió al estado que garantice las condiciones dignas. Lo mismo se estableció en el fallo de las SCBA. Para consolidar dicha prerrogativa judicial, debería insistirse en el reclamo por la definían de la clase política políticas que el estado debe implementar, no solo para evitar la continuidad de vulneraciones, sino para restituir en la medida de lo posible,) lo que no ha sido garantizado. La prevención debe ser interpretada hoy como garantía de derechos económicos, sociales y culturales.

Como recursos, en nuestro sistema de normas contamos con medidas como el amparo, ante una potencial o efectiva vulneración de derechos, como asimismo medidas cautelares o medidas autosatisfactorías, con posibilidad de apelar ante una sentencia injusta. Asimismo contamos con organismos especializados en niñez que si bien han de responder, y dependen, al Ministerio de Desarrollo Social, La niñez y adolescencia es política de estado. No debe dejar de serlo y priorizar que existan recursos, controles, y articulaciones

para prevenir, y proteger y restaurar lo que no se ha podido atender en tiempo y forma.

Dada la herencia jurídica cultural se debe evaluar la realización de correcciones al sistema nacional, *el niño no es adulto.* EL NNyA es un sujeto de derechos dentro de un sistema que debe atender a sus necesidades. Es entendible que existen estados cuyos rasgos se diferencian, pero en la Argentina es urgente que el Estado pueda trascender su rol como mero asegurador de derechos de defensa y logre avanzar en políticas sociales concretas sobre grupos que requieran protección especial.

Como operadora jurídica reconozco que la curiosidad y cantante formación hacen a la eficacia de medidas presentadas. Gracias al trabajo de actores de diferentes campos, se ha propiciado dar importancia la figura del abogado del niño. Es un logro obtenido con esfuerzo.

Resta en nosotros, en formarnos, en hacer territorio/camino y no quedarnos detrás de un escritorio. En un mundo dinámico, las necesidades son dinámicas y conjuntas.

Argentina posee un promedio mayor al 45% de niños pobres. Y eso niños serán adolescentes, adultos y mayores quienes pueden tener un acceso a educación, salud, vivienda.

Las transformaciones comienzan desde casa , es decir, siendo hogares nosotros para comprender la dimensión de la problemática y el llamado constante a intervenir desde nuestro rol como abogados, licenciados en trabajo social, psicólogos, psicopedagogos, entre tantos profesionales del ámbito.

Invito a quienes hoy somos parte de este congreso interdisciplinario a que puedan llevarse curiosidades, a que puedan ahondar en la materia, quedando a disposición por distintos medios para un futuro y posible contacto.

Nosotros somos responsables del *acceso a justicia*. Pero no los únicos. La justicia se alcanza con una construcción conformada por diferentes profesionales, quienes en equipo, compartimos el único objetivo común: respetar, cuidar, acompañar, proteger y subsanar la vida de un niño, niña o adolescente.

Bibliografía

Beloff, Mary. “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”. Seminario internacional sobre Sistemas de supervisión y monitoreo de condiciones de privación de libertad de niñas, niños y adolescentes en contacto con la ley penal. En https://www.unicef.org.ar/seminario2016/img/pdf/22-mary-beloff.pdf

Freire, Paulo. “Pedagogìa del Oprimido; En http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/Freire%20%2C%20%20Pedagogia%20del%20Oprimido.pdf;

Gomez da Costa. “Educador-educando: una relación de ayuda”. En *Pedagogía de la presencia. ParteII.* http://www.bibliopsi.org/docs/carreras/terapia-ocupacional/TEORIA%20Y%20TECNICA%20DE%20TO%202/Pedagogia%20de%20la%20presencia,%20GOMES%20DA%20COSTA.pdf;

Ibáñez Rivas, Juana María. “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” En https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf;

Jurisrudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos; https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/

ONU. “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”; https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandreparation.aspx;

Tratados Internacionales de Derechos Humanos: https://research.un.org/es/docs/law/treaties

UNICEF. “Informe mundial sobre violencia contra niños y niñas”https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandreparation.aspx

Restaurar é possível: as oficinas parentais no poder judiciário brasileiro como experiência concreta de efetivação do direito à voz e à paz de crianças e adolescentes nas relações familiares

Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci[302] *y Michelle Asato Junqueira*[303]

"Além da Terra, além do Céu, no trampolim do sem-fim das estrelas, no rastro dos astros, na magnólia das nebulosas. Além, muito além do sistema solar, até onde alcançam o pensamento e o coração, vamos! vamos conjugar o verbo fundamental essencial, o verbo transcendente, acima das gramáticas e do medo e da moeda e da política, o verbo sempreamar, o verbo pluriamar, razão de ser e de viver."
Amar se aprende, amando.
Carlos Drummond de Andrade

302 Possui estágios Pós-Doutorais pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/ USP); pelo Centro de Direitos Humanos *Ius Gentiu*m da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Avançados da Universidade de Córdoba-Argentina. Mestre e Doutora pela PUC/SP. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Líder do Grupo de Pesquisa CriaDirMack "Direitos da Criança e do Adolescente no Século XXI" da Faculdade de Direito da UPM. Pesquisadora do GENN/ECA-USP. Membro da Comissão de Direitos Infanto-juvenis da Ordem dos Advogados do Brasil/São Paulo (OAB-SP).

303 Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-UPM. Especialista em Direito Constitucional com extensão em Didática do Ensino Superior. Vice-líder dos grupos de pesquisa "Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania" e "CriaDirMack- Direitos da Criança do Adolescente no Século XXI". Pesquisadora no grupo CNPq "Estado e Economia no Brasil". Coordenadora de Pesquisa e TCC da Faculdade de Direito da UPM. Professora do curso de graduação em Direito da mesma instituição. Membro da Comissão de Direitos Infanto-juvenis da Ordem dos Advogados do Brasil/ São Paulo(OAB/SP) e do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA).

1. Considerações iniciais

Tudo começa no amor. Dizem que o amor é a Teoria de Tudo. Uma simples fagulha. Um olhar. Uma promessa. Uma vida a partilhar. Sonhos, vontades, desejos, vontades, futuro. Planos, projetos, conquistas. O amor germina. Chegam os filhos. A vida se amplia. A família aumenta. No equilíbrio do cotidiano, mais planos, promessa e amor. Em alguns casos, a fagulha inicial que era chama vai se apagando aos poucos. O amor de dois, transmuta-se. Pendularmente para alguns, transforma-se em dor, angústia, desilusão. Os amores gerados continuam ali, a germinar e a esperar. É a hora das tentativas. Da torcida pela continuidade. Tentar é verbo que se vislumbra na sua mais teimosa definição. Reconciliar passa a ser vocábulo da pauta do dia. Mas há razões que a própria razão do amor desconhece. A finitude dá sinais da sua existência. Reconciliar não se faz possível. A ruptura para dois é um ato certo. O ponto final. Final do ato para uma relação a dois, mas que possui inúmeros outros protagonistas, em especial, os filhos.

A dor, o sofrimento, a disputa e a discórdia passam a mostrar as suas faces mais nefastas. Violência que se instaura entre dois. Violência que transborda para além de dois e atinge os filhos. Alienação parental, abandono afetivo, guardas, mandados, alimentos, audiências são palavras constantes que ecoam na concretude de uma ruptura conjugal matizada pela violência, em quaisquer das suas formas.

De novo e mais uma vez, não se trata de uma narrativa entre dois, mas sim, de toda uma família. Estudos e estatísticas demonstram que os mais afetados pela má condução de uma ruptura familiar são os filhos, em especial, crianças e adolescentes, considerados juridicamente no Brasil, entre 0 a 18 anos incompletos.

É diante deste cenário de começo, meio e não fim familiar que este ensaio científico apresenta uma prática restaurativa concreta no Poder Judiciário Brasileiro denominada de "Oficinas Parentais", propostas pelos Tribunais de Justiça dos estados em parceria com o Conselho Nacional de Justiça nos termos da Recomendação nº 50 de 08/05/2014, com vistas a garantir em processos judiciais de ruptura conjugal e familiar a minimização dos traumas advindos para todos os envolvidos, em especial, crianças e adolescentes.

As Oficinas Parentais partem do novel modelo processual brasileiro de incentivo à mediação e conciliação dos conflitos, buscando harmonizar e humanizar os processos judiciais de separação e divórcio, quando houver filhos. As oficinas por meio da interdisciplina-

ridade unem diversas áreas de atuação, entre elas, Direito, Psicologia, Comunicação e são pautadas no fortalecimento do conceito de dever parental,a ética do afeto,educação para a paz e comunicação não-violenta. Crianças e adolescentes são protagonistas nas "Oficinas Parentais", pois têm direito à vez e voz firmando-se, assim, de maneira pragmática os princípios de proteção integral, solidariedade e melhor interesse, previstos na ordem jurídica nacional e internacional.

2. A criança e o adolescente como sujeitos de Direito no Brasil: uma breve trilha narrativa histórica

Sujeitos de Direito em desenvolvimento. Esta foi a *mens legislatoris*, ou intenção dos Constituintes da Constituição Federal Brasileira de 1988, ao estabelecer no art. 227, às crianças e adolescentes, um *status* constitucional diferenciado. Ao eleger como a base o que se convencionou nominar de "Doutrina da Proteção Integral", quis o legislador sublinhar a necessidade de proteção plena e especial ao público infanto-juvenil, o qual se justifica em virtude da maturidade física e mental em desenvolvimento.

Importa demarcar que até a edição da Carta Magna de 1988, figuravam no Brasil outras narrativas sobre o público infanto-juvenil. As narrativas sociais e jurídicas partiam do conceito de "menor em situação irregular". A expressão menor - vocábulo de múltiplas acepções- guardava em si a noção de somenos importância, sinônimo de infância em perigo ou perigosa, marginalização e diminuição. A identidade do "menor" se construía - apenas e tão somente - a partir do desvio, da anomia e da necessidade de vigilância pelo Estado.

As disposições constitucionais sobre a criança e o adolescente acompanham as previsões da Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, nos seguintes termos: "a criança, em virtude de falta de sua maturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento". Apesar de um marco de extrema importância para a temática, do ponto de vista jurídico, a Declaração se traduz como um documento que carece de coercibilidade e se afirma, tão apenas como uma enunciação de direitos.

Também é oportuno lembrar a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, na qual reforça o art. 3º da Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948.

Deste modo, o art. 227 da CF/88 - inspirado nos marcos normativos internacionais[304], traduziu um querer legislativo dos Constituintes de 1988, em especial, garantindo às crianças e adolescentes um *status* constitucional diferenciado, responsável por desencadear políticas públicas e interpretações judiciais mais contemporâneas e que, no fim do percurso, conduzirão à igualdade e a promoção da justiça e do bem-estar social na sociedade brasileira.

Com a observância da sistemática de incorporação dos tratados internacionais disposto no texto constitucional de 1988, a 21 de dezembro de 1990 foi promulgada a Convenção sobre os Direitos da Criança[305] na ordem jurídica brasileira com a edição do Decreto n. 99.710, tendo o mesmo entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990. O Presidente da República no exercício de sua competência privativa, segundo dispõe a Constituição Federal no artigo 84, VIII, a ratificou em 24 de setembro de 1990; após os trâmites no Congresso Nacional, expostos na Constituição Federal, artigo 49, I, que aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança pelo Decreto Legislativo n° 28, de 14 de setembro de 1990.

Esta é a primeira premissa a ser observada no texto internacional e o Brasil comprometeu-se internacionalmente a proceder, adotar políticas públicas, condutas e posturas nos termos da Convenção. Então é reconhecidamente fonte de obrigações e direitos na ordem jurídica brasileira o teor da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

---

304 Como Declaração paradigmática nos direitos da criança e do adolescente vale ressaltar a importância da Declaração de Genebra de 1924 a qual "reconhece a proteção da criança, independentemente de qualquer discriminação de raça, nacionalidade ou crença. Afirma o dever de auxílio à criança com respeito à integridade da família e o oferecimento de condições de desenvolvimento de maneira normal, envolvendo as condições materiais, morais e espirituais. Além disso, recomenda que a criança deve ser alimentada, tratada, auxiliada e reeducada, refletindo a força do ideário higienista e positivista da época nos campos de educação e saúde, revelados pelos conceitos de tratamento e normalidade" VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho infantil doméstico no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.120

305 Sobre o tem ver "pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança estabelecem-se duas prerrogativas que a sociedade e o Estado devem conferir à criança e ao adolescente, para operacionalizar a proteção dos seus Direitos Humanos: 'cuidados' e 'responsabilidades'. As crianças e os adolescentes têm direitos subjetivos e exigíveis, à liberdade, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral, à educação, à saúde, à proteção no trabalho, à assistência social, à cultura, ao lazer, ao desporto, à habitação, a um meio ambiente de qualidade e outros direitos individuais indisponíveis, sociais, difusos e coletivos". NOGUEIRA NETO, Wanderlino**. Instrumentos de promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente, enquanto direitos humanos especiais de geração. Instrumentos normativos internacionais de promoção e proteção: a convenção sobre os direitos da criança**. 2012. Disponível em: Acesso em: 19 maio. 2020.

Seguindo os ditames constitucionais, no ano de 1990 dá-se a edição do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) - conceituado como lei especial e de natureza infraconstitucional- responsável por desenhar de modo mais específico e pormenorizado, as matizes que delineiam os sujeitos de direito, reiterando em seu texto os princípios da prioridade absoluta, proteção integral, melhor interesse e sujeito de direito em desenvolvimento.

A tese central e objeto do ECA, qual seja o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente e sua proteção integral, encontra terreno fértil na necessidade de fortalecimento de políticas públicas e regulamentações legais protetivas e ratificadoras dos objetivos e fundamentos do Estatuto.

Impõe-se, notadamente o princípio nuclear do ECA, relativo à doutrina da proteção integral, um enquadramento principiológico no sistema jurídico na medida em que se constitui em elemento de interpretação desse mesmo sistema, de modo a apontar para o ideal social e jurídico.Destaca-se que a afirmação da criança e do adolescente como "pessoas em condição peculiar de desenvolvimento" e do ponto de vista da práxis social e aplicabilidade de tão princípio na realidade concreta significa dizer que crianças e adolescentes, a partir da ontologia do ser, são sujeitos de direito em desenvolvimento e este reconhecimento pressupõe um valor especial, desenhado, inclusive pelo Constituinte de 1988, como um direito social, que gerará a imperativa da produção de Políticas Públicas pelo Estado.[306]

Outro princípio de notória importância é o da prioridade absoluta que se encontra disposto constitucionalmente no art. 227 da CF/88, bem como se estabelece nos arts. 4º e 100, parágrafo único, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.A garantia da prioridade consiste em receber, primeiramente, proteção e socorro, em quaisquer circunstâncias; atendimento preferencial nos serviços públicos e de relevância pública; prioridade na formulação e execução de políticas sociais públicas; destinação preferencial de recursos públicos nas áreas de atendimento à infância e à adolescência. Estabelece assim que há a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse, quer seja, judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar.

306 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches, Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.69/1990: artigo por artigo. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

Estabeleceu também o ECA o princípio da solidariedade entre família, comunidade, sociedade e Estado, asseverando-se que todos são co-responsáveis pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

Como núcleo essencial e prioritário ao desenvolvimento da criança e do exercício de seus direitos está a família e para que se efetive de maneira absoluta, deverá o Estado deve apoiar e fortalecer a os núcleos familiares, por meio das várias medidas necessárias para o melhor cumprimento de sua função natural nesse campo.A permanência da criança em seu núcleo familiar seja preservada e favorecida, a menos que haja razões decisivas para separá-lo de sua família, dependendo de seus melhores interesses. A separação deve ser excepcional e, de preferência, temporária. O dever de cuidar se estabelece, nos termos do art. 19 da Convenção Americana, de forma solidária, não só na busca pelos recursos humanos adequados mas também instituições e instalações aptas para tal fim. É sobre famílias e sua manutenção em uma ambiência paz que iremos tratar ao longo deste artigo.

3. Por que os direitos à comunicação e à voz de crianças e adolescentes importam?

Dar voz à criança antes de mais nada é um direito. Direito de não mera informação, mas direito à comunicação que pressupõe a compreensão global e interpretativa da informação trazida. Neste contexto direito à comunicação é o pressuposto para a existência infantil e a leitura do mundo por meio dos seus olhos com o abandono gradual da intermediação de um adulto como o responsável por traduzir os anseios e vontades destes sujeitos de direito:

> As crianças não estão envolvidas, desde a expressão de suas realidades, como vozes principais para projetos de políticas que se relacionam com suas condições de vida, deixando-as em uma posição onde são vistas, mas não escutadas, dificultando seu reconhecimento como interlocutoras válidas e evidenciando uma situação na qual predomina a posição dos sujeitos adultos[307]

E é no mesmo sentido que o UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância declara como imprescindível "a comunicação

307 DIAZ, S. P. Participar como niña o niño em el mundo social. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 8(2), 2010.pp. 1149-1157.

para o desenvolvimento da humanidade, enquanto um direito humano fundamental – no sentido de básico – por ser pedra de toque de todas as liberdades às quais estão consagradas as Nações Unidas, fator essencial de qualquer esforço sério para fomentar a paz e o progresso no mundo".

Seguindo a mesma trajetória, a Convenção sobre os Direitos da Criança, das Nações Unidas, disciplina a comunicação como um dos direitos fundamentais ao declarar em seu artigo 13, que "a criança tem direito à liberdade de expressão" e que "este direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem considerações de fronteiras, sob a forma oral, escrita, impressa ou artística ou por qualquer outro meio à escolha da criança".

A partir da comunicação temos o ponto de partida para a compreensão do existir humano em suas amplas interfaces, destacando-se a indispensabilidade dos processos comunicativos para a compreensão do humano.

Assim, no que tange ao universo de criança e adolescentes, o direito à comunicação é pressuposto para o desenvolvimento de outra categoria de igual magnitude, qual seja, o direito à voz, que se faz acompanhar na contemporaneidade de novos estudos e práticas multidisciplinares indispensáveis para se compreender a criança neste novo momento histórico. À ciência que procura se atribuir significados e metodologias ao tema – com forte influência de língua inglesa e francesa- se dá o nome de Sociologia da Infância. **Anete Abramowicz,** pós-doutora em Sociologia da Infância na Universidade Paris Descartes, na França e professora da UFSCar destaca que:

> o que a Sociologia da Infância se esforça em fazer é dar textura às crianças, ouvi-las, quando sabemos, de fato, que na nossa sociedade, profundamente adultocêntrica e hierárquica, a fala das crianças é totalmente ignorada. A sociedade ocidental, quando fala de infância, ou é como lembranças dos adultos ou é aquela que se quer impingir a todas as crianças. A infância é vista como um período de passagem para aquilo que, de fato, importa: ser adulto. Desta maneira, há que se saber o que pensa a criança, qual é o seu ponto de vista, suas experiências etc. Estes são alguns dos temas

que pesquisadoras da Sociologia da Infância têm procurado responder.[308]

Sinaliza, também, a pesquisadora a necessidade premente de se avaliar as múltiplas e polifônicas vozes da infância para melhor compreensão do tema "Quando você fala a infância no singular, a referência é da infância enquanto uma estrutura social, que atravessa todas as sociedades. Ou seja, infância singular. Do ponto de vista estrutural, da sociedade, estas questões dizem respeito àquilo que a sociedade pretende equacionar para a infância e devem ser equacionadas por ela: miséria, mortalidade infantil, obesidade, preconceito etc."[309]

Ressalta-se que crianças e adolescentes não podem ser meros espectadores, pois na medida em que se compreendem como sujeitos de direito, desde a tenra infância, passam a internalizar os valores da participação, da cidadania e do pertencimento a uma sociedade. Tonucci, expoente italiano, assinala que "a palavra deve estar com as crianças, sendo que conceder a palavra às crianças não significa fazer-lhes perguntas e fazer com que respondam, mas conceder a elas a palavra para expressarem sobre coisas que conhecem, sobre o bairro onde vivem e suas necessidades[310] e que o processo de escuta pressupõe práticas colaborativas. Crianças e adolescentes devem ser comunicados. Crianças e adolescentes devem ser destinatários de escutas ativas, onde escutar objetiva precisar da contribuição do outro. Não basta haver interesse, motivação, convicção de que seja uma boa técnica para envolver as crianças que seja uma boa técnica para envolver as crianças; é preciso sentir sincera e urgentemente essa necessidade. É necessário precisar das crianças, reconhecer que são capazes de dar opiniões, ideias e de fazer propostas uteis para nós adultos, capazes de nos ajudar a resolver problemas.[311]

Nestes termos, a escuta deve ser determinada pelo 'sujeito aprendiz" que ao receber a informação, terá não mais uma atitude de mero receptor, mas sim de ator social, buscando por meio da ação e da reflexão a troca de experiências a desembocar em um processo

308 Disponível em http://sociologia.uol.com.br/a-sociologia-da-voz-as-criancas/.Acesso em 30.abr.2020.

309 Disponível em http://sociologia.uol.com.br/a-sociologia-da-voz-as-criancas/.Acesso em 30.abr.2020.

310 TONUCCI. Francesco. *Quando as crianças dizem: agora chega.* Porto Alegre: Penso, 2005, p.17.

311 Idem, p.18.

participativo e dinâmico considerado como "contexto de escuta".[312] Partindo-se de tal compreensão é possível destacar que direito à comunicação é o pressuposto primeiro para manifestação e a deliberação consagrados para o exercício.

O agir comunicativo voltado à deliberação e efetiva intermediação dos interlocutores será o responsável por uma comunhão de discursos no espaço social, desembocando assim em uma forte atuação transformadora e não há idade ou tempo para que esta atuação tenha. Por meio da ideia de compartilhamento de mundos a noção de alteridade em sua maior dimensão como respeito à diversidade, à dignidade humana, bem como ao respeito adquire novas conformações na busca por uma solidariedade fraterna e global, tal ideia se encontra fortemente preconizada por Hannah Arendt "pois o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens ou de todas as nações como entidades, como construtores de mundos e co-autores de um mundo comum."[313]

Para Arendt a gramática da ação, ou seja, transportar do mundo da teoria para a práxis social é de extrema valia pois agrega inúmeros valores para a História da Humanidade e neste sentido, não há uma data para começar, não há um critério etário, mas apenas um começar com respeito e voltado às interfaces próprias de cada agir. Neste sentido a existência só se perfaz pela pró-atividade ou pelo protagonismo. Não basta estar no mundo, existir é agir. Arendt com ênfase na ação, nos remete à noção do agir para existir ao ponderar que "só assim é possível "ser alguém", atingir realidade plena.[314]

E é neste contexto que surgem as Oficinas Parentais no Poder Judiciário brasileiro, afinadas com os mais atuais marcos normativos nacionais e internacionais, de proteção integral à criança e ao adolescente e apoiadas no novo modelo processual brasileiro de incentivo à mediação e conciliação dos conflitos buscando humanizar e mitigar a violência nas rupturas familiares.

Rupturas familiares sem a devida acuidade e atenção podem se constituir em núcleos de expansão de violência. Em perspectiva histórica, a violência contra a criança e do adolescente sempre foi uma das tônicas nucleares em razão da necessidade de proteção especial.

---

312 RINALDI, Carla. *Diálogos Com Reggio Emillia. Escutar, investigar, e aprender.* Tradução. Vania Cury. 1. Ed. São Paulo: Paz e Terra. 2012, p.125.

313 ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo.* 1989, p. 509.

314 ARENDT, Hannah. *A Condição Humana.* Rio de Janeiro, Forense Universitaria, 2010, p.231.

Falar de violência contra a criança e adolescente é fato corriqueiro. A vulnerabilidade de crianças e adolescentes sempre existiu, em especial, nos lares e casas, nas escolas nas ruas, nas constâncias e nas rupturas. Também quando fazemos uma viagem ao histórico legislativo e das demandas sociais ao longo do tempo resta inequívoca a certeza de que os debates sempre orbitaram sobre o status objetificação versus sujeitos de direito em desenvolvimento. Menores versus crianças e adolescentes. Todavia, é interessante notar que mesmo havendo farta legislação nacional e internacional, há um hiato entre o ser e o dever ser, a violência, em suas mais variadas interfaces, continua a ser naturalizada, como forma de disciplina, educação e poder. Traduz-se como uma práxis cotidiana, concreta e real a lançar germinais que se desenvolvem para além do momento em que aconteceu. Deixa marcas e precisam ser ressignificadas.

Violência é terminologia que se conceitua no plural, são muitas as suas formas e facetas e para Misse "não existe violência, mas violências, múltiplas, plurais, em diferentes graus de visibilidade, de abstração e de definição de suas alteridades."[315] É assunto de caráter epidêmico e de afronta aos Direitos Humanos dos chamados pequenos humanos, indefesos, vulneráveis e silentes. As facetas da violência contra a criança podem ocorrer de maneira estrutural e em diversas instituições sociais, e por princípios normativos de proteção integral, cabe em um pacto de não silêncio e sim, solidariedade e cooperação, a sua observância por todo o tecido social.

Finalmente, direito à comunicação e direito à voz de crianças[316] e adolescentes são bases fundantes das "Oficinas Parentais", pois consolidam, além do princípio da proteção integral, a solidariedade, o afeto e o melhor interesse, previstos na ordem jurídica nacional e internacional.

4. Oficinas de Parentalidade no Judiciário Brasileiro: novas narrativas restaurativas de direito à comuni-

315 MISSE, M. *Malandros, marginais e vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro. Tese [Doutorado] - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; 1999.

316 Sobre o tema ver "A complexidade da situação social da infância contemporânea clama o estabelecimento e uma cultura de reconhecimento das crianças em sua alteridade, a partir do respeito aos seus direitos, desejos, especificidades, e à sua participação, indicando que a construção da cidadania ativa das crianças se constitui um passo significativo no caminho da construção de outro mundo possível a partir do que estamos vivendo, das ações e relações cotidianas: um mundo mais democrático e justo para todos, inclusive para as crianças. CASTODI, G. de A. *Cosmopolitismo Infantil: Qual o lugar social das crianças na contemporaneidade?* Zero a seis, Florianópolis, v. 13, n. 23, p. 33-51, 2011.

cação não-violenta, participação infantojuvenil e educação para a paz nas famílias

Humanizar, aproximar, reestruturar e restaurar, estes são os verbos que definem com maestria os objetivos das "Oficinas de Parentalidade", ou também denominadas de "Oficinas de Pais e Filhos", destinadas à famílias diante do processo de ruptura familiar. Seu surgimento histórico guarda estreita relação com os anseios judiciários brasileiros de intensificar instrumentos alternativos de solução de conflitos, com ênfase na mediação e a conciliação[317]. O Novo Código de Processo Civil de 2015 encampa esse ideário.

Estados Unidos e Canadá foram os primeiros países a adotarem tal prática restaurativa e serviram de inspiração para a juíza brasileira, da cidade de São Vicente, estado de São Paulo, Vanessa Aufiero da Rocha, para aplicação em sua comarca. A magistrada realizou um curso de mediação na cidade de Nova York, e em uma das disciplinas cursadas, estava uma que se propunha a discutir a educação parental.

Os resultados exitosos foram compartilhados com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que o instituiu como política pública na Recomendação n. 50 como forma de resolução e prevenção de conflitos familiares nos termos dos vídeos e das apresentações disponibilizados no portal da Conciliação do próprio CNJ, O trabalho em conjunto do Conselho Nacional de Justiça com os Tribunais de Justiça permitiu a difusão das oficinas por diversas cidades do país. Na resolução do CNJ supracitada ficou determinado que as oficinas sejam um dos recursos utilizados pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) em parceria com as Varas da Família, com o objetivo de auxiliar na solução consensual dos conflitos de família.

As oficinas enfatizam a necessidade de conscientização sobre a coparentalidade e a convivência familiar harmônica após o rompimento que pode acontecer com a separação judicial, divórcio ou dissolução da sociedade conjugal. Tem-se que família é um processo contínuo, uma eterna constante de vir a ser, que não se esvai na

317 Quanto ao tema a "mediação familiar é uma prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei; respeito ao outro ; respeito a si próprio.. Trata-se de um estudo de natureza interdisciplinar, cuja prática no trato dos conflitos familiares constrói uma mentalidade capaz de mudar o Judiciário, libertando-o para a sua efetiva função". BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário.* In : PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família . Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37

ruptura conjugal, muitos atos, fatos e eventos estarão presentes em projetos de futuro e a convivência será necessária.

Diferentemente de muitos processos judiciais que enfatizam o aqui, o agora e o nunca mais, os processos que envolvem famílias não terminam em uma mera decisão[318], caminham no cotidiano da vida e se enlaçam em muitos momentos de porvir, e neste vir a ser em eterna transformação que as oficinas parentais estabelecem como núcleo a consagração do respeito, da diversidade e da tolerância para a convivência futura. Muitos indagarão se é possível ensinar a conviver, não temos dúvidas e a justiça restaurativa está aí para nos ensinar.

Partindo de tais premissas da educação para a parentalidade, as oficinas se desenvolvem em duas frentes: presenciais e à distância.

Na sua versão presencial é recomendada que ocorra na fase de conciliação judicial, ou seja, antes da instrução, para que se garanta maior harmonia e paz no decorrer de todo o processo. São feitas dinâmicas em salas separadas para pais e filhos, com apoio em instrumentos multidisciplinares para que os participantes percebam o conflito, a dor da separação, e a necessidade da empatia para a compreensão.

A multidisciplinaridade na Oficina dos Pais transparece nos conteúdos debatidos com enfoques desde direitos das partes diante do rompimento, bem como a violência em relação às crianças e adolescentes quando expostos a uma Alienação Parental ou Abandono Afetivo, até temas delineados por outras ciências como Assistência Social, Psicologia, entre outros.

Nas Oficinas destinadas aos filhos, o direito à comunicação e à participação se fazem presentes em um universo de interação, ludicidade e novas narrativas para compreensão do conceito de ruptura conjugal, dos novos arranjos familiares, das novas formas de convivência e da ressignificação da dor.

Na versão *on line*, ou de educação à distância, o CNJ disponibiliza um Ambiente Virtual de Aprendizagem com conteúdos des-

---

318 Maria Berenice Dias enfatiza que "a sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimentos de amor e ódio se confundem. A resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar além dos limites jurídicos. O confortante sentido de justiça e de missão cumprida dos profissionais quando alcançam um acordo dá lugar à sensação de insatisfação diante do desdobramento das relações conflituosas". DIAS, Maria Berenice.Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009, p.80.

envolvidos e adaptados pela versão on-line pela precursora juíza Vanessa Aufiero da Rocha, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).,

Nesta modalidade o conteúdo é livre, não cingindo aos pais que demandam em um processo judicial, qualquer interessado pode realizar contribuindo ainda mais para a ideia de expansão do direito à educação parental e as oficinas virtuais se desenvolvem por meio dos seguintes módulos:

a) Os efeitos da separação para os adultos;
b) Os efeitos da separação para o seu filho;
c) Você, seu filho e seu par parental e;
d) Alienação Parental" e "Escolhas".

As práticas restaurativas e educativas das Oficinas de Parentalidade guardam sintonias intensas com os propósitos da Educação para a paz[319], tão sonhada pela UNESCO, que exige esforço comum e coletivo na busca pela tolerância mútua, pela solidariedade. Paz que se constrói ativamente enquanto firme compromisso entre governantes e sociedade civil[320] e que segundo Marques:

> A educação para a paz solidifica-se a partir da escuta, do diálogo e de trocas entre os diferentes. Ela promove o respeito à vida, rejeitando qualquer tipo de violência, seja física, sexual, étnica, psicológica, de classe, de palavras ou de ações. Objetiva a aprendizagem de resolver conflitos sem o uso de violência e entende que o conflito deva ser visto como um componente básico da vida social e necessário para o crescimento dos seres humanos. No momento atual, a educação para a paz é uma exigência primordial da sociedade, devendo ocupar posição de destaque no contexto educacional brasileiro [...] Educação para a paz é um compro-

319 Ao falar de Educação para a Paz emerge com grande força o fortalecimento da Educação para a cidadania e sobre o tema ver "cidadania pode ser entendida como a participação dos indivíduos de uma comunidade em busca da igualdade em todos os campos da realidade humana, mediante a luta pela conquista e ampliação dos direitos civis, políticos e sociais, o que determina novos rumos para a vida da comunidade e para a própria participação". MARTIN, M. F. Cidadania. In: PARK, M. B.; FERNANDES, R. S.; CARNICEL, A. (Org.). Palavras Chaves em educação não formal. Holambra: Editora Setembro; Campinas: Unicamp/CMU, 2007. p. 83-84.

320 BASTOS, Márcio Thomaz *et al. Introdução. Imaginar a paz.* Brasília: Paulinas, 2006, p.9.

> misso possível de ser sonhado e construído a partir da superação da injustiça e da violência. Esse sonho é um ato político necessário no momento atual.[321]

bem como da Comunicação não-violenta, proposta desde os idos de 1960, pelo psicólogo americano Marshall Rosenberg, como uma forma de instrumentalização necessária na mediação de conflitos, a partir dos pressupostos da Psicologia Social e tendo por alicerces os ideais do líder indiano, Mahatma Gandi. Os primeiros treinamentos de Rosenberg foram financiados pelo Governo Federal Americano em escolas locais tendo por premissa um comunicação eficaz, dotada de solidariedade e compaixão, focada em não preconceitos, julgamentos, rotulações e juízos de valor e tecnicamente:

> se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas. Ela não tem nada de novo: tudo que foi integrado à CNV já era conhecido havia séculos. O objetivo é nos lembrar do que já sabemos - de como nós, humanos, deveríamos nos relacionar uns com os outros - e nos ajudar a viver de modo que se manifeste concretamente esse conhecimento. A CNV nos ajuda a reformular a maneira pela qual nos expressamos e ouvimos os outros. Nossas palavras, em vez de serem reações repetitivas e automáticas, tornam-se respostas conscientes, firmemente baseadas na consciência do que estamos percebendo, sentindo e desejando. Somos levados a nos expressar com honestidade e clareza, ao mesmo tempo que damos aos outros uma atenção respeitosa e empática. Em toda troca, acabamos escutando nossas necessidades mais profundas e as dos outros. A CNV nos ensina a observarmos cuidadosamente (e sermos capazes de identificar) os comportamentos e as condições que estão nos afetando. Aprendemos a identificar e a articular claramente o que de

321 MARQUES, Circe Mara. *Educação para a paz e educação infantil: Um olhar e uma escuta sensível no ambiente educativo.* In: BRANDENBURG, Laude Erandi; FUCHS, Henri; KLEIN, Remi; WACHS, Manfredo Carlos (org.). Simpósio de Ensino Religioso na Escola: Bases, experiências e desafios. São Leopoldo: Oikos, 2005. p. 77-79.

> fato desejamos em determinada situação. A forma é simples, mas profundamente transformadora.[322]

Para gerar um ambiente de solidariedade, entrega e alteridade Rosenberg propõe a necessidade do uso de quarto componentes na Comunicação não-violenta, cabendo citar:

> a) primeiro, a observação: observar o que ocorre de fato em determinada ação, observar o que os outros dizem ou fazem, mas sem criar julgamentos ou avaliações.
> b) segundo, o sentimento: identificar qual o sentimento que surge ao observar determinada ação (mágoa, susto, alegria, diversão, irritação, etc.).
> c) terceiro, as necessidades: reconhecer quais necessidades encontram-se ligadas aos sentimentos identificados acima.
> d) quarto, o pedido: formular pedidos bem específicos para que a outra pessoa não fique com dúvida do que está falando, e entenda o que realmente é desejado. [323]

A CNV pode ser proposta em muitas ambiências e voltadas para os mais diversos públicos, e em especial, o que verificamos no caso em concreto é amplamente utilizada pelas Oficinas Parentais no Brasil.

Importa destacar que as Oficinas Parentais no Brasil são recomendadas, mas não impostas nos processos judiciais, contudo tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 4360/19, de autoria da deputada Marília Arraes do Partido dos Trabalhadores, representante do estado de Pernambuco, determina que casais que passam por processo de separação litigiosa, capaz de causar danos nos filhos menores, poderão ser obrigados a participar de "Oficinas de parentalidade", um programa educacional oferecido pelos tribunais de justiça dos estados. Conforme a proposta legislativa, a participação nas oficinas será determinada pelo juiz, de ofício, ou após pedido do Ministério Público ou do Conselho Tutelar. Sempre que possível, os filhos participarão de programa criado especificamente para a sua faixa etária.[324]

---

322 ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação Não-Violenta, Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais.* São Paulo: Agora, 2006, p.28

323 *Idem, ibidem.*

324 Disponível em https://www.camara.leg.br/noticias/586074-oficina-de-parentalidade-pode-ser-obrigatoria-em-separacao-conflituosa/. Acesso em 13 abr.2020.

5. Considerações finais

Para concluir, ressaltamos a fundamentalidade do princípio do melhor interesse da criança que se constitui no ordenamento jurídico brasileiro como um dos vetores hermenêuticos para as questões que envolvam a temática. Princípio dos mais imperativos para o tema, traduz-se como bússola para a otimização decisória diante do caso concreto. Somos da opinião que as Oficinas Parentais cumprem com louvor a efetivação do princípio do melhor interesse ganhando contornos cada vez mais dinâmicos no firmamento do direito à voz, à participação e à manifestação nos casos em que crianças e adolescentes estiverem envolvidos, bem como contribuindo no construto de uma ambiência restaurativa de paz e harmonia nas famílias.[325]

6. Referências

Andreucci, Ana Claudia Torezan; JUNQUEIRA, Michelle Asato. Crianças visíveis e direito à voz como direito humano fundamental: contributos jurídico-sociais do marco legal da primeira infância para o desenho de políticas públicas participativas no Brasil. ***Cuadernos de Dereito Actual***, Santiago de Compostela, n. 7, p. 289-303, 2017. Disponível em: < http://www3.eca.usp.br/sites/default/files/form/biblioteca/acervo/producao-academica/002865815.pdf >.

Arendt, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 1989.

Arendt, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro, Forense Universitaria, 2010.

Barbosa, Águida Arruda. **Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário**. In : PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família . Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Bastos, Márcio Thomaz *et al.* **Introdução. Imaginar a paz**. Brasília: Paulinas, 2006.

Castodi, G. de A. **Cosmopolitismo Infantil: Qual o lugar social das crianças na contemporaneidade**? Zero a seis, Florianópolis, v. 13, n. 23, p. 33-51, 2011.

Dias, Maria Berenice.Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009.

Diaz, S. P. Participar como niña o niño em el mundo social. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 8(2), 2010.pp. 1149-1157.

325 Sobre o melhor interesse e direito à voz ver ANDREUCCI, Ana Claudia Torezan; JUNQUEIRA, Michelle Asato. Crianças visíveis e direito à voz como direito humano fundamental: contributos jurídico-sociais do marco legal da primeira infância para o desenho de políticas públicas participativas no Brasil. *Cuadernos de Dereito Actual,* Santiago de Compostela, n. 7, p. 289-303, 2017. Disponível em: < http://www3.eca.usp.br/sites/default/files/form/biblioteca/acervo/producao-academica/002865815.pdf >.

Marques, Circe Mara. Educação para a paz e educação infantil: Um olhar e uma escuta sensível no ambiente educativo. In: BRANDENBURG, Laude Erandi; FUCHS, Henri; KLEIN, Remi; WACHS, Manfredo Carlos (org.). Simpósio de Ensino Religioso na Escola: Bases, experiências e desafios. São Leopoldo: Oikos, 2005.

Martin, M. F. Cidadania. In: PARK, M. B.; fernandes, R. S.; carnicel, A. (Org.). Palavras Chaves em educação não formal. Holambra: Editora Setembro; Campinas: Unicamp/CMU, 2007.

Misse, M. *Malandros, marginais e vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Tese [Doutorado] - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; 1999.

Nogueira neto, Wanderlino**. Instrumentos de promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente, enquanto direitos humanos especiais de geração. Instrumentos normativos internacionais de promoção e proteção: a convenção sobre os direitos da criança**. 2012. Disponível em: Acesso em: 19 maio. 2020.

Rinaldi, Carla**. Diálogos Com Reggio Emillia. Escutar, investigar, e aprender**. Tradução. Vania Cury. 1. Ed. São Paulo: Paz e Terra. 2012.

Rosenberg, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta, Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ed. Agora, 2006.

Rossato, Luciano Alves; lépore, Paulo Eduardo; cunha, Rogério Sanches, **Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.69/1990:** artigo por artigo. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Tonucci, Francesco. ***Quando as crianças dizem*: agora chega.** Porto Alegre: Penso, 2005.

Veronese, Josiane Rose Petry; custódio, André Viana. **Trabalho infantil doméstico no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Logan's Run, La fuga de Logan. Análisis de la Ley 27.364 que crea el Programa Nacional de Acompañamiento para el Egreso de Jóvenes sin cuidados personales" y las dificultades de su aplicación en el ámbito de la CABA

Patricio Andrés Roclaw[326]

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la implementación de la Ley 27.364, que creó el "Programa de Acompañamiento para el Egreso de los Jóvenes sin cuidados Parentales", promulgada el día 23 de junio de 2017, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cabe señalar que la problemática del egreso de les jóvenes de que se encuentran alojades en dispositivos de cuidados formales, en el marco de una medida de protección de derechos en el marco del art. 33 y siguientes de la Ley 26.061[327], les atraviesa de forma plena, no solo por la historicidad de sus vidas, sino que también por sentir en sus nucas al dios "Kronos", quien los amenaza en dejarlos indefensos y solos al momento de cumplir los 21 años, cuando en muchos de los casos les jóvenes no cuentan aún con las herramientas materiales (trabajo, vivienda, estudios) y simbólicas (contención,

326 Abogado, docente, auxiliar de primera, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires de la materia "Sociología Jurídica Política", a cargo del Dr. Mario S. Gerlero, Integrante del Equipo Común de Intervención Interjurisdiccional del Ministerio Público Tutelar del Poder Judicial de la CABA.

327 Art. 33 de la Ley 26.061 Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual reza: "MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS. Son aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente. La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización".

acompañamiento y afectos) para comenzar a transitar el desafío que implica el auto valimiento. Es de destacar que el alojamiento en los hogares, como regla, se extiende hasta los 18 años de edad en el ámbito del GCBA, abonando estas becas hasta dicho momento y transcurrido ese momento, constituye una excepción.

Como alegoría a la situación mencionada, quisiera hacer un paralelismo con una película titulada *Logan´s Run*, que en la Argentina fue titulada como *Fuga en el siglo XXIII*.[328]

En dicho film, se relata una historia que sucede en el año 2274, luego que una catástrofe ha diezmado la vida en la Tierra. Algunos supervivientes viven en una cúpula gigantesca construida por sus antepasados, en las cercanías de la ex capital de Estados Unidos, que los mantiene aislados del mundo exterior. Para mantener estable el número de habitantes, la reproducción se realiza por clonación, pero la longevidad está limitada a los 30 años de vida. Llegada dicha edad, hay que someterse a una ceremonia semirreligiosa denominada "Carrusel", que se celebra en un anfiteatro y que consiste en la desaparición flotando en el aire, frente a las aclamaciones de los otros habitantes más jóvenes. En el "Carrusel" existe la esperanza del *Renacimiento*, que es la creencia de que si un ciudadane ha obedecido las leyes se reencarnará en un clon que le sustituye. Si alguien desobedece, por el contrario, se considera que "desaparece para siempre". Pero algunes ciudadanes quieren vivir más tiempo y evitar someterse al suicidio voluntario.

El protagonista de la película –quien representa a un agente policial– escapa de la ciudad junto a una joven, ya que al cumplir los 30 años serían sometidos a una muerte segura.

En los procesos de autovalimiento, por el cual deben atravesar les jóvenes, en muchos de los casos resulta traumático, dado que en muchos casos no están preparados o el "afuera" les resulta un ámbito hostil e incierto.

La alegoría de la película, no hace más que ilustrar el momento difícil por el cual deben transitar estes jóvenes, quienes, en muchos de los casos siendo niñes, tuvieron que atravesar situaciones traumáticas de abandono, violencia o negligencia por parte de sus padres, obligándoles a estar bajo el amparo estatal, que mediante la aplicación de la norma jurídica formal, les institucionalizó a fin de resguardar y garantizar sus derechos mínimos y fundamentales.

328 Es una película estadounidense de ciencia ficción de 1976 basada en la novela homónima distópica escrita por William F. Nolan y George Clayton Johnson. La película fue dirigida por Michael Anderson, y contó con los actores Michael York, Richard Jordan, Jenny Agutter y Peter Ustinov en los papeles principales.

A continuación, se analizará la Ley 27.364, señalando sus principales características.

2. Análisis de la Ley 27.364 "Programa de Acompañamiento para el Egreso de Jóvenes sin cuidados parentales"

La Ley 27.364, constituye una política pública de alcance federal, por lo que cada provincia y la ciudad de Buenos Aires, ingresan por medio de la suscripción de un convenio de cooperación con la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante SENNAF) perteneciente a la órbita del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Al mes de noviembre del año 2019, según lo informado por la SENNAF, se han firmado 18 (dieciocho) convenios de cooperación entre la Nación y las provincias de: Buenos Aires, CABA, Catamarca, Chaco, Córdoba, Chubut, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, Santa Fe, Tierra del Fuego e islas del Atlántico Sur y Tucumán.

Cada provincia suscribiente y, en particular, la CABA tienen un Programa de Acompañamiento para el Egreso (PAE), algunos ya se encuentran en pleno funcionamiento, mientras que otros, de acuerdo con los datos relevados, están en la etapa de planificación/implementación. Se destaca que CABA ubica en el primer grupo, es decir, el programa ya se encuentra instaurado.

En cuanto a les jóvenes ingresantes, el Programa contempla dos ejes: *el seguimiento*, que implica acompañamiento personal por parte de un/a referente al joven. Dicho referente es asignado y/o seleccionado por la Provincia o, en su defecto lo puede elegir el/la joven (en ambos casos dicho referente debe aprobar la capacitación que realiza la SENAF) y, por otro lado, el otorgamiento de una *asignación joven*.

Resulta importante señalar que en el art. 1 de la ley se establece como valor fundante que el fin del programa es: "garantizar su plena inclusión social y su máximo desarrollo personal y social". Esta pauta deja entrever que en ningún momento el Estado se encuentra obligado a generar políticas públicas en materia laboral para la inserción de les jóvenes amparades por la presente ley.

El art. 2, establece que la norma será de aplicación para les adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales desde los 13 (trece) años hasta los 21 (veintiún) años de edad.

Es por ello que el programa contempla distintas etapas:

La primera desde los 13 (trece) años o desde el ingreso del/la adolescente al dispositivo de cuidado, hasta su egreso. Se trata de jóvenes que se encuentran residiendo en dispositivos de cuidado formal y tienen una medida excepcional determinada y firme, habiéndose agotado en forma absoluta la posibilidad de egreso con familia y/o referente afectivo y sin chances de formar parte de un proceso de adopción.

La segunda etapa abarca desde la salida del dispositivo hasta los 21 (veintiún) años. Para la incorporación del/la joven en la segunda etapa, deberá verificarse al momento del egreso, la residencia durante 6 (seis) meses en un dispositivo de cuidado formal y/o, en casos excepcionales, se admite la presentación de un informe técnico fundado por el organismo de aplicación local en materia de protección de la adolescencia o juventud competente, que de razones de la necesidad de aplicar un plazo distinto.

Conforme la ley, quienes posean entre 16 (dieciséis) y los 18 (dieciocho) años de edad incluidos en el presente programa adquieren la mayoría de edad de manera anticipada.

En su art. 3, se establece los principios por la cual se va a regir la presente ley, ellos son: a) Interés superior de la/el niño/a; b) Autonomía progresiva de les adolescentes conforme sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye el acompañamiento previsto en la presente ley; c) Derecho a ser oídes y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez; d) Igualdad y no discriminación y e) Acompañamiento integral y personalizado.

Lo sobresaliente e innovador de la presente ley, es su carácter voluntario a la incorporación del programa por parte de les adolescentes, quienes suscribirán un consentimiento informado y elaborarán –con el acompañamiento de sus referentes– un proyecto de autonomía personal.

Es por ello que en su art. 4, establece: "…es voluntario, siendo en todos los casos necesario que la/el adolescente/joven otorgue su consentimiento informado y debiendo finalizarse en cualquier momento si la/el adolescente/joven así lo decide y lo manifiesta de modo fehaciente".

Siguiendo en el mismo artículo, aclara: "…La no aceptación del acompañamiento por parte de la/el adolescente/joven no implica en ningún caso la pérdida de su derecho, sino que podrá solicitarlo nuevamente en cualquier momento, con la única condición que se

encuentre dentro del rango etario previsto por el primer párrafo del art. 2° de la presente ley".

En este punto, la ley prevé la autonomía de la voluntad del destinatarie de la norma, pues habilita no solo la posibilidad de adhesión al programa, sino también su libre retiro, sin ninguna consecuencia. La norma es clara al señalar que en caso de que el destinatarie no aceptare el acompañamiento del programa, no pierde el derecho a poder hacerlo en otro momento, siempre que dicha opción sea dentro del margen etario que abarca de los 13 (trece) a los 21 (veintiún) años de edad.

Como se había adelantado, este programa establece la existencia de un acompañamiento personal y de una asignación económica mensual.

Respecto del primero ítem, se destaca que el art. 6 establece la asignación de una/un referente cuya función es de acompañamiento y quien deberá fomentar y fortalecer la autonomía del/la adolescente/joven, en consonancia a los principios instaurados en el art. 3.

Este acompañamiento personal es gradual y consiste en dos etapas: 1) La primera es la que se desarrolla desde los 13 (trece) años de edad o desde el ingreso del adolescente a la institución de cuidado formal. Si fuere posterior, hasta su egreso; 2) La segunda etapa se extiende desde el egreso del dispositivo de cuidado formal hasta los 21 (veintiún) años de edad o 25 (veinticinco) en caso de continuar con sus estudios, posibilidad establecida en el art. 21 de la Ley 27.364.

Para la incorporación del/la joven a la segunda etapa, deberá verificarse al momento del egreso, la residencia durante 6 meses en el dispositivo de cuidado formal o quien, a modo de excepción, presente un informe técnico labrado por el organismo de aplicación formal en materia de protección de la adolescencia o juventud competente que detalle la necesidad de aplicar un plazo distinto.

Esto último, garantizaría la situación en la que se encuentran les adolescentes, ya sea en su estadio personal de madurez como en su situación psicológica, para afrontar esta nueva etapa.

Luego, desde el art. 8 al 11[329], la norma detalla quiénes puede ser designados como acompañantes y que requisitos deben reunir.

329 ARTÍCULO 8º- Designación. Las/los referentes son designados por los organismos de protección de la adolescencia o juventud competentes en cada jurisdicción, sobre la base de una nómina que dichos organismos deberán confeccionar y mantener actualizada. Las/los incluidas/os en dicha nómina deberán acreditar experiencia en trabajo con niñas, niños, adolescentes o jóvenes y cumplir con las capacitaciones que disponga la autoridad de aplicación de la presente ley.

Al respecto, más precisamente en el art.11, se establece que el acompañamiento del referente del destinatarie de la norma comprende distintas dimensiones que se encuentran enumeradas y que van desde la órbita privada de su vida como es la salud, salud sexual, procreación responsable y planificación familiar hasta la planificación financiera y manejo del dinero.

A continuación, me detendré en el aspecto del empleo, que textualmente se ha establecido en el inc. B) del artículo aludido y es posteriormente desarrollado en el art.13, que, por su parte, particularmente establece: "…La dimensión de educación, formación y empleo está orientado a que lo/las adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales… e) Identifiquen servicios de empleo… f) Desarrollen los conocimientos, destrezas, habilidades y competencias necesarias para incrementar las posibilidades de empleabilidad o autogestión profesional…". A continuación, se establece que es responsabilidad del Estado garantizar la inclusión laboral del destinatarie de la norma y garantizar al menos el 2% de los beneficios que se corresponden a los programas de inserción socio-laboral existentes a nivel nacional destinados a elles.

En ningún caso podrá ser referente quien haya sido condenada/o en sede penal por haber cometido los delitos previstos en los títulos I y III del libro segundo del Código Penal de la Nación Argentina contra niñas, niños o adolescentes.

Se deberá garantizar que la cantidad de adolescentes/jóvenes que deba acompañar cada referente le permita atender a las necesidades de todas/os de modo satisfactorio.

En todos los casos se debe hacer saber a la/el adolescente/joven que tiene derecho a solicitar que su referente sea alguien de su elección, aunque no integre la nómina. Si la/el adolescente/joven así lo solicitara, el organismo de protección de la adolescencia o juventud competente en cada jurisdicción la/lo designará como referente, y esta/e quedará automáticamente obligada/o a cumplir con los requisitos de capacitación impuestos a todas/os las/los referentes.

Se deberá otorgar prioridad para integrar la nómina de referentes a aquellos adultos que durante su adolescencia y/o juventud hubieran formado parte del programa como adolescente o joven acompañado.

ARTÍCULO 9º- Remuneración. Las/los referentes tienen derecho a percibir una remuneración por sus funciones, la cual será determinada por los organismos de protección de la adolescencia u organismo de juventud competentes en cada jurisdicción.

ARTÍCULO 10.- Sanciones. Remoción. Los referentes pueden ser sancionados o removidos por los organismos de protección de la adolescencia u organismo de juventud competentes en cada jurisdicción por razones debidamente fundadas y luego de haber oído a la/al adolescente/joven.

ARTÍCULO 11.- Contenido. El acompañamiento del referente a las/los adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales comprende las siguientes dimensiones: a) Salud, salud sexual, procreación responsable y planificación familiar; b) Educación, formación y empleo; c) Vivienda; d) Derechos humanos y formación ciudadana; e) Familia y redes sociales; f) Recreación y tiempo libre; g) Habilidades para la vida independiente; h) Identidad; i) Planificación financiera y manejo del dinero.

En este aspecto es loable recordar que la ley entró en vigencia en el mes de junio del año 2017, en ese momento nuestro país estaba transitando unas de las crisis socio económicas más importantes en su historia, promovidas por un modelo neoliberal que destruyó la producción nacional y generó un aumento del desempleo de forma exponencial.

Según lo informado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC) en el cuarto trimestre del año 2019, del estudio de la totalidad de los aglomerados urbanos surgió que la tasa de actividad se ubicó en 47,2%, la tasa de empleo alcanzó el 43,0% y de desocupación fue estuvo en el 8,9%.[330]

En la actualidad el desempleo afecta más a les jóvenes argentinos que a los adultes. Según datos del INDEC, casi dos de diez jóvenes están desempleades (19,3%), frente al 7,4% de la población en general. Así, la tasa de desempleo en les jóvenes duplica a la de la población adulta en general y viene esta es una tendencia que viene ampliándose desde el año 2004. La Argentina es el país con mayor desempleo juvenil de la región.

Por otra parte, el desempleo afecta más a les jóvenes que más necesitan trabajar: son los provenientes de hogares de menores ingresos. Mientras el 26% de les jóvenes del quintil más bajo de ingreso está desempleado, solo el 9% de los jóvenes del quintil más alto está en esa situación. El género es otro predictor de vulnerabilidad laboral: el 25% de las mujeres jóvenes están desempleadas frente al 15,4% de los varones.

A esto se suma la incidencia de la informalidad. En la Argentina el 34% de les trabajadores está en situación de informalidad, pero si se consideran solamente les trabajadores jóvenes, ese porcentaje asciende al 60%, es decir que seis de cada diez jóvenes que trabajan, lo hacen de forma precaria.

Más allá del análisis que podría realizarse, lo cierto es que desde la sanción y entrada en vigencia de la Ley 27.364, en lo que hace a la situación socio-económica por la cual atravesó nuestro país, se pudo observar que las posibilidades de inclusión laboral de les destinataries de la presente norma se ha dado en trabajos informales, mal pagos y, en muchos de los casos, con la obligación de cumplir metas muy lejanas a ser equiparadas a los salarios dignos y la plena vigencia de sus derechos laborales.

330 https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/publicaciones/indecinforma/indec_informa_01_20.pdf

Precisamente, es por ello que el ingreso al mercado laboral formal se convirtió en una quimera, un sueño que alcanzar.

Por último, resulta interesante analizar el punto de la asignación económica, que la ley prevé en sus arts. 21 y 22.

En primer lugar, se señala que les destinataries, tendrán el derecho a percibir una asignación económica mensual equivalente al 80 % de un salario mínimo, vital y móvil, a partir del momento del egreso de los dispositivos de cuidado formal. El que debe ser percibido directamente y a título personal.

Al momento de la redacción del presente trabajo, el salario mínimo, vital y móvil asciende a la suma de $16.875 mientras que la asignación económica se estableció en la suma de $ 13.500.

El monto, como claramente se observa, resulta insuficiente ante el alza de los precios e inflación que mes a mes soporta nuestro país. Esto implica la imposibilidad de poder garantizarse el autovalimiento, conforme la ley lo establece.

Cabe señalar y concordancia a lo dispuesto por el art. 663 del Código Civil y Comercial de la Nación[331], que les jóvenes que estudien o se capaciten en un oficio, cuentan con la extensión de aquel beneficio hasta los 25 años (veinticinco).

Es importante aclarar que la percepción del beneficio es compatible con aquellos otros que pudiere tener derecho a percibir.

Como se puede observar, esta ley contiene un conjunto de medidas que favorecerían el egreso de los jóvenes sin cuidados parentales de los dispositivos de cuidados formales. Sin embargo, en la práctica, aquello no deja de representar un enorme desafío, no solo para les destinataries de la norma, quienes se sienten acorralades por el transcurso del tiempo, de forma que siempre está latente el fin de la protección y cuidado que el lugar de alojamiento (dispositivo convivencial) otorga, sino que también, para el equipo profesional que cumple tareas laborales en los dispositivos de cuidados formales, quienes labran los informes técnicos que evalúan la situación y condición en que se encuentra cada joven y establecen quién está próxime al egreso, tal como a continuación se analizará.

331 Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 663. Hijo mayor que se capacita. La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que este alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido.

3. Principales dificultades para el egreso de los jóvenes de los dispositivos de cuidados formales en el ámbito de la CABA

Actualmente trabajo como abogado en el Ministerio Público Tutelar del Poder Judicial de la CABA, formo parte de un equipo interdisciplinario integrado por abogados/as, Trabajadoras Sociales y psicólogos en un Equipo Común de Intervención Interjurisdiccional (ECIE), desempeñando funciones en la primera instancia del fuero contencioso, administrativo y tributario del poder judicial de la CABA.

Dicho equipo tiene, entre sus funciones, el monitoreo institucional de los dispositivos de cuidados formales, o sea, hogares convivenciales y de atención especializada, convenidos con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a través de la Dirección General de Niñez y adolescencia del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat del GCBA, en el marco de las resoluciones AGT 89/12 y 178/18.

A través de la realización de visitas institucionales, se lleva a cabo una serie de entrevistas a los responsables de los dispositivos, se les requiere información y documentación.

Mediante ese trabajo se sistematizan las apreciaciones de los actores/as institucionales conveniados que brindan alojamiento, sus perspectivas respecto de las limitaciones de los programas del GCBA orientados al egreso y autovalimiento, inclusive antes de la ratificación de la ley 27.364.[332] Se identifican las dificultades principales para el Egreso (caracterización genera), que son:

Empleo: escasez de empleo, dificultades de inserción en el mercado laboral, ingresos insuficientes para cubrir las necesidades básicas, baja del empleo informal y opciones informales de empleo. Problemas en la accesibilidad y en las características básicas que reviste el empleo.

Vivienda: falta de acceso a garantía, opciones habitaciones deficientes (pensiones, hoteles), montos elevados de pensiones y hoteles. Falta de accesibilidad a la vivienda. Dificultades para aplicar a los requisitos de acceso. Ausencia de programas que brinden opciones habitacionales a les jóvenes.

Educación: al egreso en 18 (dieciocho) años muches jóvenes no han finalizado la secundaria. Ello dificulta no solo el acceso laboral sino también la disponibilidad horaria para sostener en forma paralela el estudio y un trabajo.

332 Trabajo que fuera sistematizado y con el asesoramiento técnico de la Lic. María Cecilia Bottini, Trabajadora Social del ECIE.

Redes: falta de redes de apoyo familiar y comunitaria para la vida autónoma, procesos subjetivos diferenciados que habiliten en mayor o menor medida la vida en forma autoválida.

Programas: falta de políticas públicas eficaces para les jóvenes mayores de 18 (dieciocho) años, falta de opciones institucionales para mayores de 18 (dieciocho) años (ej. casas de medio camino, casas de Pre-egreso); requisitos dificultosos de cumplir para el acceso a la vivienda (por ejemplo, decreto. 690/2006[333]), ausencia de programas sociales para el acceso a la vivienda digna. Falta de programas orientados al sostén posterior al egreso, lo que implica riesgo de quedarse en calle y en desamparo. Las acciones de contención y provisión de herramientas de los programas orientados al egreso y autovalimiento, no necesariamente resultan eficaces para materializar el egreso y sostener una vida autónoma. Trayectorias de exclusión social repercuten en la viabilidad del proyecto de vida propio y autónomo.

En lo que respecta a las principales dificultades para el egreso de les adolescentes y/o jóvenes en particular se puede mencionar como ejemplo a algunas de las instituciones de referencia en el alojamiento de púberes y adolescentes convenidos con el GCBA:

---

333 Decreto 690/2006 del GCBA: "…Artículo 3° - El programa otorga un subsidio con la finalidad de mitigar la emergencia habitacional de los residentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Su objetivo primordial es el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, debiendo los fondos otorgados estar destinados a cubrir gastos de alojamiento. (Art. 3° sustituido por el Art. 1° del Decreto N° 960/08, BOCBA N° 2992 del 13/08/2008)
Artículo 4° - EI presente programa asiste a las familias o personas solas en situación de calle efectiva y comprobable, entendiéndose por tal, a aquellas que se encuentren enforma transitoria sin vivienda o refugio por causa de desalojo judicial, desocupación administrativa, incendio, derrumbe, catástrofes naturales, y que reúnan las condiciones previstas en el artículo 11 del presente Decreto. (Art. 4° sustituido por el Art. 1° del Decreto N° 167/11, BOCBA N° 3641 del 11/04/2011).
Artículo 5° - Establécese el monto del subsidio a otorgar en una suma total de hasta Pesos Noventa y seis mil ($ 96.000), abonado en un máximo de doce (12) cuotas mensuales y consecutivas de hasta Pesos Ocho Mil ($ 8.000) cada una. Facúltese a la Autoridad de Aplicación para extender el presente subsidio por plazos de seis (6) meses, pagaderos en cuotas mensuales y consecutivas de hasta Pesos Ocho Mil ($ 8.000) cada una, dependiendo de cada caso particular y si la situación de vulnerabilidad social del beneficiario así lo amerita. Alternativamente, la Autoridad de Aplicación podrá disponer el pago del subsidio en una (1) cuota única de hasta Pesos Noventa y seis mil ($ 96.000), en los casos en que el beneficiario, al momento de ingreso al Programa, acredite fehacientemente la posibilidad de obtener una salida habitacional definitiva y concreta y ejerza la opción requiriendo dicho pago único. Establécese que el ejercicio de la opción por parte del beneficiario a percibir el subsidio alternativo en una (1) cuota única por salida definitiva resulta excluyente de la percepción de toda otra suma de dinero dispuesta en el presente Decreto".

Sede de los adolescentes varones: los adolescentes entienden que al cumplir los 18 años están obligados a retirarse del hogar, lo que genera angustia y obstaculiza el abordaje de dicho proceso. A varios de los jóvenes, al no contar con una contención familiar, se les hace muy difícil afrontar el proceso de egreso, por lo que estos casos deben ser sostenidos mediante la estrategia implementada por les profesionales del hogar y los programas gubernamentales en la materia. Otra dificultad importante es la escasez de empleo y, puntualmente en aquellos jóvenes que llegan a encontrar un trabajo, aquel carece de estabilidad y proyección a futuro (trabajos mal remunerados, no registrados, entre otras). La disminución de trabajos informales (changas) hace incluso más difícil que los jóvenes puedan obtener experiencia laboral y ahorrar algo de dinero, dado que hace poco tiempo circulaban por las calles principales del barrio para entregar CV en los locales comerciales, que exhibían carteles con ofertas laborales. Estos son los datos relevados de una de las instituciones que aloja más adolescentes varones (19).

Las adolescentes mujeres: el egreso depende en gran medida del proceso interno y de los momentos personales de las adolescentes. A ello se suma la dificultad de conseguir un trabajo que les permita aspirar a poder alquilar una vivienda o mantenerse. En muchos de los casos las adolescentes –para efectivizar su egreso– solo pueden hacerlo yéndose a vivir a una pensión ya que no logran reunir la totalidad de los requisitos para poder alquilar una vivienda (garantía, trayectoria de vida, etc.). Estos son los datos relevados de la institución que aloja la mayor cantidad de adolescentes mujeres (21) y de la institución "Vivencia".

Sede (varones y mujeres): las dificultades que se presentan al momento de los egresos, se vinculan con varios aspectos: el primero es la edad, con 18 (dieciocho) o 19 (diecinueve) años, todavía no detentan las características personales necesarias para encarar una vida totalmente independiente. Esto evidencia la necesidad de casas de *medio camino* supervisadas por adultos que acompañen el proceso de des-institucionalización. En segundo lugar, el tema de vivienda es complicado, ya que no pueden alquilar (por las garantías que se exigen) y las ofertas de residencias son bastante caras. En tercer lugar, encontrar un trabajo formal, con obra social y bien remunerado es muy dificultoso, ya que la mayoría no cuenta con el secundario completo (son muy pocos les que pueden egresar con el ciclo terminado). Debería haber propuestas desde el Estado para este grupo de jóvenes.

Como se puede apreciar en este punto, las dificultades más sobresalientes son las económicas y la falta de recursos simbólicos.

Respecto del primero, se remarca la dificultad de acceder a un empleado bien remunerado que brinde la seguridad de estabilidad en el tiempo y que permita afrontar el pago del alquiler de una vivienda, en caso de conseguir alguna. Ello se debe, no solo a la falta de oferta laboral, sino que también, a la existencia de una estigmatización social que impresiona sobre la esfera del les jóvenes, quienes en muchos casos son marginades por su propia historicidad, impidiéndole ingresar al mercado laboral.

En este punto, también se debe tener en cuenta que muchos de les jóvenes que cumplen los 18 (dieciocho) años, no cuentan con la madurez suficiente y necesaria para afrontar el nuevo desafío del egreso. En este caso se observa la alegoría de la película *Logan´s Run*, ya que conviven con el sentimiento de sentirse en desventaja con el resto de su misma población etaria.

Siguiendo a Goffman[334], se entiende que existen tres tipos de estigmas: 1) los atributos físicos; 2) los defectos del carácter y 3) los tribales (mejor llamados étnicos por Guiddens), que se vinculan a cuestiones raciales, religiosos, culturales, que se relacionan con las tradiciones, las costumbres, la lengua, en fin, un abanico de posibilidades.

En cuanto a los recursos simbólicos, se adquirieren mediante la relación vincular con los otros (familias, amistades, escolaridad, etc.) y permiten al actor social, en este caso les jóvenes que se adhieren a la ley comentada, sostener en el tiempo su integración social en su ámbito social. Por ejemplo: sostener un empleo, formar vínculos con los otros, generar expectativas personales que fomenten nuevos desafíos, etc.

En el proceso de interacción social, sostiene el Dr. Mario Silvio Gerlero[335], formado por una red de relaciones sociales, esperamos una conducta del otro y este, a su vez, espera ciertos comportamientos de nosotros; asimismo, cada persona confirma, al actuar, la validez de sus propias expectativas. Las acciones sociales (para corroborar o contrastar las expectativas) existen previamente a la verbalización al observarse al interlocutor, su postura, su vestimenta, sus gestos, permitiéndonos establecer las expectativas del actor que

334 Goffman, Erving (1993), Estigma. *La identidad Deteriorada,* Buenos Aires, Amorrortu ediciones.

335 *Introducción a la Sociología Jurídica, Actores, sistemas y gestión judicial,* Buenos Aires, editorial David Grinberg, 2006.

realiza la observación debido a que se ubica al otro en una determinada posición social, en un estrato.

Esta conducta, que tiene que ver con *estereotipar* al otro, nos permite establecer las expectativas, las posibilidades o perspectivas respecto del comportamiento o proceder de las demás personas. Se pueden generar otras nuevas expectativas, redefinir las anteriores, cuando, en la interacción social, se comienza a hablar o se profundiza la relación teniendo más información uno del otro. En este caso, no se confirman las anteriores expectativas y, por lo tanto, se modifican cuando no ha ocurrido lo que se esperaba.

4. Órgano de Aplicación de la Ley 27.364 en la Ciudad de Buenos Aires

En virtud a la reglamentación de la Ley 27.364, se creó en el ámbito de la CABA el "Programa de Acompañamiento para el Egreso" (PAE), que se lleva adelante mediante la intervención articulada entre la Secretaría Nacional de Niñez, adolescencia y familia, el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat del GCBA. El programa se creó en la órbita de la Gerencia Operativa de Atención Integral a niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad social, de la Dirección General de Niñez y Adolescencia (DGNyA).

Es mediante el PAE de CABA que se da status de programa a todas las acciones que la DGNyA viene desarrollando desde el año 2010 mediante sus equipos técnicos, en materia de fortalecimiento de los procesos de egreso y las oportunidades de integración socio-educativa-laborales de les jóvenes alojades en instituciones de cuidado.

El Programa de Acompañamiento para el Egreso de CABA se compone de un acompañamiento profesional (Referente), a lo que se agrega la asignación económica que la ley prevé.

En relación con los mecanismos previstos para el trabajo con los hogares propios y convenidos orientados al acompañamiento en el egreso, en una primera instancia el PAE de CABA ofrece, a través del área de promoción de Derechos a les jóvenes alojades, la participación en diversas propuestas que promueven las dimensiones del acompañamiento.

Posteriormente, se ofrece el trayecto socio-formativo, en el que se acentúa la intervención en aquellos aspectos vinculados a fortalecer las herramientas simbólicas y los recursos materiales para pro-

yectar el egreso autónomo del/la joven, abordándose los aspectos de relevancia para el egreso, citados en el art. 11 de la Ley 27.364.

Cabe destacar que actualmente no se cuenta con información precisa por parte del GCBA de cómo se está materializando la implementación de la ley, debido a la ausencia de todo relevamiento y publicación al respecto.

El Ministerio Público Tutelar, previo a la declaración de la emergencia sanitaria e implementación del aislamiento social, preventivo y obligatorio, no ha tomado conocimiento de ningún sujete que efectivamente estuviera incluido en el PAE.

5. Conclusión

El presente trabajo tuvo como intención no solo el análisis normativo, sino también el estudio del impacto de la norma sobre les actores sociales involucrados o destinatarios normativos.

Si bien, el texto de la ley prevé e intenta contener, acompañar y garantizar el egreso de les jóvenes que se encuentren alojades en instituciones de cuidados formales, aquello en muchos de los casos resulta inviable por un conjunto de situaciones que el propio orden jurídico no puede prever, como lo son los altos índices de inflación, desocupación y marginación social que deben afrontar los destinatarios de la norma.

En muchos de los casos les jóvenes se sienten presionades al llegar a los 18 (dieciocho) años, edad en la cual, en teoría, debieran egresar de los dispositivos de cuidados.

Como se había mencionado, la ausencia de una planificación por parte de Estado, hace que estes jóvenes se encuentren en una situación de desventaja y, consecuente, son muy pocos quienes pueden efectivamente integrarse al mercado laboral y a la dinámica social. Muchos de ellos quedan fuera del “mercado”, lo que les coloca en una posición proclive a reproducir su propia historia de vida, que algún caso está rodeada y formada por situaciones de violencia y abandono.

El Programa de Acompañamiento para el egreso de jóvenes sin cuidados parentales, fue largamente esperado por varias instituciones vinculadas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, su ejecución depende de cada una de las jurisdicciones, lo que evidentemente traza una desigualdad de recursos entre las provincias más consolidadas en su economía y aquellas más empobrecidas.

Es por ello, que se sugiere que sea el Estado Nacional el que garantice la igualdad de acceso a todos les jóvenes inscriptos al programa, con lo que se rompería la desigualdad mencionada.

En el proceso, la instancia del egreso no es una etapa más, sino que, por el contrario, es la instancia en que el/a joven puede encarar un proyecto de vida distinto al transitado hasta el momento, dar vuelta la página e integrarse a un medio social, que no facilitará ese proceso ya que se halla la posibilidad de ser víctima de la estigmatización social.

Como operadores del derecho, debemos trabajar en poder lograr que el egreso sea un proceso natural, que resulte del momento individual de cada uno de les jóvenes. Por ese motivo, el límite de edad de 21 (veintiún) años que prevé la ley debería ser extendido, siempre y cuando el equipo técnico que acompaña al destinatario normativo, así lo sugiera.

La integración social, no es un proceso fácil y automático, las expectativas individuales pueden llegar a confrontar la expectativa social, es por ello que el Estado debe estar presente en todo momento.

También debemos reflexionar si ¿la ley 27.364 tiene previstas las acciones distintivas para atender los egresos y autovalimientos de las jóvenes y disidencias? ¿Qué sucede con las jóvenes embarazadas y/o con hijes que están institucionalizadas y al acceso al PAE?

Es de destacar que las desigualdades en el acceso al empleo para las jóvenes son mayores con respecto a los hombres, sumado a que, si tienen responsabilidades de las tareas de cuidados de los dependientes del hogar (entre ellos sus hijes) o historias de haber sido abusadas, ello genera una situación de mayor desigualdad. Temas que deberán ser tratados y analizados por los actores sociales que intervienen en la aplicación normativa.

Para finalizar y retomando la alegoría de la película que se mencionó al principio del presente trabajo, quiero espolear el final de esta. Logan finalmente escapa de la ciudad y al llegar a lo que era la vieja capital de los EE. UU., Washington encuentran a un hombre anciano, algo que en su cultura no existía debido a la muerte prematura al llegar a los 30 años de edad.

Esa revelación le hace ver que, mediante la construcción de un discurso de verdad, se imponía una realidad que era falsa y por lo tanto la vida continuaba pasando los 30 años.

Es por ello que se debe trabajar en reafirmar que el mito de los 18 años de los/as jóvenes no serán expulsadas de los hogares y abandonados en la selva de cemento, situación que les genera angustia

y desesperación, sino por el contrario, se tiene que trabajar desde un tiempo antes la llegada de esa instancia y acompañar al joven en esta instancia, no solo en el ámbito económico, sino también, en el psicológico, afectivo y sobre todo humano.

La igualdad de oportunidades es el principio de la integración social, sin distinción alguna.

6. Bibliografía

Ley 27.364 Programa de Acompañamiento para el Egreso de los Jóvenes sin cuidados Parentales", promulgada el día 23 de junio de 2017.

Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada el 25 de septiembre 2005.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/publicaciones/indecinforma/indec_informa_01_20.pdf

Código Civil y Comercial de la Nación.

Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu ediciones, 1993.

Gerlero, Mario Silvio, *Introducción a la Sociología Jurídica, Actores, sistemas y gestión judicial*, Buenos Aires, editorial David Grinberg, 2006.

Fucito, Felipe, *Sociología General*, Universidad de Buenos Aires, 1995.

Treves, Renato, *Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones y problemas*, Barcelona, Ariel.

Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2003.

La convención de los Derechos del Niño en la Constitución de la provincia de San Juan

Matías Rodríguez Romero[336] *y Abril Valentina Villafañe Calvo*[337]

1. Historia

Para entender o empezar a tratar la Convención de los Derechos del Niño, debemos conocer el contexto en el cual esta surgió.

A nivel internacional, debemos remontarnos a fines de 1918, cuando nació la organización no gubernamental Save the Children de la mano de su fundadora Eglantyne Jebb. Jebb, tras el suceso de la Primera Guerra Mundial, advirtió la necesidad de proteger especialmente a niñas y niños; y así creó junto con su hermana, Dorothy Buxton, esta organización que tenía la misión de ayudar a niñas y niños afectados por la guerra. Inspirada en el trabajo de Jebb y su hermana se creó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, la cual es conocida como el primer texto histórico que reconoce la existencia de derechos específicos para las niñas y niños. El aporte conceptual fue que por primera vez surge del cuerpo normativo la noción de "derecho", superando la idea de la mera beneficencia, y esto constituye un paso trascendental en la redefinición de lo que se comprende por niñez a nivel global.

La Declaración no llegó a tener éxito ya que no tenía fuerza vinculatoria para los Estados firmantes, pero sirvió como inspiración para que luego, en 1989, se diera la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento es un Tratado Internacional de las Naciones Unidasa través del cual se enfatiza que los niños y niñas tienen los mismos derechos que los adultos y se resaltan aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de personas que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial. Resulta innovadora pues es el primer tratado vinculante a nivel nacional e internacional que reúne en

336 Estudiante de Quinto Año de Abogacía en la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de San Juan.

337 Estudiante de Cuarto Año de Abogacía en la Facultad de Ciencias Sociales; Universidad Nacional de San Juan.

un único texto derechos civiles, económicos, culturales, políticos y sociales, todo en pos de la promoción y defensa de los niños, niñas y adolescentes.

Mientras tanto, nos remontamos al final de una triste etapa que se atravesaba en nuestro país. El fin del golpe militar desarrollado a nivel nacional llamado ‘’Proceso de Reorganización Nacional’’, trajo consigo nuevas esperanzas y aires de cambio, lo que daría paso a que en nuestra provincia se realizarán a las elecciones del poder ejecutivo, dando como resultado que Leopoldo Bravo sea el nuevo gobernador de San Juan (1983). Esto permitiría el inicio de debates para la reforma y posteriormente la puesta en vigencia de la nueva Constitución de San Juan (1986), cuya entrada en vigencia marcó un hito para el país ya que San Juan fue la primer provincia en modificar su Constitución en la República Argentina tras el regreso de la democracia en 1983. Esta reforma sirvió de base para constituciones posteriores, al marcar el modelo de la incorporación de derechos y garantías que fueron posteriormente receptados en 1994 en la reforma de la Constitución Nacional. Es esta Constitución Provincial sobre la cual trabajaremos.

Sumado a eso, nos encontramos con la sanción a nivel provincial de la ley 7338, en el año 2002, o también llamada ‘’Ley de Protección del Niño’’. Esta ley en su artículo primero anunció el objeto de esta, siendo este “la protección integral de los derechos de todos los niños y adolescentes, que habiten, o se encuentren circunstancialmente en el territorio de la Provincia de San Juan; también, la de aquellos que habiendo nacido en esta provincia o siendo hijo de residentes sanjuaninos, se encuentren fuera del territorio” (Ley 7338). Posteriormente en el año 2015, sufrió un par de modificaciones y terminó siendo sancionada la ‘’Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños y Adolescentes de la Provincia’’ (727-C), la cual se encuentra actualmente vigente.

Como anticipamos, existe un amplio cuerpo normativo en torno a los derechos del niño en nuestra provincia, e incluso, un artículo completo en nuestra constitución que hace referencia de manera específica a ello. Respecto a la perspectiva de este y la letra de este, bajo la lupa del moderno prisma de los Derechos Humanos es que trabajaremos.

2. El Artículo 54 de la Constitución de San Juan

Existe un artículo en nuestra constitución provincial que fue el disparador de esta idea, debido a que este trabaja de manera especí-

fica los derechos de los niños, niñas y adolescentes, aunque con una técnica legislativa muy distinta de la convención, lo que denota la edad del texto. El texto dispone lo siguiente:

"Artículo 54: Los niños tienen derecho, en especial los huérfanos y abandonados, a protección estatal contra cualquier forma de discriminación, de opresión o autoritarismo, en la familia y demás instituciones. Es obligación del estado atender a la nutrición suficiente de los menores hasta los seis años de edad como mínimo.

Se creará un registro de esa minoridad carenciada a efectos de individualizar a los beneficiarios. Toda falsa declaración dirigida a obtener los beneficios de la prestación alimentaria será sancionada". (Constitución Provincial, 1986)

Así vemos como este artículo, en primer lugar, establece una serie de principios: la prohibición de todo tipo de discriminación o de violencia (utiliza el término "opresión" respecto de esto último). Asimismo declara una obligación estatal de aportar alimentos a los menores hasta los seis años de edad como mínimo, algo a lo que se le ha dado más importancia en el último tiempo a causa del programa 1000 Días, instaurado por Ley 1606-S (que abarca cuatro etapas desde el embarazo y hasta los dos años de edad). Según la información del Ministerio de Salud Pública de San Juan sobre el mismo programa, "entre las acciones, se incluye la entrega de kits y productos alimentarios que brindan en una sola porción los requerimientos de las vitaminas y minerales esenciales para cada etapa de los primeros mil días" (Gobierno de San Juan, n.d.). Este programa está dirigido a todas las embarazadas, sin cobertura social y en cualquier etapa de su gestación, y a madres con sus bebés entre cero y veinticuatro meses.

Al mismo tiempo hace una salvedad respecto a las personas en situación de abandono; y crea un registro de aquellos niños, niñas y adolescentes en situación de emergencia alimentaria, castigando, sin especificar el cómo, a aquellos que falseen los datos para obtener injustamente los beneficios de esta.

Debemos comprender asimismo, que a pesar de que el análisis de este artículo puede hacernos parecer exiguo el tratamiento de los derechos del niño, niña y adolescente en nuestra constitución, es menester traer a colación el artículo 12 del mismo ordenamiento, que, con técnica legislativa similar a la del artículo 33 de la Carta Magna de nuestra República, establece el concepto de derechos implícitos, referenciando tanto a la Constitución Nacional como a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. "La enumeración de libertades, derechos y garantías establecidos en esta Constitución,

no deben entenderse como la negación de otros derechos, libertades y garantías no enumeradas, siempre que fluyan del espíritu de esta, de la Constitución Nacional y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos". (Constitución Provincial, Art. 12)

Por ello es menester, asimismo, traer a colación otros artículos de la Constitución Provincial de San Juan, que de manera directa o indirecta, trabajan las temáticas de la Declaración que da título a este trabajo.

3. Demás referencias a la Convención

Trabajando en el orden de la Convención, la primera referencia cruzada que podemos encontrar está en el segundo artículo del cuerpo normativo, que hace referencia a la "No Discriminación". Además de la mencionada remisión anterior en el mismo cuerpo del artículo 54, el artículo 19 de la Constitución, trabaja la temática en los siguientes términos: "toda humillación a la persona por motivos de instrucción, condición socioeconómica, edad, sexo, raza, nacionalidad, religión, ideas o por cualquier causa, es castigada severamente".

Luego, en torno a la función de dirección de padres y madres, contenido en el artículo quinto de la Convención, la Constitución tiene dos artículos orientados específicamente a la función de los progenitores. El artículo 52 del cuerpo normativo se encarga de la protección integral de la familia, "como elemento natural espontáneo y fundamental de la sociedad, promueve la autosatisfacción económica de la unidad familiar, elabora programas de apoyo materno-infantil y sistema de protección para los problemas económicos y sociales de la infancia y de la ancianidad"; mientras que el artículo 53 se dedica a la protección materna "con asistencia integral y garantiza una satisfactoria realización personal de la madre con plena participación laboral, intelectual, profesional, cívica y posibilita el cumplimiento de su esencial función familiar".

Asimismo, respecto a la responsabilidad parental, citando el término moderno de la patria potestad, establecida en el art. 18 de la Convención, el art. 79 legisla el tema, si bien de forma limitada, pues solo refiere al deber de educación de las familias, considerando a esta "agente natural de la cultura y la educación".

En torno las tres libertades principales reglamentadas en la Convención: Libertad de Expresión (art. 13), de Pensamiento y Religión (art. 14) y de Asociación (art. 15), la constitución también tiene múltiples referencias. Respecto a la primera la Constitución

establece que "todos tienen derecho a expresar y divulgar libremente su pensamiento por la palabra, la imagen o cualquier otro medio, así como el derecho de informarse sin impedimentos ni discriminación" (art. 25). Respecto a la libertad de pensamiento y religión establece que "nadie está obligado a declarar su religión" garantizando plenamente la libertad de culto (art. 21). Y respecto a la última, establece como asegurado "el derecho de asociarse, cualquiera sea su objeto, siempre que no afecte disposiciones legales vigentes" (art. 49). Estos tres derechos tienen un amplio reconocimiento constitucional en estos artículos y sus sucesivos, si bien no tiene una disposición específica sobre el respeto a los grupos minoritarios étnicos, religiosos y/o lingüísticos como lo hace la Convención específicamente en su artículo 30.

Y, en relación con la protección de la vida privada de los menores (contenida en el artículo 16 de la Convención), la constitución provincial, con clara inspiración en la nacional, reglamenta la inviolabilidad de la "vida privada y familiar de la persona" y de su domicilio (art. 35); y establece la inviolabilidad de los papeles privados (art. 37).

En cuanto a la regulación del derecho a la salud contemplado en el artículo 24 de la Convención podemos hacer alusión a su contraparte dentro del artículo 61 de la Constitución de la Provincia de San Juan. Dentro de esta se reglamenta genéricamente el concepto de salud y es entendido de manera amplia, es decir, el hombre como unidad biológica, psicológica y cultural; por lo tanto el Estado deberá garantizar su derecho a la salud, a través de medidas que la aseguren, sin discriminación ni limitaciones de ningún tipo. En relación con este tópico también debemos abocarnos al artículo 23 de la Convención el cual nos habla sobre cómo *"el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad"* (Art 23). Si bien nuestra constitución provincial una vez más no lo nombra orientado específicamente hacia los niños, hace referencia a este tema de manera genérica entendiendo que el ''*Estado debe instrumentar políticas de prevención, protección, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos y mentales, incluidas las acciones que apunten a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de solidaridad para con ellos"* (Art 56). La terminología que utiliza la Constitución no es muy alegre, pero esto es esperable, pues faltarían treinta años hasta la Convención de los Derechos de

las Personas con Discapacidad, que erradicaría de los textos legales la terminología más peyorativa y discriminatoria.

En cuanto a la materia de educación encontramos extrema relación entre los artículos 28 y 29 de la Convención con los artículos 71 y 73 de la Constitución de la Provincia de San Juan. Estos hacen referencia en un primer lugar a que "la educación y la cultura son derechos humanos fundamentales" (Art 71) y que "la educación propende al desarrollo de la inteligencia, a la formación de una ética humanitaria y de hombres aptos para la libertad, la tolerancia, la paz, la solidaridad fraterna y la adhesión al sistema de vida democrática'' (Art 73). Este tema es sumamente importante dentro del campo de estudio que estamos desarrollando ya que la educación es considerado uno de los derechos pilares (y porque no atrevernos a decir que es uno de los más importantes) dentro del abanico de facultades que poseen los niños y niñas del mundo. Para que se cumpla este derecho, la Convención enumera una serie de medidas que debe acatar la comunidad internacional, entre ellas: implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional; hacer la enseñanza superior accesible a todos; adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar; entre otros, que ayudarán al cumplimiento y desarrollo de este derecho fundamental.

Y para concluir esta sección tenemos la defensa de los derechos del niño que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido estas. La convención en su artículo 40 es muy específica en su espíritu, y hace referencia que el niño en esa situación debe ser tratado de manera acorde con el fomento y valoración de su dignidad, teniendo en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reinserción de este a la sociedad. Relativo a este tema nuestra Constitución Provincial hace referencia al principio de inocencia (art 30); a la detención de personas, en la cual se estima que "ninguna persona, salvo en el caso de flagrante delito, puede ser privada de su libertad ambulatoria o sometida a alguna restricción de la misma, sin orden escrita de autoridad competente en virtud de grave sospecha o indicios vehementes de la existencia de hecho punible y motivos fundados de su presunta culpabilidad" (art 31); y a la defensa en juicio, la cual es un derecho inviolable de la persona y esta garantía no admite excepciones. Estos artículos son de suma importancia ya que nos permiten una visión integradora y

holográfica del tema entre la convención y la constitución provincial en cuanto al niño que se encuentre en esta situación.

4. Cambio de Paradigma

Es notorio que la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño al ordenamiento nacional, tras el dictado de la Ley 23.849 que reconoce su jerarquía constitucional, ha cambiado el paradigma sobre el rol que estos tienen en la sociedad. "La CDN (...) impulsa una nueva institucionalidad en lo relativo a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, promoviendo un replanteo profundo sobre la relación del Estado (integrado por sus tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial) la familia, la comunidad y las organizaciones de la sociedad civil con las personas menores de edad". (Herrera, Torre & Fernández, 2015). Esto es algo que (casi) todos los ordenamientos jurídicos posteriores a la última reforma constitucional han tenido en cuenta.

La Convención, introduce conceptos innovadores como los son el interés superior del niño, la capacidad progresiva y el derecho a ser oído; elementos que se notan ausentes de nuestra realidad jurídica local y cuya importancia no se debe subestimar en los más mínimo, pues estos colaboran en construir la imagen del niño, no como un mero "objeto de protección", sino como un pleno "sujeto de derecho". "La idea de los niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho significa un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez, dejándose atrás la concepción paternalista propia de la llamada doctrina de la "situación irregular" o modelo tutelar, que los consideraba como "menores" o "incapaces" y, por ello, "objeto" de protección y de representación por parte de sus progenitores —o demás representantes legales— y el Estado". (Herrera, Torre & Fernández, 2015)

Este reconocimiento como titulares de derecho es la parte más importante de la Convención, y es algo en el que el texto actual de nuestra constitución local ha quedado omitido por mera temporalidad. Hay que recalcar que la Ley 727-C si incorpora la mayoría de estos conceptos, referenciando no solo la Convención Internacional de los Derechos del Niño, sino incorporando las Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad; y las Directrices de Riad. Este desfase y la ignorancia por parte de un grupo grande de la sociedad de la ley local, lleva lamentablemente a casos judicializados en los que la solución termina siendo contraria a los derechos de los niños, niñas y

adolescentes. E incluso, normativas posteriores, en pleno desafío a la terminología empleada por la CDN, utilizan términos como "menores" dentro de sus texto, con un criterio bastante edadista. Aquí vemos, lamentablemente una situación en la que la existencia de una norma no ha cambiado la visión legislativa y/o judicial de rol de los mal llamados "menores de edad".

5. Conclusión

La pregunta que rondó nuestras mentes desde que iniciamos este trabajo era simple: ¿es necesaria una actualización de la Constitución Provincial? Y respecto a ello, debemos decantarnos por una respuesta afirmativa, aunque con matices.

Es notorio, desde el simple hecho del lenguaje que la Constitución de la Provincia de San Juan utiliza, la vejez del texto. Si bien, el año 1986 puede verse bastante cercano, son muchos los eventos nacionales e internacionales que han transcurrido desde entonces; incluso un cambio de paradigma del rol del niño en la sociedad, con la convencionalización y constitucionalización de conceptos como son la progresividad de la capacidad y el interés superior del niño. Y por ello es que ambos consideramos que es necesario actualizar todo el corpus normativo, incluyendo dentro de este el ordenamiento magno provincial. La Ley 727-C, si bien muy innovadora en su texto, no ha sido suficiente para cambiar el paradigma social y, quizás más importante en nuestro ámbito, el paradigma judicial. Aun en nuestro sistema de justicia, tenemos cortes de menores y una ausencia notoria en la falta de la figura del abogado del niño, entre otras; y si bien una reforma constitucional no soluciona mágicamente estos problemas, un reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes en nuestra carta magna, daría mejor argumentos ante quien demande este reconocimiento lo que paulatinamente mejoraría la realidad social.

Y, en relación directa con la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, es notoria la ausencia de un concepto fundamental como lo es el interés superior del niño, figura transversal comprendida dentro de los nuevos ordenamientos jurídicos nacionales (el nuevo Código Civil y Comercial es ejemplo de ello) pero cuya ausencia significativa de nuestro cuerpo normativo es un llamado de atención. Otra de las notables ausencias es el reconocimiento del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta en las decisiones que atañen a su propia vida, lo cual es una deuda de nuestro texto magno con las generaciones que nos so-

brevendrán. Asimismo, nociones como el derecho de identidad, el derecho al esparcimiento y el de seguridad social, se notan ausentes, aunque podría argumentarse que estos se encuentran comprendidos en la cláusula genérica de los derechos implícitos del artículo 12.

Es necesario que, de forjarse un texto nuevo, se lo haga bajo el moderno paradigma de los derechos humanos, y el texto, no deberá de obviarse declaraciones como garantizar "al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño" (art. 12 Convención), o un principio como que "todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo".

Hace tiempo que los niños, niñas y adolescentes no "son el futuro". Son el hoy, y más una generación como la actual, que conoce en mayor o menor medida sus derechos y está dispuesta a reclamarlos. Como profesionales del derecho, no podemos obviar la inclusión de causas que les reconozcan estas y otras facultades. Los niños, niñas y adolescentes, ya no se quedan en sus casas conformándose con un status quo que en ocasiones los coloca como ciudadanos de segunda categoría, y es sabido que, de no darles el espacio que merecen, lo obtendrán por motus proprio. Está en nosotros ser parte del cambio necesario, o ser parte de la fútil resistencia. Se dónde estamos nosotros, que no hemos olvidado que es lo que fuimos en el pasado, y que siempre sabemos que tenemos una parte de ello en nuestro interior.

6. Bibliografía

San Juan (prov.). Constitución. (2014). Constitución de la Provincia de San Juan (1st ed.). San Juan: Fondo Editorial Cámara de Diputados de San Juan.

Gobierno de San Juan, M. ¿Qué es Mil días? Retrieved 1 abril de 2020, from https://mildias.sanjuan.gob.ar/que-es-1000-dias

Organización de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, UNICEF.

Herrera, M.; Torre, N. y Fernández, S. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Del dicho al hecho

Pía Roldán Viesti y Exequiel Alagastino

1. Introducción

A finales del 2005 el Congreso de la Nación sancionaba la ley nacional 26061 de protección y promoción de los derechos de infancia, dando inicio a una reingeniería institucional hacia el empoderamiento infantil en la cual destacaba una figura central: El Defensor de los Derechos del Niño. Tal era el cambio de paradigma que su representante aspirante a esta dependencia podría no pertenecer al campo jurídico, y de esta manera rompía ese esquema tradicional de requisitos para ser Defensor.

Desde 2006 venimos exigiendo el cumplimiento del nuevo marco jurídico para la infancia argentina, destacándonos en acontecimientos que hicieron historia en este proceso de transición en la elección de la primer Defensoría Nacional de Niñez y Adolescencia, instancia que llevó más de 14 años para que se cumpla y, una vez elegida la terna, continúan las controversias.

Fuimos los primeros en evidenciar la actualidad institucional, luego de haber presentado ante la Autoridad de Aplicación provincial y más tarde pasar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, denunciando a un municipio por incumplimiento del convenio marco de la ley provincial 13298, para continuar evidenciando hasta nuestros días con esta propuesta-presentación, estableciendo un modelo de gestión que va más allá de la queja y la interpretación de la normativa al elaborar alternativas que en muchos casos fueron aplicadas buscando atender las urgencias de la coyuntura presente.

Exigir los derechos del niño por estas latitudes exige conocer parte de su historia en un proceso democrático de avances y retrocesos, de vivezas criollas y luchas que dividieron a sus ciudadanos.

Habiendo experimentado esa asimetría entre el dicho y el hecho, circunstancias que nos posicionaron para ser seleccionados dentro de los 68 candidatos a Defensor Nacional de los Derechos del Niño y permitirnos soñar ser representantes de este salto disruptivo que requiere este cambio de paradigma, propusimos un modelo de acción como plataforma de trabajo para la Defensoría y en la actuali-

dad presentamos una visión que nos parece sumamente pertinente en estos momentos de pandemia que nos llevó al confinamiento.

Esta experiencia que se convirtió en "expertise", nos hace querer avanzar más en el campo de los derechos humanos, en el cual si tomamos la nueva acepción de "pobreza multidimensional" vemos un marcado deterioro del objetivo *SALUD* desde el enfoque de la OMS. Y, si consideramos que el actual contexto del COVID 19 extenderá la pobreza a la población siendo la infancia la más vulnerable, es menester presentar modelos que atiendan la crítica situación de esta franja etaria, ya que representa el futuro de las políticas de desarrollo en el orden nacional

2. Un nuevo enfoque hacia la infancia: la ley nacional 26061

Desde finales de 2005 la Argentina forjó los cimientos de una institución que abría la posibilidad de salir del modelo mental de patronato para comenzar el camino hacia el empoderamiento infantil. En este camino, como en todo proceso institucional, encontramos numerosas trabas como consecuencias de decisiones políticas que, como protagonistas de este proceso de transición, pueden ser vistas en un sitio electrónico creado para dejar registro de estas.[338]

El que un "no abogado" pueda aspirar a presidir una Defensoría –y más en derechos de infancia–, dotaba a una ley de algo más que la mera interpretación de la escritura y apelar a principios rectores propios de un accionar buscando corregir vulnerabilidades que la misma institución Estatal no lograba satisfacer. En otras palabras, proponía un choque de estructuras de pensamiento tan bien descrito en un escrito de la doctora Viespi entre "lo instituido y lo instituyente"[339], que resume en gran parte el proceso de cambio de paradigma entre quienes forman parte de la institución y aquellos que cuestionan su accionar conociendo el manejo interno de acceso a derecho, más aún: AJUSTICIA.

Catorce años incidiendo en el cumplimiento de un modelo que no ha logrado afianzarse de respeto a la infancia que hoy nos en-

338 Véase www.alagastino.blogspot.com

339 https://books.google.com.ar/books?id=ENTKDwAAQBAJ&pg=PT33&lpg=PT33&dq=entre+lo+instituido+y+lo+instituyente+pia+martina&source=bl&ots=IUUmd5UVcC&sig=ACfU3U2IW6kxIS3pZtiCc12xh_4MkMYwTg&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwinpo7TmtfoAhWJH7kGHUiWCBUQ6AEwAHoECA0QLA#v=onepage&q=entre%20lo%20instituido%20y%20lo%20instituyente%20pia%20martina&f=false

cuentra con el nacimiento de la primer Defensoría de Niñez y Adolescencia en un año que comenzó con las numerosas muertes por desnutrición de infantes en el NOA para luego continuar con el confinamiento de toda la población agravando la situación de violencia hacia los chicos y chicas de nuestro país, como así también un sinnúmero de consecuencias en el campo de la salud mental de la infancia que nos obliga a alertar y elaborar estrategias de abordaje para contener el futuro escenario post pandemia en el marco de derechos de infancia.

El presente marco jurídico ha evolucionado de tal manera en el campo de los Derechos Humanos para la Niñez y Adolescencia que nos desafía a acomodar los escenarios de participación, transparencia y rendición de cuentas, conceptos propios del gobierno abierto, en un marco de accesibilidad para la ciudadanía en su conjunto. Nuestra experiencia en la constante incidencia de establecer estos estándares nos hicieron adoptar el modelo ODS buscando de esta manera estandarizar a escala global la performance de una Defensoría que repite acciones que no hacen más que replicar el actual modelo institucional que nos ha dejado en esta encrucijada.

3. 14 años de exigibilidad

Y llegamos a 2020 donde se optó por el malo conocido sobre el bueno por conocer, habiendo quedado en el mismo lugar donde comenzamos. Es decir, la promesa de un "salto disruptivo" quedó en un suspiro efímero, donde vemos cambios de roles de los mismos actores del milenio anterior, y con ello la visión de la infancia argentina resumida en su evolución institucional por quienes hace bastante tiempo no se cuestionan el presente al que nos condujeron. Esta permanencia de un poder consolidado desde el menemismo nos deja el sabor amargo que, si tenemos que dar un ejemplo de esa sensación mencionaría estar de estar frente a un viejo profe que aprendió a enseñarte el manejo de las redes sociales cuando hace ya tiempo las usas...

Desde el 2006 en este proceso de exigibilidad que se convirtió un hábito nos llevó a ser los primeros en todo este proceso de transición que se mencionarán algunas, a saber:

- Establecer la primera Red con visión de género en la infancia de la República Argentina al constituir RAENAS (Red Efecto Niña Adolescente Sustentable)
- Ser el primero en visualizaciones en la red social Twitter bajo el hashtag oficial durante toda la duración del Congreso

Internacional en Derechos de lnfancia en su última vez realizada en el país.

- Ser uno de los incidentes en la aprobación del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en la República Argentina.
- Estar mencionados en forma implícita en el proyecto de resolución para la conformación de la Comisión Bicameral por el Defensor de los Derechos del Niño por nuestra incidencia en su figura por una Senadora que llegaría a presidir la mencionada comisión.
- Aplicar la primer medida de abrigo ciudadana documentada en la provincia de Buenos Aires.
- Hacer renunciar a la encargada de un Consejo Local de infancia de un distrito de la provincia de Buenos Aires por no responder sobre la situación de unos infantes que estaban bajo su resguardo.
- Exponer en el anexo legislativo de la legislatura de la República Oriental de Uruguay sobre la situación de la infancia argentina.
- Exigir frente de las representantes de la Comisión Bicameral por el Defensor de los Derechos del Niño la transparencia de un concurso con mucha controversia en el mismo mes del 30 aniversario de la Convención de los Derechos dentro del anexo diputados del Congreso de la Nación Argentina.
- Reclamar desde la misma entrada en vigencia de la Defensoría que se pongan a establecer medidas de protección de derechos a la infancia argentina.

Y, a criterio personal, la mejor de todas: la de hoy frente a ustedes presentando una historia que no es la oficial...

Un marco de exigibilidad en donde hubo numerosas contribuciones creativas, algunas de las cuales no las volvería a hacer, ya que con el paso del tiempo no está el mismo cuerpo y las mañas de los años te hacen ser más exquisito: al punto de no querer volver a pasar hambre...

Somos de los convencidos que las cosas cambian, no con las palabras sino con las acciones y fiel a esta convicción continuamos aportando ideas al campo de los derechos de infancia con acciones buscando mitigar escenarios que necesitan pronta atención con la experiencia de acciones concretas.

Somos de los convencidos del profundo salto disruptivo institucional que tiene que existir para mejorar los Derechos Humanos en la Argentina y de esta manera poner en marcha otro modelo totalmente distinto al actual, hasta el punto de un liderazgo personal y no por medio de una consultora...

4. Derechos Humanos... ¿utopía?

Cuando me inscribí al Congreso lo que me motivó fue lo escrito en su flyer: "espacio en el cual compartir experiencias y modos de abordar conflictos que involucran niñas niños y adolescentes"

Y vaya que abordamos conflictos...

Pero... ¿qué es lo que nos motiva a ser voz activa en materia de derechos humanos? Dos personas que no tienen niños hablando de sus derechos... ¿qué onda?

Y también tiene que ver esto con el cambio de paradigma...

Épocas de confinamiento en los cuales nos llega información de muchísimos casos de vulneración a los derechos de infancia: los últimos recientes de otorgación de prisión domiciliaria a grupo de riesgo carcelario y todo lo que conlleva a una persona salir del sistema carcelario para volver al hogar. Algunos casos de violencia institucional para con alguno de los progenitores... ¿esto cómo repercute en el infante? Y otros tantos más en los que exigimos derechos para los niños...

Acciones que quedarán grabadas de por vida por el infante. Y con ellas de esta sociedad de adultos atendiendo los reclamos de una infancia postergada desde comienzos de la humanidad. Estas que formarán parte de su salud mental, en el que en la fecha queremos concentrarnos conociendo el tsunami de vulneraciones que se avecina producto de la pandemia, de una trama producto de viejas prácticas, de un proceso institucional que muta para acomodar a actores conocidos y, como consecuencia de no encontrar la "masa crítica" producto para que exista un proceso de depuración, ver que la historia vuelve a repetirse con los actores conocidos por todos desde el milenio pasado...

Derechos Humanos...

Con el contexto que hemos mencionado con anterioridad venimos a proponer una visión que forma parte de esta historia de exigibilidad de derechos, y con esta un legítimo acceso, no "a la Justicia" sino "A JUSTICIA" para los infantes de la República Argentina.

Queremos hacerlos partícipes de este proceso histórico que nos ofrece el presente actual, cosa impensada en años anteriores debido a

una concatenación de externalidades propias para estudio y escribir montañas de papers al respecto.

Me miro ante un futuro plagado de incertidumbres en el campo de la infancia como consecuencia de un pasado que me condujo a este presente ante ustedes. Paradojas de un tiempo que viví mencionando sus problemas, no producto de una intencionalidad, sino de la inercia de quienes son parte de la crisis.

Como candidato nacional a Defensor de los Derechos del Niño me siento obligado a soñar escenarios donde se tenga en cuenta los derechos de la infancia. Y como soñador, a contarlo y buscar con ello hacerlos participe de un acontecimiento que recién nace que para donde se dirijan los brotes de este nuevo árbol marcará la vida de las próximas generaciones y el desarrollo de su potencial persona en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Es por ello que en esta oportunidad nos enfocamos en el campo de la salud mental del infante y de los numerosos aspectos que tendremos que tener en cuenta para garantizar sus derechos y abrir las instituciones a una voz callada desde tiempos inmemoriales. Una libertad producto de una justicia que aún está en proceso de digestión sobre el trato hacia la infancia y consideramos esto como falta de un liderazgo claro que se preocupe en ser activo en materia de promoción de derechos.

5. Contextualización

Antes de comenzar, me quiero detener en varias cuestiones que fueron dichas y que quisiera ahora aunar para plantear la articulación siguiente, que nos permite conectar el campo frecuentemente ligado al campo jurídico con el campo de la salud.

El hecho en sí mismo que representa la apertura de la defensa de los niños y adolescentes a un abordaje que, sin dejar de lado lo jurídico, se abre a la intersectorialidad y a la interdisciplina deja en evidencia que un cambio de paradigma comienza a hacerse tangible. Focalizarnos en el empoderamiento infantil, da cuenta de un cambio de postura que hace a un lado el asistencialismo (concepto que ya ha sido objeto de críticas por denotar implícitamente la predominancia de una mirada que recae sobre el “asistido” ubicándolo como portador de una imposibilidad inherente e inmodificable respecto a su condición) para posicionarnos en consonancia con el nuevo espíritu ya vigente en el Nuevo Código Civil y Comercial, y la Ley Nacional de Salud Mental.

Siguiendo esta línea –y en cuanto a lo mencionado en relación con la situación que trajo el COVID-19 (como ejemplo ilustrativo) y que continuará trayendo repercusiones de toda índole–, comenzar a pensar en la diferenciación radical entre los conceptos de "riesgo" y "vulnerabilidad" se torna una necesidad inminente. El pasaje del tratamiento de la infancia en función de problemáticas como la desnutrición hacia otras que incluyen la salud mental, implican, sin lugar a dudas, abrir puertas para trabajar desde lo instituyente sobre lo instituido, para lograr una confluencia e integración de elementos que, sin eliminar lo preexistente, permita optimizar aquello que estuvo y ahora está visibilizado y en juego.

Independientemente de aquellas cuestiones que legítima y legalmente requieren la puesta en marcha de acciones concretas que materialicen la exigibilidad de derechos, venimos a proponer lo siguiente: Invitar a la reflexión y a la participación de un proyecto que se focaliza, puntualmente, en la puesta en funcionamiento de un recurso que, a modo de proyección, nos permite visualizar un horizonte de cambios.

Llevo trabajando en salud mental y derechos vinculados al área desde hace muchos años.

Como egresada de esta casa de estudios y como profesional de la salud especializada en Discapacidad, Trastornos Mentales y Padecimientos Psíquicos Severos, he visto mucho más de lo que se suele mirar: esto es, la ligazón existente, visible e invisibilizada a la vez, entre salud mental y acceso al ejercicio de derechos fundamentales.

Mi principal interés y mi constante formación desde hace ya 22 años han consistido siempre en el estudio de las conductas que diríamos vulgarmente que "rompen las reglas" o "lo esperable", o sencillamente "rompen nada más ni nada menos que el orden público". Primero desde el derecho, después desde mi profundización en el campo psiquiátrico, donde se rompen reglas pero son alcanzadas por la inimputabilidad.

No tardé mucho en encontrar la vinculación entre infancia y delincuencia, infancia y esquizofrenias, infancia y patologías duales, infancia y adicciones. Infancia y suicidio. Infancia y certificados de discapacidad. Infancia y alcoholismo. Infancia y juego patológico. Infancia y abuso sexual. Ocurre que en la infancia aquello que determina no solamente la adultez sino las futuras infancias, está compuesto de una multiplicidad de factores que correlación y/o articulan riesgos y vulnerabilidades. Se infiere por lo antedicho, que trabajar en la accesibilidad a derechos y garantías de todos los niños

y adolescentes, es una tarea que debe dejar de ser tarea pendiente y tarea de algunos sectores para comprometer activamente la participación de infinidad de disciplinas. En consecuencia, proponemos la participación en un proyecto sencillo, viable, compatible con las necesidades actuales, y que encuentra como fin más próximo la ampliación del espectro de personas que actualmente son potenciales beneficiarios de dispositivos de Acompañamiento estrictamente "terapéutico", apuntando a la inclusión de niños y adolescentes sin discapacidad en planificaciones similares pero que desvinculadas de lo esencialmente clínico. En otras palabras: Proponemos que niños y adolescentes sin discapacidad tengan acceso a la protección integral de su salud, reconociendo a esta como una tríada que se compone de lo bio-psico-social.

6. Fundamentos

Asumo que es de público conocimiento que los pilares sobre los que se promueve la construcción de infancias saludables son los siguientes:

- Derecho a la Salud
- Derecho a la Educación
- Protección Integral de los Derechos de la Infancia
- Inclusión Social y monitoreo de los derechos
- Recursos sociales para el ejercicio de los derechos de la niñez.

Los elementos que componen el sendero a través del cual se debe avanzar para lograr el alcance de una infancia, por lo tanto, requieren la estricta optimización, protección y fomento de las mencionadas áreas, mediante el acceso y exigibilidad de derechos y garantías concretos, y de equitativo e igualitario acceso a todos los niños, niñas y adolescentes. ¿Sucede en los hechos?

Estrictamente, no. E independiente de las particularidades de cada caso singular y subjetivo, es un hecho fáctico que las normativas que garantizan dichos accesos están dirigidas con especificidad a niños y adolescentes con discapacidad. Se ha focalizado un gran quehacer en la ampliación del Plan Médico Obligatorio, mediante la incorporación de las prestaciones de rehabilitación garantizando la cobertura de aquellas necesidades vinculadas directamente con su cuadro clínico y su patología de base.

Contamos, entonces, con el CUD, que oficia de vía regia de acceso a derechos. Ahora bien, la discapacidad es un concepto que no solo no se reduce únicamente a lo que el imaginario social con-

sidera (cuestiones físicas, genéticas, orgánicas) sino que debiera ser mencionado de un modo que permita incluir un espectro más amplio de realidades que no deje por fuera el padecimiento psíquico que, sin ser inhabilitante objetivamente, obstruye la construcción de subjetividad, minando el desarrollo de la autonomía, la voluntad, la planificación, la adaptación a la cultura, generando los mayores grados de exclusión. En este sentido, la falta de acceso a derechos genera la "vivencia de discapacidad", si se me permite la comparación.

7. Propuesta

Dentro del espectro de prestaciones que los niños y adolescentes con discapacidad reciben, el más novedoso y que en auge se encuentra es el Acompañamiento Terapéutico, dispositivo que –llevado con la debida responsabilidad– se torna imprescindible o al menos de fundamental importancia en todo tratamiento en salud mental del que se espere resultados eficaces.

A partir de esta experiencia, proponemos que todos los niños, niñas y adolescentes gocen del acceso a los derechos comprendidos en la Ley 26.601 teniendo en cuenta que el espíritu de dicha norma y una interpretación en sentido teleológica de esta, debe estar en consonancia con el art. 3 de la Ley 26657.

Encontramos el fundamento, en que la Ley Nacional de Salud Mental define a esta como aquello que se construye y alcanza en función del interjuego de lo bio, lo psico y lo social, por lo que se infiere que todos los menores debieran gozar de la garantía de exigibilidad del ejercicio de derechos, concretados mediante dispositivos adecuados.

En este sentido, nuestro proyecto es instituir la figura de un Acompañante que intervenga como agente de Integración e Inclusión Social, con la característica fundamental de ser exigible y accesible para todos los niños y adolescentes, independientemente de su condición estrictamente mental, es decir, sin necesidad de presentar trastornos mentales declarados mediante una Auditoría Médica.

Apuntamos entonces, a visibilizar, concientizar y promover la importancia del aspecto "social" en la construcción de la salud psíquica y en el camino hacia el alcance de la salud mental, como parte de la salud general.

El derecho a la salud, como pilar de trabajo conjunto, implica no hacer caso omiso a lo que señala la OMS cuando nos dice: "la salud no debe ser entendida como la ausencia de afecciones o enfermedades". Implica hacer valer lo legítimo que existe en la exigibili-

dad de recursos y políticas que favorezcan la construcción de salud mental para todos.

A su vez, el sostenimiento y la promoción de la salud mental, será el escenario favorable para el ejercicio del derecho a la educación, tantas veces menoscabado por alteraciones en lo cognitivo, lo conductual y lo emocional, cuya raíz se relaciona de manera directa con áreas que escapan de lo médico.

En este sentido, cuando hablamos de "inclusión social y monitoreo de derechos" es menester pesar que no es suficiente con que se realicen propuestas de inclusión social que protejan el cuerpo biológico. La pobreza afectiva también es un problema, y desde mi punto de vista, hace estragos.

Proteger, entonces, de manera "integral" los derechos de la infancia, obliga a trabajar la coyuntura y lo estructural, pasando "del dicho al hecho". Implica pensar, con mucho detenimiento, que lo biopsicosocial no puede ni debe ser dejado al costado. No alcanza con la creación de hogares sustitutos, no alcanza con las perimetrales o el trabajo social que emite informes. Necesitamos que la parte "psico" y la parte "social" se encuentren finalmente abordadas en consonancia con el nuevo paradigma de derechos.

Así, nuestra figura que acompaña y promueve la inclusión social, se pone en marcha a través de nuevos agentes de salud que se erigen como referentes de los niños, niñas, adolescentes, familias y barrios de emergencia. Se erige frente a los que se enfrentan a una vulnerabilidad estructural o eventual que se refleja luego en las estadísticas que distorsionan la visión y planificación a futuro.

La incidencia de este movimiento hacia la concreción de derechos humanos y sociales, se verá cuando logremos que los niños experimenten la importancia de un otro, cuando registre a un adulto, asimétrico, referente, que ofrezca garantía de existencia y alojamiento emocional. Los niños aprenden a controlar sus impulsos y resignar sus caprichos cuando temen perder el amor del otro. ¿Cómo podría suceder esto si no hay nada que perder?

8. Conclusión

Hablamos, entonces, de recursos sociales para el ejercicio de los derechos en la niñez y adolescencia. Proponemos que nos ayuden a instalar y construir figuras legítimas y legales que intervengan como agentes u operadores en salud integral, independientemente de que exista la discapacidad que la medicina exige. Proponemos crear un registro de Instituciones, Asociaciones y ONG, dedicadas a la

preparación de nuevos agentes capacitados para intervenir en lo más urgente: El acceso a los derechos más básicos.

Proponemos la creación de un registro de personas que, acreditando ser parte de un sistema intersectorial que pugna por los mismos intereses, comience a formar parte de algo más que las Obras Sociales o las Curadurías: Queremos que existan los Acompañantes preparados para trabajar en el desarrollo social. Y no es posible desarrollo social alguno, si todos los niños y adolescentes, no tienen garantizado el acceso a la concreción de derechos fundamentales.

Acceso inclusivo a la justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad

Yamila Laila Santangelo y Luciano Horacio Varela

1. Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) ha ido desarrollando –a lo largo de las últimas décadas– distintas clases de normativas que colocan a niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) como plenos sujetos de Derecho, rompiendo con el paradigma tradicional de considerarlos/as como meros objetos de protección. Entre los avances, se observa que la expresión "menor de edad" deja ya de tener lugar en un paradigma pro niñez que se fundamenta –por sobre todo– en la autonomía progresiva del sujeto y en su interés superior, permitiéndole tener mayor protagonismo en los distintos procesos que los/as involucren.

Ahora bien, sabemos que los Estados se encuentran obligados a cumplir con las normativas de derechos humanos que libremente han ratificado; como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), siendo menester destacar que es este el tratado internacional de derechos humanos más ratificado hasta el momento. Pero cabe preguntarnos… ¿se asegura en nuestro derecho interno a NNyA un cumplimiento íntegro de esa autonomía progresiva exigible desde el DIDH cuando nos encontramos en los procesos judiciales (e incluso –sin pretender alejarnos del tema en debate– extrajudiciales también) que los/as involucran? Y, sumando un nuevo interrogante a este planteo, ¿Qué sucede en la práctica cuando esos/as NNyA son, a su vez, personas con discapacidad (en adelante, PCD)? Es decir, cuando nos encontramos frente a personas que conforman un grupo de múltiple discriminación o vulnerabilidad atento a configurarse más de un factor de discriminación en forma simultánea (categoría "edad" y categoría "discapacidad"), ¿existe un acceso inclusivo a la justicia para infantes y adolescentes con discapacidad?

Antes de profundizar en relación con la situación que se constata en la Argentina, es importante considerar los siguientes puntos:

- Ante todo, los derechos humanos son interdependientes e indivisibles; sus normas se interrelacionan constantemente. Por

ende, no vamos a poder analizar la Convención sobre los Derechos del Niño sin analizar de manera correlativa también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos jurídicos como ser, por ejemplo, nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación.

- En segundo término, y sobre la base de la correlación mencionada precedentemente, debemos ser conscientes de que deben coexistir y coordinarse entre sí conceptos tales como "autonomía progresiva" e "interés superior" con principios rectores en materia de discapacidad como "participación", "inclusión plena", "igualdad de oportunidades" y "accesibilidad".

El modelo de derechos humanos de la discapacidad nos propone, en la actualidad, llegar a lograr un diseño universal; lo cual puede ser traducido en lograr una sociedad inclusiva en la que ninguna persona se quede afuera.

En este sentido, el sistema judicial debe ser capaz de incluir a esos niños, niñas y adolescentes con discapacidad de manera tal que les permita que en su categoría de "sujetos de derecho" pueda vislumbrarse en una real participación; que sus voces sean escuchadas y debidamente consideradas, acorde a su madurez y a las posibilidades personales de cada uno/a de ellos/as de hacerse escuchar. Lo que queremos decir con esto es que nunca debe admitirse que la discapacidad sea *a priori* un impedimento en el acceso a la justicia, como así tampoco lo sea –conforme al modelo de protección integral de la infancia– la edad de la persona.

2. Desarrollo

2.1. El rol esencial del Estado

Sin dudas, es el Estado quien debe asegurar la tutela judicial efectiva de NNyA. En esta línea, e interrelacionando los diferentes instrumentos nacionales e internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, ha interpretado que las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial (artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – en adelante, CADH) se reconocen a todas las personas por igual y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, de forma

tal que se vean reflejados en procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de niños, niñas y adolescentes.[340]

Asimismo, las dificultades de los sectores sociales en situación de vulnerabilidad para acceder a la justicia fueron expuestas en las Reglas de Brasilia, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las que adhirió nuestra Corte Suprema mediante la acordada 5/2009 del 24 de febrero de 2009.

Los tribunales, así, quedan obligados a atender primordialmente el interés superior del niño/a o adolescente –art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño– el que viene a orientar y a condicionar la decisión de los magistrados, y a adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que se respeten los derechos de cada niña, niño o adolescente.

Ya ha expresado nuestro máximo Tribunal regional la particular y compleja situación que se da en casos de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, señalando que es sumamente relevante "que se les garantice un trato preferencial" en relación con la "duración de los procesos judiciales"[341], debiendo ajustarse las garantías judiciales a los principios emanados de la jurisprudencia de dicho tribunal internacional. Asimismo, al referirse al derecho a ser oído, la Corte IDH realiza una interesante interpretación entre el art. 8.1 de la CADH y el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, vinculando dicho derecho con el interés superior de NNyA. No es menos importante destacar que nuestro máximo tribunal regional acude a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPCD) para recordar a su art. 7, en tanto que "los niños y las niñas con discapacidad tienen derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez (...)"[342], realizando los magistrados una relevante mención de la progresividad de los derechos humanos de estas personas, a través de una destacada interpretación pro niñez.

En este punto, es menester señalar que son los/as operadores/as judiciales quienes deben promover las medidas necesarias para que la tutela judicial de los derechos de NNyA sea realmente efectiva,

340 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 95.

341 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Furlán y familiares vs. Argentina", sentencia de 31 de agosto de 2012, cons. 305.

342 *Ibidem*, cons. 229.

garantizando la simplificación, claridad y agilidad de los procesos, brindando un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Ello, a través de la promoción de las medidas necesarias para que la tutela judicial de sus derechos sea efectiva, garantizando la simplificación de los procesos y la agilidad en su tramitación.[343]

Tal como se ha señalado anteriormente, en materia de derechos humanos se debe recurrir constantemente a la interrelación de distintos instrumentos jurídicos para diseñar protecciones integrales y, en este sentido, debemos abordar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual adquirió jerarquía constitucional mediante la ley N° 27.044 y amplió el margen de protección, explicitando las obligaciones estatales respecto de dichas personas. Las obligaciones reforzadas de los Estados en cuanto a la protección de niños, niñas y adolescentes con discapacidad fueron reafirmadas por el Comité sobre los Derechos del Niño.[344]

Es esta Convención la que valora y menciona el acceso a la justicia como un derecho fundamental de las personas con discapacidad. Acceso que nosotros preferimos mencionar como "acceso inclusivo", toda vez que es la sociedad –junto a los dispositivos del Estado– quienes deben recibir a NNyA con discapacidad, permitiéndoles una real participación conforme al modelo de la protección integral de la infancia, pero también conforme al modelo de derechos humanos de la discapacidad. Son estos dos instrumentos jurídicos internacionales los que –como toda norma de derechos humanos– se interrelacionarán a fin de brindar la mayor protección a estos sujetos involucrados, una protección pro niñez que no admita discriminación arbitraria alguna.

2.2. Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad

El artículo 13 de la CDPCD establece, entre sus primeras líneas: "los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimientos y adecuados a la edad (…)". Esta primera parte adquiere relevancia porque obliga al Poder Judicial a garantizarles el acceso permanente y efectivo a los procesos judiciales; esto es no solo en cuanto a la infraestructura de las oficinas, sino además procurando la efectivización de que las PCD accedan realmente al procedimiento y reciban toda la infor-

343 Reglas de Brasilia N° 25, 26, 34 y 37, marzo de 2008.

344 Comité de los Derechos Del Niño, Observación General Nº 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", 27 de febrero de 2007, párr. 11.

mación para poder ejercer sus derechos, en forma oral o escrita, a través de medios acordes a sus necesidades y de acuerdo con su situación particular: lengua de señas, sistema Braille y/o formatos de lectura fácil, entre otros. En el caso de infantes con discapacidad, esas herramientas de acceso deben considerar –asimismo– el estado de desarrollo de la persona respectiva; no será el mismo sistema el que se utilizará para un/a niño/a con discapacidad de siete años que el que se utilizará para un adolescente con discapacidad de dieciséis años. Tampoco será igual aquel que se utilice para una persona con discapacidad intelectual y otra con discapacidad visual. Es decir, un sistema judicial efectivo que se proponga un acceso inclusivo debe considerar la mayor cantidad de factores posibles en relación con el ser humano al que pretenden incluir; la línea entre quedar dentro o fuera de ese acceso y –por lo tanto– del ejercicio de sus derechos, es realmente una línea muy delgada.

Al igual que en cualquier otro ámbito donde nos propongamos a actuar de manera inclusiva (como en el educativo, a modo de ejemplo), en la Justicia también deberá regir la creatividad y esmero de los/as profesionales involucrados/as para garantizar el acceso a dichas personas. La creatividad será una desafío que le corresponderá a todos/as los/as operadores/as jurídicos/as: buscar para cada caso en particular, la mejor manera de lograr la participación de ese/a infante o adolescente con discapacidad. Puede sonar excesivamente desafiante bajo un discurso de colapso en el que se encuentran los componentes del Poder Judicial de nuestro país y, desde ese mismo discurso, plantearse como algo utópico a lograr, pero no es imposible. Distintas experiencias de juzgados, ya sea con intervenciones para escuchar la voz del/a niño/a con discapacidad, como así también en el dictado de sentencias de lectura accesible, demuestran que –si existe interés y voluntad– ninguna persona con discapacidad debería quedar fuera del acceso a la justicia.

Así, este acceso a la justicia al que nos referimos deberá siempre garantizarse para que, en definitiva, se consolide el debido proceso. Es decir, se garantice el derecho a ser oído, se cuente con un recurso efectivo, se juzgue a través de un tribunal competente, independiente e imparcial, se cuente con igualdad en tanto los medios procesales, asistencia letrada (gratuita en caso de no poder costear un/a profesional particular) y, en especial, se goce de igualdad ante los tribunales.

2.3. El/la abogado/a del NNyA. Su importancia e incidencia

La figura del/a abogado/a del niño/a es coherente con la línea conceptual de la doctrina de protección integral. Y, en consonancia con todas las normas que hemos ido detallando, merece mención aparte la asistencia letrada, ya que –a diferencia de años anteriores– hoy en día, los/as NNyA (y, por supuesto aquellos/as con discapacidad también) tienen derecho a contar con un/a abogado/a. Ya no es la persona adulta (progenitor/a o quien se encuentre a cargo de ellos) quien los/as representa, sino que es necesario que ellos/as también sean parte del proceso, no solo con una simple mención en los papeles o con *alguna que otra* entrevista con un equipo interdisciplinario, sino también con la garantía de que todo ello suceda al lado y de la mano de su propio abogado/a, defendiendo, de esta manera, su derecho a ser oído, entre otros.

Pero... ¿quién debería elegirlo?: ¿el/la NNyA o la persona adulta? y, en caso de que lo elijan los/as NNyA, ¿a qué edad deberían hacerlo? Por un lado, y en primer lugar, nos encontramos con la postura de la Corte Suprema de Justicia Nacional donde la designación del abogado/a del NNyA queda sujeta a la edad de estos.

Por otro lado, existe la postura que sostiene "la designación a cualquier edad", estableciendo que nada debería obstaculizar esta garantía. Aquí se sostiene que la Convención sobre los Derechos del Niño supedita la participación procesal a su capacidad progresiva, mientras que la ley 26.061 no establece límite de edad. "El derecho al patrocinio letrado del niño constituye una garantía mínima del procedimiento, independientemente de su edad, siendo que entonces no pueden establecerse edades o condicionamientos para el ejercicio de esta garantía mínima reconocida por el ordenamiento jurídico".[345]

Otra postura establece que el NNyA podrá designar a su propio abogado/a solo ante conflicto de intereses con sus progenitores (art. 27 CCCN - "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con su representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada"). Aquellos/as que sostienen este enfoque no hacen ninguna referencia a la edad del NNyA. Es decir que, en caso de que se dé la situación de conflicto, recién allí procedería su designación "a cualquier edad".

345 Solari Néstor, *Derechos de Familias* (Buenos Aires: LA LEY, 2015), pág. 738.

La última posición resulta ser quienes sostienen que hay que tener en cuenta el grado de madurez suficiente[346], Frente a la posibilidad de que el niño/a se presente con abogado/a o se le designe uno, se debería dar intervención al Cuerpo Técnico a los fines de que los peritos psicólogos se expidan sobre el grado de madurez del NNyA y proceder (o no) a presentarse con patrocinio letrado.

Es importante aclarar que, al igual que otras regiones de la Argentina, la provincia de Buenos Aires aprobó la ley 14.568 (creando un Registro Provincial de Abogados/as con especialización en derechos del niño/a) por medio de la cual se crea la figura del abogado/a del niño/a, el que intervendrá en carácter de parte sin perjuicio de la representación promiscua que ejercerá el asesor/a de incapaces. Por su parte, la Ciudad de Buenos Aires tiene su propia normativa, Ley N° 114, la que en su artículo 11 menciona, entre las garantías procesales, la posibilidad que tiene el NNyA de contar con un abogado/a de su confianza o proporcionado/a gratuitamente por el Gobierno, pero aún no cuenta con ley específica que regule la figura en sí como lo hizo la Provincia de Buenos Aires, entre otras.

2.4. El rol del abogado/a del NNyA vs. El rol del asesor/a de menores e incapaces

Ante un nuevo sistema con estas características, el rol del Defensor/a de Menores e Incapaces, tal cual se encuentra regulado en el Código Civil y en la ley Orgánica del Ministerio Público debe ser reinterpretado sin lugar a dudas, especialmente luego de la incorporación de la ley 26.061 a nuestro ordenamiento jurídico nacional. De todas formas, la figura del asesor/a de menores y la del abogado/a de confianza de niños, niñas y adolescentes no puede ni debe confundirse. En este sentido, el/la abogado/a de confianza será quien defenderá los intereses particulares del/a niño/a y el/la asesor/a de menores quien ejercerá la representación necesaria de este, custodiando el irrestricto cumplimiento de la ley.[347]

2.5. Igualdad de condiciones ante los Tribunales

Hasta el momento, son solo "palabras que suenan bonito", pero muy lejos estamos aún de que sean una realidad.

---

346 Bigliardi Karina, *El abogado del Niño* (Buenos Aires: LA LEY, 2015), págs. 1066-1067.

347 Karina A. Elena Acosta, "Cuando un niño necesita un abogado", SAIJ (Junio de 2008), disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080039-elena_acosta-cuando_un_nino_necesita.htm

Por el contrario, los niños, niñas y adolescentes, y más aún aquellos con discapacidad, suelen enfrentarse a impedimentos concretos que obstaculizan su acceso real y efectivo a la justicia.

Dichos obstáculos actúan como barreras y son, sin dudas, los responsables de que la persona con discapacidad no logre ser incluida y que su participación dentro del proceso se encuentre totalmente limitada y condicionada.

Sin perjuicio de la gran cantidad de barreras que se conocen, y las cuales detallaremos más adelante, una de las más peligrosas (pese a que son las más básicas también) son las ACTITUDINALES. Esto se traduce en los estereotipos que asumen otras personas –al suponer que están enfermos/as o que no deberían opinar por "no entender"– y en los prejuicios, estigmas y consecuente discriminación que se genera. Partiendo de estos supuestos, es muy difícil materializar un acceso a la justicia real y efectivo.

2.6. Principales barreras

El momento de acceder a la Justicia presenta distintas dificultades propias de la edad y la discapacidad y otras vinculadas a un sistema que, muchas veces, no está del todo adaptado para tratar esos casos.

En líneas generales, los obstáculos surgen sobre todo de los prejuicios socio-culturales, de las bajas expectativas que incluso sus familiares, o quienes los/as rodean, tienen para el desarrollo de las personas con discapacidad y, en general, del diseño no incluyente de las políticas públicas. Esta perspectiva sobre la discapacidad se incrementa aún más si le sumamos el hecho de que se trate de niños, niñas o adolescentes y permite dar una respuesta mucho más adecuada al problema de la discriminación, ya que una vez que se entienda que es la sociedad la que ha fallado en su tarea de incluir a las personas con discapacidad, la solución claramente se encontrará en revertir esta tendencia y adoptar medidas destinadas a procurar una igualdad material; es decir, una igualdad de hecho en la que –a pesar de las diferencias y la diversidad entre los seres humanos– exista una nivelación en las oportunidades para poder llevar a cabo su proyecto de vida.

Es así como los/as NNyA con discapacidad se tropiezan y enfrentan a innumerables barreras en su vida cotidiana; mucho más aún a la hora de llegar a la Justicia.

Una de las primeras barreras con las que se cruzarán es con aquella relacionada a lo ARQUITECTÓNICO del lugar al que de-

ban asistir. Pensemos en un niño, niña o adolescente que arriba en su silla de ruedas. ¿La Oficina Judicial se ubica en Planta Baja? En caso de que la respuesta fuese negativa, ¿el ascensor es accesible? Es decir, ¿tiene las dimensiones necesarias para que quepa su silla? Redoblando el planteo y en caso de que la respuesta fuera positiva, ¿tiene el despacho del/a juez/a o audiencista espacio suficiente para recibirlo/a? ¿Podría esa persona trasladarse por sus propios medios? Y pensemos también en qué sucedería si la persona fuera ciega/o… ¿los corredores de las oficinas judiciales, los ascensores, baños, etc. son acordes para que se desplace sin inconvenientes? ¿Tienen los ascensores paneles en Braille? ¿Los letreros poseen el número de cada juzgado y el nombre del Juez en Braille también o, al menos, con algún tipo de sensor? La lista de interrogantes se podría extender sobremanera, pero la triste respuesta a todos –por el momento– continuará siendo negativa. No suele ser grato para ninguna persona concurrir a Tribunales; tampoco lo será para un niño, niña o adolescente y menos aún para aquellos que tengan discapacidad y solo encuentren limitaciones para poder interrelacionarse en forma correcta.

"Superada" esta barrera, casi inevitablemente aparecerán las COMUNICACIONALES, las que irán de la mano con todas las LEGALES que se puedan presentar dentro del proceso. Por tales, entendemos a aquellas que afectan la audición, el habla, la lectura o el entendimiento del/a NNyA con discapacidad.

En la versión recientemente actualizada de las reglas de Brasilia, la regla N° 58 establece que "toda persona en condición de vulnerabilidad tiene el derecho a entender y ser entendida". La regla N° 59 prescribe que "en las notificaciones y requerimientos se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad". Idéntica medida promueve la regla N° 60 cuando postula que en las resoluciones judiciales "se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico". A diferencia de las iniciativas que impulsan la clarificación general del discurso jurídico, las reglas de Brasilia postulan la necesidad de incorporar párrafos o comunicaciones especialmente dirigidas a aquellas personas en situación de vulnerabilidad que estén afectadas por las decisiones judiciales concretas.

¿Qué sucede si la víctima o imputado/a de un delito es una persona con discapacidad auditiva? ¿Cuenta nuestra Justicia hoy en día con traductores e intérpretes que puedan ser el nexo para su efectiva inclusión al proceso? ¿Se les da el espacio suficiente junto

a sus apoyos para que estas personas comprendan cada acto que se lleva a cabo?

Con ello se puede apreciar que una de las deudas que aún tiene la sociedad y el Estado es, entre otras, la formación efectiva de traductores/as e intérpretes públicos en lengua de señas argentina. Es decir, traductores/as con el debido conocimiento en las materias de derecho para poder actuar en el marco de la Justicia.

De todas formas, esto no será suficiente si los/as funcionarios/as y operadores judiciales no colaboran aportando su "granito de arena", traducido en algo tan sencillo como la adaptación de sus escritos y/o sentencias judiciales a un lenguaje menos técnico y más comprensivo (aun cuando estos puedan ser leídos por sus progenitores, apoyos, curadores, etc.), sin que ello signifique la pérdida del significado legal. Se trata simplemente de colaborar con "pequeños-grandes" actos. Un escrito en lenguaje llano que permita comprender con mayor claridad lo que se ha decidido.

> "Chicos, me llamo Mónica y soy la jueza que tuvo que ver en qué pasó con aquel hombre en el cyber (...) Ustedes (...) hicieron muy bien en contar lo que les pasó para que los grandes nos podamos enterar cuando pasas esas cosas. Y como este señor hizo algo que está muy mal, se lo llevó la policía y ahora va a tener que quedarse en la cárcel por un tiempo (...)".
>
> *(...) "Termino de escribir aquí estos renglones especialmente para vos, haciendo un resumen de una sentencia que es más larga y que puede tener algunas palabras que, por tu edad, vos no entiendas. Si cuando seas más grande querés leerla completa, podés venir a Tribunales y pedirla.*[348] *"*

Así se observa cómo un simple cambio en la redacción, en la tipografía, en el tamaño de letra, en el orden de los párrafos y en la utilización de palabras menos complejas puede actuar como una gran contribución para incluir a niños, niñas y adolescentes con discapacidad a los procesos judiciales en los cuales sean parte.

Finalmente, y casi sin dudarlo, los niños, niñas y adolescentes con discapacidad podrían enfrentarse a las barreras de DESPERSO-

348 Cámara en lo Criminal y Correccional de Segunda Nominación - Sec. 3, "Olmos, Juan Carlos p.s.a. abuso sexual, etc.", de 5 de julio de 2019.

NALIZACIÓN, siendo ellas unas de las más estigmatizantes. De por sí, en ocasiones, se parte la idea (errada) de que un niño/a –en razón de su corta edad– no puede opinar o, si lo hace, debería tomarse su opinión *"con pinzas*", ya que no "*sabe de qué habla*". Esto se agrava aún más en las situaciones de discapacidad porque se le suma, como ya hemos mencionado, el prejuicio de "*no entiende*". Todo esto deriva en la lamentable situación de que ciertos jueces/juezas, secretarios/as, asistentes sociales, entre otros operadores judiciales no interactúen directamente con la persona con discapacidad, sino que lo hagan a través del adulto que tengan a su lado, sea este su abogado/a, apoyo y/o familiar. Pensemos lo frustrante que podría llegar a ser la situación de que a cualquiera de nosotros nos quieran preguntar algo y no nos miren a los ojos ni nos dirijan el mensaje (¿cuán ignorados nos sentiríamos?) o que –estando allí– nos lo pregunten a través de otra persona. *¿Cuál sería el sentimiento* –a modo de ejemplo– si a un adolescente de dieciséis años con discapacidad lo tratasen como si tuviera cuatro? La despersonalización, incluso dentro del ámbito judicial, no solo es discriminatoria, sino que además puede derivar en experiencias corporales anómalas e incapacidad para sentir afecto por personas cercanas, miedo, rabia, entre otras.

Cierto es que eliminar cada uno de los obstáculos no es tarea sencilla, mucho menos será algo fácil o de rápida implementación. Pero lo que no debe perderse de vista jamás es que –ante una barrera– se debería automáticamente establecer un ajuste. Y de no tenerlo, crearlo. Dichos ajustes se traducen en la posibilidad de hacer accesible lo inaccesible, en modificar la forma atención de las oficinas judiciales y en los escritos, en cambiar el acceso a la información en determinados casos y en facilitar todo aquello que pueda hacer que la persona que se encuentre delante nuestro tenga su camino lo más despejado posible y pueda, de esta forma, ser parte *real* del proceso que lo/a involucre.

Más allá de las propias barreras de la Justicia, será también imprescindible formar redes que se interrelacionen entre sí, en las cuales –en la medida de lo posible– familiares, referentes afectivos y/o apoyos colaboren en tanto la ayuda que le puedan brindar al niño, niña o adolescente con discapacidad a fin de que estos tomen conciencia de su situación frente a la Justicia; hecho que ayudará a derribar –con mayor energía– las barreras que les imponen las personas y el propio Estado.

3. Conclusión

Como sociedad en su conjunto, debemos ser capaces de romper con estructuras basadas en ideas anacrónicas y fundadas en estereotipos socio-culturales formados por comportamientos que se alejan de ideas claves como el respeto, la igualdad y la no discriminación. Los prejuicios socio-culturales se conforman sobre la base de ideas erróneas y estereotipadas en relación con las personas, y terminan ocasionando graves perjuicios al desencadenar en discriminación. La tolerancia del Estado en relación con la persistencia de conductas estereotipadas y discriminatorias atenta contra la dignidad y los derechos humanos de las personas con discapacidad. Debe, sin dudas, tenderse a la erradicación de las conductas sociales y culturales que desarrollan patrones estereotipados de comportamiento, educando en derechos humanos bajo la clara idea de que cada persona es única e irrepetible, cada niño/a es único/a e irrepetible y, por ende, cada persona con discapacidad lo es también. La discapacidad no define a ese/a infante o adolescente, sino que es algo más en su vida.

Con esta idea rectora, la Justicia debe – de manera idónea (lo cual requiere una importante formación en derechos humanos de todos los/as agentes y operadores judiciales que participen) – incluir a estos sujetos, permitiéndoles ser parte de los procesos judiciales que los/as involucren directa o indirectamente. En este aspecto, es sumamente relevante destacar que *incluir no significa simplemente ingresar a los/as NNyA con discapacidad al proceso judicial, sino que –en esa tarea– se deben instrumentar además los medios o apoyos para acompañarlos/as, habilitando y realizando los ajustes razonables que cada persona requiera en particular* (no por su discapacidad únicamente, sino por sus propias características personales, las cuales variarán de sujeto en sujeto) Se trata de ser capaces de poder diseñar "un traje a la medida" de cada niño, niña o adolescente con discapacidad. Y, de dicha manera, lograr que – hasta el máximo de sus posibilidades – puedan hacer oír su voz. Algo tan sencillo como permitirles ejercer sus derechos como verdaderos protagonistas y no como simple espectadores.

4. Bibliografía

Fuentes Primarias:

Instrumentos Jurídicos:

Derecho Interno:

Código Civil y Comercial de la Nación.

Derecho Internacional:
Convención sobre los Derechos del Niño.
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
Reglas de Brasilia.

Jurisprudencia:

Derecho Interno:
CÁMARA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE SEGUNDA NOMINACIÓN, "Olmos, Juan Carlos p.s.a. abuso sexual, etc.", de 5 de julio de 2019.

Derecho Internacional:
COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General Nº 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", 27 de febrero de 2007, párr. 11.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Furlán y familiares vs. Argentina", sentencia de 31 de agosto de 2012, cons. 305.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 95.

Fuentes secundarias:

Doctrina:
Bigliardi Karina, El abogado del Niño (Buenos Aires: LA LEY, 2015), págs. 1066-1067.
Solari Néstor, Derechos de Familias (Buenos Aires: LA LEY, 2015), pág. 738.
García Alguacil, María José. «Protección jurídica de las personas con discapacidad» Colección Familia y Derecho. Editorial Reus. Madrid, 2016.

Sitios web:
Karina A. Elena Acosta, "Cuando un niño necesita un abogado", SAIJ (Junio de 2008), disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080039-elena_acosta-cuando_un_nino_necesita.htm

La Cámara Gesell y la verdadera efectivización de los derechos de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos y contravenciones

Carolina Serjai[349]

1. Introducción

Atravesado el cambio de paradigma respecto de la concepción de la infancia como sujeto de derechos –y no como objeto de tutela– comenzó el derrotero hacia la verdadera efectivización de sus derechos.[350]

Así, asume un rol fundamental la entrevista prevista en el art. 43 del Régimen Procesal Penal Juvenil[351] resaltando el derecho a ser escuchados/as y a participar del proceso que los/as involucra.

Intentaremos analizar los puntos más sobresalientes de este acto procesal: la entrevista en Cámara Gesell[352]; tendiendo a efectivizar los derechos de la persona menor de edad que es llamada a este.

Con ese objetivo se analizarán *las implicancias que la misma presenta,* cuál sería el *momento más oportuno para llevar adelante la entrevista* –sin perjuicio de lo normativamente establecido– y las verdaderas *garantías que tienen los/as niños/as víctimas o testigos*

349 Secretaria Letrada de la Asesoría Tutelar, Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2 – Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

350 Para un mayor desarrollo respecto del cambio de paradigma ver Beloff, Mary *Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular* en https://www.oijj.org/es/docs/general/un-modelo-para-armar-y-otro-para-desarmar-proteccion-integral-de- derechos-vs-derechos-e. También consultar Gil Domínguez, Andrés; Famá, María V. y Herrera, Marisa en Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes, Buenos Aires, Ediar, 2007.

351 Este trabajo hace referencia exclusiva al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin perjuicio de que en el fuero nacional como en otros ámbitos locales también se desarrollan entrevistas testimoniales a NNyA.

352 Nos referimos a la Cámara Gesell pues es como coloquielmente llamamos en el fuero a la entrevista a NNyA prevista en el art. 43 RPPJ. Sin embargo, la entrevista pordría ser tanto en una cámara gesell (es decir, dos salas contiguas unidas por un vidrio espejado), o bien en un sistema de circuito cerrado de televisión (CCTV), lo que actualmente resulta más beneficioso por sus características tecnológicas y de lejanía entre imputado y víctima o testigo.

entrevistados/as, como las medidas de protección existentes y factibles de ser implementadas.

Asimismo, se analizará la *garantía de abstención a declarar*, contenida en el art. 122 del Código Procesal Penal, el *derecho a la información* y el *derecho a ser escuchados/as* frente a la *presencia del imputado* durante la entrevista en respeto al derecho constitucional de defensa y en contraposición al interés del/la niño/a; y el peso del *onus probandi* que recae sobre los niños/as víctimas/ testigos, considerando que mayormente el/la imputado/a resulta ser su padre/ madre.

Finalmente se intentarán establecer ciertos criterios de actuación sobre la base de los elementos analizados, la casuística y la situación particular del/ la niño/a involucrado/a.[353]

2. La entrevista en Cámara Gesell

El Régimen Penal Juvenil (Ley 2451) –en adelante RPPJ– establece dentro del Título V "De las personas menores de dieciocho años víctimas o testigos de delitos", el modo en que estas son llamadas a declarar.

Así, dispone el art. 43, "Las declaraciones de personas menores de dieciocho (18) años de edad deben estar relacionadas con la investigación de delitos penales, y llevarse a cabo según el siguiente procedimiento:

a. En la etapa del debate la persona menor de dieciocho (18) años, solo será entrevistada por un/a psicólogo/a especialista en niños, niñas y/o adolescentes designado/a por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes.

b. El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor.

c. En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arribe.

d. Las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo

353 Si bien en el presente trabajo se utiliza genericamente el témino "niño" o "NNyA", este se refiere a todes les niñez que constituyen las infancias desde la actual perspectiva de género. En la actualidad aún resulta más práctico para la escritura y la lectura utilizar el lenguaje ya aprehendido, sin dejar de posicionarnos en un paradigma respetuoso de todas las infancias. Asimismo, se utiliza genericamente ïmputado" cuando dicho rol puede corresponderle a una persona de cualquier género.

de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. El tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima o testigo.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, será acompañado/a por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el/la imputado/a".

Tal como lo establece la norma citada, las niñas, niños y adolescentes (NNyA) declaran a través de un dispositivo especializado.[354]

A simple vista, la norma citada describe la entrevista y abarca todos los extremos y características de esta a ser considerados al tiempo de ser realizada. Sin embargo la práctica profesional nos lleva a detenernos en ciertos detalles a los que pretendemos echar luz en este trabajo.

Debemos tener presente que no resulta ser un acto natural o cotidiano el hecho que un NNyA deba presentarse en un ámbito judicial y relatar a una persona que desconoce hechos o aspectos que se vinculan con un momento generalmente traumático de su existencia. Y más allá de la experiencia, empatía y transferencia que pueda tener el profesional a cargo de entrevistarlo, se encuentra en un ambiente extraño, con actores que no son de su confianza y frente a un acto procesal que sin dudas tendrá consecuencias, no solo para él\ ella, sino para el imputado, quien en la mayoría de los casos resulta ser un familiar, persona conviviente o hasta incluso alguno de sus progenitores.

Y más allá de un posible efecto o consecuencia terapéutica colateral que pueda tener el acto para quien declara, el fin de la entrevista no es otro que el que se busca con una *declaración*, esto es: *conocer hecho*s, *precisarlos* y ubicar circunstancias lo más certeras posibles de tiempo, modo y lugar a fin de responsabilizar –penal o contravencionalmente– a quien ha cometido un ilícito.

La Guía de buenas prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual

354 Actualmente, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires funcionan dos lugares donde se llevan adelante entrevistas a NNyA. Uno de ellos depende del Consejo de la Magistratura, y el otro del Ministerio Público Tutelar. Ambos cuentan con CCTV y ambientes independientes para la víctima. En uno u otro lugar la entrevista es conducida por un profesional de la psicológia y monitoreada por un colega (psicólogo monitor) el que se ubica en la sala donde se encuentran presentes los operadores judiciales.

y otros delitos, de UNICEF y otros (en adelante La Guía o Guía de buenas prácticas), aclara: "La entrevista testimonial a la NNyA víctima o testigo es una entrevista investigativa forense con objetivos precisos predeterminados y que debe ser realizada con una técnica depurada que la torne válida para el sistema de justicia. Su objetivo es obtener información precisa y confiable sobre lo que ocurrió a través del relato de la NNyA, que incluya una descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar (…)".

Y agrega: "Si bien el objetivo fundamental es que la psicóloga realice la entrevista en condiciones que resguarden la salud mental de la NNyA (y esto supone que deba brindarle soporte emocional si su estado lo requiriese) esto no implica que la entrevista cumpla un fin terapéutico. Como se dijo, la entrevista tiene un objetivo investigativo (…)", sin que se deba pretender que cumpla con otro objeto.

A ello ha de añadirse que en la mayoría de los supuestos donde los imputados resultan ser progenitores o allegados, los niños no buscan otro resultado que el cese de la conducta y eventualmente tratamiento para revertirla, pero muy excepcionalmente aspiran a una condena y mucho menos cuando esta podría implicar privación de la libertad.

A su vez, resulta imprescindible considerar el efecto adverso que puede tener hacia una persona en desarrollo exponerse a dicho acto sin lograr luego ninguna consecuencia efectiva.

Pues, para un niño tener una expectativa determinada y una aspiración de justicia requiere de una respuesta acorde. Experimentar la llamada "falta de justicia" a una corta edad no haría más que reforzar la creencia de que el imputado se encuentra en condiciones de superioridad y de poder frente a su víctima, debilitando su desarrollo y su posición subjetiva, extremo que el sistema de justicia a través de sus operadores debe procurar evitar.

Juega entonces un rol fundamental el derecho a la información, el que debe ser suministrado a quien será entrevistado en Cámara Gesell.

3. El derecho a la información. Garantías o medidas de protección. Abstención de declarar

Cuando un NNyA es convocado a dar a conocer su versión de los hechos objeto de investigación, debe ser informado respecto cuáles son sus derechos y garantías como así también cuál es el objetivo de la entrevista y las posibles consecuencias del proceso.

Ahora bien, encontramos aquí un punto fundamental a ser analizado. Actores del sistema, es decir profesionales que trabajan dia-

riamente en el área, no presentan un criterio unánime con relación a este punto.

Dicho de otro modo, no todos los profesionales coinciden en que el niño llamado a Cámara Gesell debe conocer acabadamente las posibles consecuencias del proceso y las características de la entrevista.

Esto así pues consideran que explicitar a una persona menor de edad víctima o testigo el posible desenlace de un proceso penal o contravencional que sin dudas perjudica al imputado llevaría al silencio del niño.

También llevaría al silencio del niño conocer que el imputado podría escuchar la declaración –o bien la grabación de esta– por las posibles represalias que podría adoptar el imputado.[355]

Más allá de la posición propia, a fin de debatir este trascendental extremo, reseñamos lo normativamente dispuesto.

El art. 41 RPPJ, establece los derechos y garantías de los niños víctimas y testigos: "GARANTÍAS. En los procesos donde las personas menores de dieciocho (18) años de edad sean víctimas o testigos, los/as funcionarios/as judiciales y administrativos/as que intervengan deben tener en cuenta *los principios del interés superior del niño/a, todos los derechos consagrados* en la presente ley y en las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social (E/2005/20)". (Sin resaltado en el original).

En concordancia, el art. 42 inc. b) RPPJ dispone que corresponde "(…) *Informar y orientar a las personas menores de dieciocho (18) años,* a sus padres, tutores o responsables, *sobre la finalidad de las diligencias procesales, el resultado de las investigaciones, los derechos que les asisten,* así como la forma en la cual pueden ejercerlos y a ser acompañados por persona de su confianza". (El resaltado es propio)".

Las mencionadas Directrices van en concordancia a través de las previsiones contenidas en los apartados VII.- "Derechos a ser informado"-; VIII.- "Derecho a ser oído y a expresar sus opiniones y preocupaciones"; IX "Derecho a una asistencia eficaz", y XI "Derecho a ser protegidos de sufrimientos durante el proceso de justicia".

355 En varias experiencias al comunicarle al niño que el imputado podría estar en la sala junto a su defensor, o acceder a la grabación de la entrevista echa atrás su decision de relatar los hechos habiendo accedido en un primer momento. En un caso específico, el juez a cargo resolvió que el imputado no accedería a la grabación de la filmación sino hasta la etapa del juicio. Dicho proceso se resolvió con una probation, por lo que no fue necesaria la exhibición de la declaración.

El art. 29 b) expresamente indica el deber de "Proporcionarles certidumbre sobre el proceso, de manera que los niños víctimas y testigos de delitos, *tengan ideas claras de lo que cabe esperar del proceso con la mayor certeza posible* (…)". *(Sin resaltado en el original).*

A todo ello debe añadirse lo dispuesto en el art. 122 del Código Procesal Penal CABA en cuanto a la facultad de abstención.[356]

Entonces, superada la discusión respecto a que los niños son sujetos de derechos y que como tales deben efectivizar el ejercicio de estos, resulta inadmisible pretender que en el ejercicio de su derecho de participación y de ser escuchados se coarte su derecho a la información, utilizándolos como meros "reporteros de lo sucedido" y no como actores participantes; aunque ciertos profesionales consideren que ello intenta "protegerlos" o bien no condicionar su testimonio en busca de prueba suficiente para responsabilizar a quien haya podido ser el autor de un delito.

Sin embargo, ninguna persona adulta desearía ser llamada a declarar sin conocer sus derechos, como así las posibles consecuencias del proceso en el que participará.

Este punto nos lleva también a asumir el carácter excepcional, subsidiario y de último recurso que debe tener la Cámara Gesell.

Las citadas Directrices reconocen que "la participación de los niños que son víctimas y testigos de delitos en el proceso de justicia penal es necesaria para un enjuiciamiento efectivo, *en particular cuando el niño que es víctima puede ser el único testigo*" (Directrices, 8° párrafo, resaltado propio).

Asimismo, las Directrices dejan dicho que se debe "(…) limitar el número de entrevistas, y reducir todo contacto innecesario con el proceso de justicia (31.a)".

Sobresale entonces el carácter excepcional que debe tener la citación de un niño al proceso, la que debe evaluarse sobre la base de su propio interés, el cual no puede ligarse a parámetros genéricos sino que debe ser construido en cada caso concreto (§ 32 Observación General n° 14/2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, del Comité de los Derechos del niño de Naciones Unidas), debiendo ocupar un lugar preponderante "(…) d) Su edad, grado de madurez,capacidad de dis-

356 Facultad de abstención. Podrán abstenerse de testificar o dar información en contra del / la imputado/a: a) su cónyuge; b) la persona con la cual se encuentra unido/a civilmente; c) sus ascendientes, descendientes o hermanos / as, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; d) sus tutores / as, curadores / as y pupilos / as. Se deberá advertir a dichas personas sobre esa facultad, de lo que se dejará constancia.

cernimiento y demás condiciones personales (…)”, cf. art. 3 d de la Ley 26061.

Así, la entrevista en Cámara Gesell resulta un acto con carácter subsidiario y de última ratio.

Especiales esfuerzos deben hacerse con el objeto de evitar que recaiga sobre el niño el peso del *onus probandi,* y en consecuencia el resultado del proceso, máxime teniendo en cuenta que el mayor porcentaje de imputados guarda relación familiar o afectiva con el NNyA llamado a entrevista, y la carga emocional que implicaría para él/ella.

Resulta esencial que el sistema de justicia diseñe estrategias eficaces para la recolección y tratamiento de elementos de prueba sin acotar que el mérito de la prueba quede exclusivamente librado o condicionado a lo que el niño llegue a revelar en la entrevista, la cual como ya señalamos resulta ser un breve diálogo con una persona prácticamente desconocida en un contexto particular recubierto de incertidumbre y hasta por qué no de sentimientos contrapuestos.

Abonando a la característica de excepcional del acto debe añadirse la importancia que deben tener otros informes como elementos probatorios, los que suelen ser preexistentes y dispensan al NNyA de sor sometido a un nuevo relato.

Ejemplo de uno de ellos resulta ser el informe interdisciplinario elaborado por el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, organismo de protección de derechos conf. Ley 26.061, el que interviene a través de sus órganos descentralizados, es decir las defensoría zonales ubicadas en cada comuna de nuestra ciudad.

Este informe, conf. el art. 67 de la Ley 114 CABA, podrá ser tenido como prueba preconstituida, sin necesidad de exponer nuevamente al niño. Informes de profesionales tratantes, informes provenientes de los establecimientos educativos y registros de denuncias previas, también podrían incorporarse.

A su vez, de acuerdo con el criterio jurisprudencial, el testimonio de la víctima de violencia de género –la que suele ser la madre del niño– cuenta con un peso propio que no requeriría de otro elemento de prueba a los fines de acreditar el hecho que se investiga, relevando al niño de ser convocado como testigo –del hecho o de contexto.

Ahora, si la necesidad de avanzar en la entrevista es manifiesta, la posibilidad de conocer cómo se desarrolla la Cámara Gesell y cuál será el rol del niño posibilitará que este pueda solicitar las medidas de protección que entienda necesarias.

Una vez más el rol del Estado debe fortalecerse para brindarle a un niño víctima todos aquellos mecanismos que garanticen su integridad psicofísica brindándole la confianza y tranquilidad para que dé a conocer los hechos ocurridos.[357]

La Guía de buenas prácticas establece como su objetivo principal: "(…) La protección y el bienestar de la NNyA deben ser asumidos como el valor primordial a alcanzar a lo largo de todo el proceso. En consonancia, la capacitación y el trabajo de todos los funcionarios y operadores dentro del sistema de protección y el Poder Judicial con injerencia en la problemática deben estar orientados a minimizar el estrés experimentado por la NNyA, a la vez que se maximizan las oportunidades de obtener pruebas válidas, confiables y de alta calidad".

Agrega "el Estado debe garantizar a las NNyA víctimas y testigos la protección de su integridad física y moral desde el inicio hasta la finalización del proceso, promoviendo su recuperación física y psicológica y su reintegración social incluyendo servicios de asistencia y apoyo para tal efecto".

Entendemos que el camino hacia un relato riguroso y contundente, respetuoso de los derechos del niño, solo puede tener lugar sobre la base de información sólida y proveyendo medidas de protección eficaces; sin retacear información.

4. La declaración sin la presencia del imputado

En muchas ocasiones, los NNyA víctimas o testigos, al conocer las características de la Cámara Gesell e interiorizarse sobre la presencia del imputado en la sala en la que se reproduce por video la entrevista, vacilan respecto a dar testimonio por temor a las represalias que este pueda concretar.[358]

Solicitan entonces que el imputado no esté presente, toda vez que su presencia podría resultar intimidante o amenazante (conf. arts. 31 b, 34 a, 39 de las citadas directrices y 37 c CPPCABA)

357 Téngase presente que el NNyA que declara regresa a su domicilio donde suele convivir con el imputado o bien pueden continuar existiendo situaciones que lo dejen desprotejido. Por lo que deben articularse esfuerzos con el órgano de protección de derechos –Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes- a los fines de contar con la intervención necesaria de requerirse la adopción de una medida excepcional de derechos –art. 39 de la Ley 26.061- accionar que excedería al Poder Judicial. El enfoque en red y trabajo mancomunado también se encuentra establecido en la Guía de buenas prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos (art. 2 y 3).

358 En varias oportunidades NNyA han solicitado que sus rostros no puedan ser identificados por el imputado, especialmente en casos donde víctima e imputado no guardan relación preexistente, mecanismo con el cuál aún no se cuenta en la CABA.

Ello sin dudas atentaría contra la calidad de su declaración, posibilidad que debe intentar evitarse.

En cuanto al derecho de defensa del imputado –el que no desconocemos que cuenta con raigambre constitucional, al igual que los derechos del NNyA en tanto han sido incorporados a la Constitución Nacional a través del art. 75 inc. 22– se encontraría garantizado con la participación de su defensor/a, pudiendo el imputado aguardar en sala contigua para transmitirle a su letrado/a cualquier precisión que considere.

Sin embargo, una vez más no existe unanimidad entre los profesionales actuantes, debiéndose discutir cotidianamente, inclusive en la antesala de la audiencia o como cuestión preliminar al inicio del acto procesal previsto en el art. 43 RPPJ. Una vez más, la normativa ilumina esta controversia.

El punto XII. Derecho a la seguridad de la Directrices, en su art. 32 determina: "Cuando la seguridad de un niño víctima o testigo de un delito pueda estar en peligro, deberán adoptarse las medidas apropiadas para exigir que se comunique ese riesgo a las autoridades competentes y para proteger al niño de ese riesgo antes y después del proceso de justicia y durante él".

Concretamente, disponen también: "(…) de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal *sin que los vea el presunto autor del delito* (…)" (art. 31.b., el resaltado es propio).

Aclaramos que la frase resaltada incluye a nuestro entender la vista del niño a través de medios tecnológicos o de un cristal.

En concordancia, Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos del año 2017, siendo la legislación más reciente, especifica en su art. 10: "Las autoridades adoptarán todas las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del proceso, concentrando las intervenciones de la víctima en la menor cantidad de actos posibles, evitando convocatorias recurrentes y contactos innecesarios con el imputado (…) c) La víctima podrá prestar testimonio en la audiencia de juicio, *sin la presencia del imputado* o del público". (Sin resaltado en el original).

La Guía sobre buenas prácticas al precisar qué actores deben estar presentes durante la entrevista deja dicho que la presencia del imputado "(…) no debe ser permitida en el recinto durante la entrevista de declaración testimonial, ya que su defensa está asegurada a partir de la asistencia de su abogado defensor. Sin embargo, sí puede estar presente durante la instancia de juicio oral, cuando se repro-

duce el video de la declaración testimonial, ya que la NNyA no está presente en ese acto".

Sin dudas la legislación y demás elementos doctrinarios resultan claros. No obstante, hay quienes continúan argumentando en contra basados en la existencia de una colisión de interese entre el derecho del niño y del imputado.

En respuesta a dicho argumento debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a que: "la atención principal al *interés superior del niño* apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, *frente a un presunto interés del adulto…se prioriza el del niño*". (CSJN 12/06/2012, "N.N o U, V.s/ Protección y guarda de personas", con resaltado propio).

Cabe agregar que el progenitor que acompaña al niño también debe mantenerse al margen de la entrevista. Su función debe ser de acompañamiento y contención y no de persecución penal, pues sus propios intereses podrían condicionar el relato del niño.

Esta posición es sostenida por la Guía de buenas prácticas toda vez que recomienda, según le experiencia relevada, "(…) que los padres o adultos de referencia no estén presentes ni siquiera en la sala de observación, ya que su presencia en esa sala también puede llegar a condicionar a la NNyA en su relato".

Desde este entendimiento, aspiramos a superar esta discusión, priorizando los derechos de la víctima quien llegará a la entrevista en Cámara Gesell con la información necesaria y sus garantías efectivizadas, gozando de todos los recaudos para que su declaración sea libre y genuina.

5. El momento de la entrevista y la edad de los niños entrevistados

Desde siempre se ha intentado establecer un criterio preciso respecto de la edad en que un NNyA puede ser entrevistado.

Se ha dicho en infinidad de trabajos de docrita e inclusive en piezas jurisprudenciales, como así también en elementos normativos, y apelando al aporte interdisciplinario, que el NNyA será escuchado y se tendrá en cuenta su opinión de acuerdo con *su edad*, *grado de madurez y posibilidad de formarse un juicio propio.*

También se ha acordado que a un niño se lo puede escuchar a través de diferentes lenguajes y no solo a través de la palabra, apostándose a técnicas de dibujos, lenguajes gestuales y corporales y actividades lúdicas que permitan descifrar un hecho o situación por el que tuvo que atravesar.

Desde luego que un adolescente cuenta con más herramientas que un niño de corta edad no solo para expresarse y dialogar, sino para tomar la decisión respecto a su voluntad de relatar una situación que lo ha tenido como víctima o testigo evaluando a la vez las consecuencias del proceso.

A su vez, las distintas etapas evolutivas de la infancia colocan al NNyA en una posición diferente respecto del adulto que podría resultar su agresor, aspecto que también debe ser considerado al momento de evaluar la pertinencia de llevar adelante una entrevista de estas características.

Por otro lado, cada NNyA transita ciertas situaciones que determinan posicionamientos subjetivos diferentes y con ello la posibilidad de exteriorizar o no lo vivenciado.

Entonces, consideramos que cuando un niño cuenta con recursos para expresarse en *una sola entrevista*, pues la posibilidad de expresarse existe siempre e inclusive a través de informes de otras áreas que trabajan con el niño como dejamos dicho, la evaluación sobre su participación en este tipo de actos procesales debe centrarse en las características específicas del caso y de su posición como sujeto, observando especialmente su entorno de contención; no siendo la edad el elemento determinante o el principal a tener en cuenta. Si el NNyA tiene posibilidad de formar su propio juicio, comprender las consecuencias del proceso y expresarse en dicho sentido, solo restará que ejerza su derecho a ser escuchado respecto a su voluntad de participar en la entrevista contenida en el art. 43 RPPJ y en definitiva en el proceso, siempre tras haber efectivizado sus derechos a la información.[359]

Inmediatamente se deberá ponderar si el supuesto agresor tiene vínculo afectivo con el niño, si son convivientes o si luego de la Cámara Gesell el NNyA deberá continuar respetando un régimen de comunicación que implique estar a solas con el imputado[360], y

359 La voluntad de participación debe ser del NNyA y no del denunciante. Logicamente que la opinion del adulto referente será un element más a considerer pero la participación se determina por la voluntad de la persona menor de edad.

360 Nótese que en varias oportunidades los NNyA entrevistados luego de la entrevista deben continuar cumpliendo el regimen de comunicación con el progenitor

especialmente si cuenta con otro adulto referente que lo acompañe en el proceso. Todo esto, sumado a los lineamientos que ya hemos visto en párrafos precedentes, haciendo especial hincapié en la necesidad de no revictimizarlos y de efectivizar medidas de protección pertinentes.

Otro extremo que ha venido a determinar el mismo texto de la ley se refiere al momento del proceso en que se debe llevar adelante la entrevista.

El art. 43 RPPJ al regular las declaraciones de personas menores de 18 años de edad relacionadas con la investigación de delitos, establece específicamente la etapa del juicio como la oportunidad en que deben realizarse.[361]

Dicha regla experimenta excepciones en la práctica cotidiana especialmente cuando existen razones fundadas que hacen al propio interés del niño o bien cuando no se cuenta con otro elemento de prueba para avanzar en el proceso.

La Guía de buenas prácticas aclara: "(...) es muy importante que la entrevista testimonial se realice a la mayor brevedad posible. Esto es fundamental para evitar el deterioro sobre el recuerdo que tiene el paso del tiempo y porque además esto ayuda a minimizar las influencias postevento (entorno familiar, medios de difusión, etc.), lo cual funciona como una medida de protección de la NNyA pero también como una importante garantía para el imputado. También, en muchos casos, puede ser importante para poder tomar medidas preventivas o vinculadas con la recolección de pruebas que aún no hayan sido tomadas".

Las Directrices disponen el *principio de celeridad* estableciendo que las investigaciones de delitos y los juicios donde existan NNyA víctimas deben realizarse tan pronto como sea posible (art. 30.c), exceptuándose este mandato únicamente cuando responda al interés del NNyA.

Nótese que la experiencia profesional deja ver la posibilidad de finalizar el proceso penal con una medida alternativa de solución sin llegar a la realización del juicio; por lo que frente a ello exponer a la víctima a un contacto con el sistema de justicia iría en desmedro de su interés.

Ambos extremos, *edad* y *momento* de la entrevista, deben ser construidos y evaluados en cada caso concreto y solamente la casuís-

---

imputado si es que no existe medida cautelar o de protección de derechos que anule el contacto hasta tanto finalice el proceso.

361 Conf. art. 43, inc. a, RPPJ.

tica –basados en aportes doctrinarios y jurisprudenciales como de la interdisciplina– nos permite sentar criterios estandarizados.

6. A modo de conclusión, estableciendo posibles estándares

Hemos intentado analizar y problematizar la participación de NNyA en el proceso al momento de ser llamados a dar a conocer su versión sobre el hecho objeto de pesquisa, privilegiando la efectivización de sus derechos.

Así podríamos comenzar a estandarizar criterios que permitan a los operadores del sistema llevar adelante una labor respetuosa de los derechos de la infancia.

Repasamos entonces la necesidad de que el sistema de justicia cuente con herramientas para recabar prueba más allá del testimonio del NNyA. Que su derecho a ser escuchado sea ejercido con todas las garantías del proceso, contando con medidas efectivas de protección y con la información necesaria.

La Cámara Giselle debe ser sin dudas un mecanismo excepcional puesto al servicio de la efectivizarían de los derechos de la persona menor de edad víctima o testigo y no, por el contrario, al servicio del proceso y en desmedro de los derechos de quien es entrevistado.

No es inocuo para una persona menor de edad presentarse en los estrados judiciales, por más amena que intentamos proponer la entrevista y más pintoresca que pueda ser la sala acondicionada a tal fin.

El NNyA ha vivido una o varias situaciones desagradables, muchas veces ha naturalizado la violencia o inclusive continúa conviviendo en el mismo ambiente sin que hayan cesado los hechos que motivaron la denuncia. Generalmente tiene una relación de afecto con el imputado y las consecuencias del proceso pueden llevar una alta carga emocional para él e inclusive para el resto de su grupo familiar.

A su vez, la falta de respuesta esperada por el sistema de justicia puede ocasionar el descreimiento del límite de la potestad del Estado y con ello reforzar la posición de poder del imputado, debilitando el desarrollo subjetivo del NNyA.

Por lo tanto, involucrar a una persona menor de edad en el proceso de justicia debe suponer el máximo del respeto de todos sus derechos.

Retomando lo dicho en el apartado anterior, y a fin de estandarizar criterios de participación, al momento de evaluar la pertinencia de llevar a un NNyA a Cámara Gesell se deberá determinar: 1. La capacidad para expresarse y formar un juicio propio lo que permitirá el

ejercicio genuino de su derechos a ser escuchado; 2. que el contacto con el sistema de justicia no sea revictimizante de modo tal que determine la inconveniencia para realizar la entrevista; 3. La existencia de adulto referente y continente que acompañe el proceso en todas sus instancias a la vez que sea capaz de proporcionarle un ambiente seguro en su vida cotidiana; y 4. La necesidad de efectivizar medidas de protección.

Desde ya que el orden podrá variar en función de las edades y realidades de los NNyA, pero la pauta determinante será el respeto a la efectivización de sus derechos reconociéndolos sin más como sujetos.

Mediación familiar con presencia de niños y niñas. Un análisis de modelos

Caterine Valdebenito Larenas[362]

La temática que aborda esta presentación se encuentra en el centro del estudio que estoy realizando en este período, mirando a mi tesis doctoral en esta casa de estudios. Y que está centrado en la manera en que los modelos de la mediación aplicados a los temas de justicia de familia han tomado las directrices de la doctrina de protección integral de la infancia para potenciar la figura del niño y niña como sujeto de derechos.

Creo necesario partir este punto, mostrando algunas nociones provenientes del derecho de familia como son la parentalidad activa, la autonomía de la familia ante el Estado, la importancia del vínculo familiar para el desarrollo de los niños y niñas, que son recogidos e implementados en el sistema de la mediación familiar como veremos a continuación.

1. Concepto de mediación familiar

Para definir el alcance de la metodología de la mediación familiar, comenzaré con la propuesta de la jurista Gladys Álvarez,[363] que señala que la mediación se consiste en un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable.

Por su parte, Moore[364] se refiere a la mediación como la intervención en una disputa o negociación de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de poder autorizado de decisión para

362 Trabajadora Social. Magister en Gestión Colaborativa de Conflictos y Master en Estudios Avanzados de Mediación y Negociación. Estudiante de los cursos avanzados para el Doctorado en Derecho de la UBA. Docente de las Universidades Católica del Maule y Santo Tomas en Chile.

363 Álvarez, Stella Gladys. (2003). *La Mediación y el acceso a Justicia,* Rosario, Rubinzal-Culzoni, pág. 97.

364 Moore, Christopher. (2006). *El proceso de .mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Gránica, pág. 44.

ayudar a las partes en disputa a alcanzar su propio arreglo mutuamente aceptable.

Complementando estas definiciones, Sparvieri[365] refiriéndose especialmente a la mediación familiar, enfatiza en las características no adversariales del procedimiento, que se centra en la búsqueda de los intereses de las personas involucradas y, que permiten orientar la búsqueda de la futura relación y el acuerdo, considerando a la base la permanencia de los vínculos de los distintos sistemas de la familia. Y que, de no existir estas bases, la mediación no es posible.

El Consejo Consultivo de Francia, ha convenido en definir a la mediación como un proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, para facilitar a través de entrevistas confidenciales, la reanudación de la comunicación entre las partes y la autogestión del conflicto dentro del ámbito privado familiar, teniendo en consideración la peculiaridad de las situaciones, su diversidad y la evolución de las relaciones familiares.[366]

Todas estas definiciones, coinciden en señalar ciertas premisas constitutivas del proceso de la mediación familiar, como la presencia de un/a tercero/a imparcial, llamado mediador/a que no tiene la capacidad de tomar decisiones, sino que su labor se orienta a la creación y facilitación de nuevas pautas comunicacionales entre las partes que viven un conflicto, con el fin que puedan buscar distintas soluciones a la disputa que presentan, en un ambiente resguardado y confidencial que genere espacios de dialogo que las personas no han podido desarrollar por sí solas.

2. Orientación de la mediación familiar

De acuerdo con lo señalado, parece estar meridianamente claro que la incorporación de la mediación como mecanismo de gestión de los conflictos en los temas de justicia de familia, tiene una directa vinculación con el componente relacional y comunicacional que disponen los conflictos de los grupos sociales que mantienen relaciones permanentes y periódicas en el tiempo.

---

365 Sparvieri, Elena. (1997). *El divorcio. Conflicto y comunicación en el marco de la mediación,* Buenos Aires, Biblos, pág. 68.

366 Corresponde a la traducción libre de Pascual Ortuño Muñoz que se encuentra recogida en el libro *Mediación familiar.* Pillado E y Fariña F (ed.) Tirant lo Blanch, 2015.

La existencia de las redes vinculares afectadas por los conflictos de las más diversas índoles que enfrentan las familias y los diferentes subsistemas que la componen, se ven afectadas en la calidad y cantidad por los juegos de poder en pugna, donde por ejemplo el conflicto de lealtades, la pugna para el ejercicio de ciertos roles, la disposición de los bienes económicos, el acceso a determinados integrantes del grupo familiar[367] (Bolaños, generando con ello, los escenarios conflictivos transaccionales que afectan la adecuada actuación de los/las diferentes integrantes del grupo cuestionado.

En este sentido, la complejidad de la intervención que puede brindar la mediación familiar como dispositivo jurídico-psico-social, es más integrada a la realidad específica del grupo familiar considerando sus componentes personales, relacionales, sociales y del contexto cultural en que se desenvuelven.

Como ámbito de atención, construye un espacio intermedio entre el mundo privado y el espacio judicial[368], que permite que las personas involucradas en el conflicto puedan abordarlo de forma acompañada por el/la mediador/a manteniendo control sobre el poder de participación en la gestión de la situación, así como sobre la toma de decisiones que marcarán la ruta de continuidad o de término de la disputa.

Hay coincidencia entre los autores ya mencionados que lo que determina que una familia pueda acceder a mediación va a estar dado por la manera en que se gestionó la separación o el divorcio, el estilo de relaciones conyugal, la forma de comunicación del grupo familiar y la intensidad emocional asociada al conflicto. A ello, la experiencia de atención práctica de mediación[369], permite señalar la necesidad de sumar los factores de tiempo transcurrido desde la separación física y las edades de los integrantes de la pareja conyugal.

Avanzando en ello, debemos agregar que el estudio de familias inmersas en procesos de separación o de divorcio, nos muestra que las posturas antagónicas que muestran los padres entre sí tienen efectos nocivos claros en la relación que establecen con los hijos e hijas, existiendo mayores alteraciones a la dinámica relacional previa.[370]

---

367 Bolaños Cartujo, Ignacio. (2008) *Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas.* Madrid, Reus, pág. 26.

368 Bolaños Cartujo. *Ibidem,* pág. 32.

369 Valdebenito, C. y Donoso, M. (2018) *Modelos y herramientas de la mediación familiar,* Mauritania, Editorial Académica Española.

370 Hinojal. S. (2005). *Los menores ante la mediación. Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial.* San Sebastián: CENDOJ.

La separación del núcleo familiar siempre es dolorosa y plantea el fantasma de la pérdida de relaciones afectivas y de seguridad para sus integrantes, adultos, niños y niñas. Y estos últimos, tienden a reaccionar con sentimientos ambivalentes hacia sus padres; por un lado, fuertes sentimientos de rabia e impotencia ante el adulto que abandona el hogar común y en paralelo el desarrollo de apegos intensos para el adulto que se queda[371] buscando la protección y afecto que sienten pérdida.

Ante ello, la propuesta de la instalación de la mediación para la atención de los conflictos que acompañan la separación o divorcio de la pareja que tiene directa relación con los hijos e hijas, como son la tenencia o guarda, régimen comunicacional, pago de alimentos, manejo de pautas de crianza, ejercicio de roles parentales, parece adecuada en la perspectiva de su utilización dentro del sistema judicial de resolución de conflictos.[372]

Finalmente es adecuado señalar que la mediación no suple al sistema judicial, a los jueces o los diferentes operadores jurídicos que lo integran, siendo un mecanismo compatible que debe formar parte de la estructura de procedimientos judiciales destinados al abordaje y tratamiento humanizador de los conflictos que atraviesan las familias en proceso de separación y que afectan todos/as sus integrantes, y en especial a los niños y niñas.

3. Modelo de Mediación con familias que tienen hijos e hijas

El conocido jurista argentino, Eduardo José Cárdenas[373], se desempeñó por largos años como juez en asuntos de familia, y desde su experiencia plantea la importancia de la mediación para la resolución de los conflictos existentes en la separación y/o divorcio de la pareja y el cuidado de los hijos e hijas del matrimonio, poniendo el énfasis en la relación de continuidad, aun cuando no vivan juntos.

371 Bolaños Cartujo. *Ibidem,* pág. 53.

372 Ortuño Muñoz, P. (2015) "La mediación como medio de solución de conflictos" en Pillado, E y Fariña, F. (ed.) *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos vistos desde la justicia terapéutica,* Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 30.

373 Cárdenas, J.P. (1998) *La mediación en conflictos familiares,* Buenos Aires, Luhmen, pág. 13.

3.1. Bases del modelo de Cárdenas

Cárdenas sustenta su modelo en la premisa del protagonismo de las partes o intervinientes.[374] Siendo la mediación un escenario construido para promover cambios en la organización de la familia, que desequilibra el ejercicio del poder y corrige la forma de la toma de decisiones, enfocando la cualidad colaborativa para resolver el conflicto.

Como contraparte, la figura del/la profesional mediador/a, asume una figura de director/a de la reunión, que debe organizar el proceso de atención y al mismo tiempo procurar los espacios de participación para todos y todas los/las asistentes, sin suplir a alguno/a. Lo que implica que el/la profesional, pasa a ser un/a integrante más del circuito de atención, con un rol claro de facilitador, pero dentro del proceso de atención al mismo tiempo.

Un ejemplo de ello es que potencia que sean los y las asistentes los que definan consensuadamente los contenidos por los cuales se iniciaría el proceso de mediación, apuntando con ello a un término de proceso que sea duradero y confiable.

Coloca un espacio de trabajo dispuesto en torno a los momentos de generación de confianza, apertura del conflicto, abordaje del problema, búsqueda de soluciones y el acuerdo.

3.2. Niños y niñas dentro del proceso de mediación

Eduardo Cárdenas explicita que en temas que se refieren a aspectos de manutención no es adecuado la presencia física de los hijos e hijas y que se encuentran suficiente y adecuadamente representados por los adultos responsables y que la manera de tenerlos presente se debe realizar de forma simbólica: por fotos y representaciones psicológicas a cargo de los padres. Poniendo hincapié en que son finalmente los adultos quienes tienen la tarea y responsabilidad de brindar alimentos a sus hijos e hijas al tiempo que evitar su parentalización.

El autor construye un apartado especial para evaluar la necesidad de la figura de los niños y niñas en los procesos de mediación[375], poniendo el foco de su participación en dos temáticas específicas que les atañen directamente: la guarda y la relación con el padre/madre con quién no vive.

---

374 Cárdenas, J.P. *Ibidem*, pág. 65.

375 Cárdenas, J. P. *Ibidem*, pág. 134.

Las razones de ello, son de tipo psicosocial enmarcadas dentro del principio de coparentalidad que propugna el derecho de familia y la doctrina de protección integral de la infancia, que muestran la importancia de comprender a la familia de padres separados, como una familia binuclear, es decir una sistema extendido con dos casas; una casa de la madre y una casa del padre; con espacios subjetivos y legales abiertos que permitan la construcción de otras familias en su interior.

La manera de avanzar en este escenario desde las palabras de Cárdenas es la actuación desde la contracultura; esto es abrir instancias de dialogo que permitan revisar los parámetros que se da por sentado en la cultura familiar clásica y que hace que se parta de supuestos que ponen roles estandarizados a hombres y mujeres[376], siendo un claro ejemplo que se supone que son las mujeres quienes se quedan naturalmente al cuidado de los hijos e hijas.

Desde este modelo, la revisión de dichos acuerdos sociales se postula como un necesario punto de partida para la instalación de la cultura de comunicación en todos los temas que tienen que ver con los hijos e hijas, de modo de hacer efectiva la coparentalidad. Asimismo, que se trabaje sobre el acuerdo que las decisiones son evaluables y cambiables conforme sea necesario para el grupo familiar binuclear, privilegiando la figura de la dupla paterna en la toma de decisiones.

La presencia de los niños y niñas dentro del proceso de mediación en temas de familia, para Cárdenas presenta aspectos positivos y negativos[377]. Desde los aspectos de riesgo que es posible identificar, señala que puede involucrar a los hijos e hijas en el conflicto más de lo que ya están, puede oficializar que tomen partido por algún bando familiar, puede permitir que hablen por otra persona (padre o madre), puede que a un/a progenitor/a no le guste lo que diga y/o no se sienta querido/a por el hijo/a y que se retire de la audiencia frustrando la mediación, poniendo un cierto énfasis en los efectos que su presencia tendría en la participación de los padres.

Desde los aspectos positivos, comienza señalando que ello permite dar cumplimiento cabal a la CDN en lo relativo al derecho del/la niño/a de ser informado/a y ser oído/a en los asuntos que les atañen directamente, personaliza al/la hijo/a en la audiencia, permite que sea oído/a directamente por los padres de modo de presentar sus necesidades a los progenitores, permite a los padres conocer la ima-

376 Cárdenas, J. P. *Ibidem*, pág. 140.

377 Cárdenas, J. P. *Ibidem*. pág. 144-145.

gen que el/la hijo/hija tiene de ellos, aporta en cerrar el dialogo del sistema familiar y puede añadir novedad de información al proceso de mediación. Encontrándose el foco del análisis centrado en los resultados de visibilizar a los hijos e hijas ante el sistema parental para apoyar la toma de decisiones.

De modo de potencial los aportes y cuidar los riesgos identificados, propone una participación de los hijos e hijas de forma opcional y ordenada en el proceso de mediación familiar, siempre en los temas de guarda y relación directa y regular.

Al referirse al criterio de Opcional, Cárdenas lo define como la decisión que tienen los padres de traer o no al/ hijo/a a la audiencia de mediación. Coloca como criterio básico que son los dos padres quienes deben pensar que es adecuada y propicien la participación de los/las hijos/s, y que si uno/a de ellos/as no está de acuerdo no se produce la concurrencia. Junto a ello, la claridad que la presencia de los/as hijos/as no está asociada al interés personal de uno de los padres, sino al convencimiento de los adres y del/a mediador/a que su participación es considerada útil para potenciar el desarrollo de la mediación familiar. Curiosamente, no aparece explícito en el planteamiento el autor la posibilidad que sean los hijos/as quienes pidan a los padres y/o al/la mediador/a participar en la mediación para poner en discusión temas de su interés.

El segundo criterio señalado por el jurista Cárdenas se refiere a Ordenada.[378] Siendo la participación ordenada aquella que habiendo sido acordada de realizar por los padres y el/la profesional, se construye un encuadre claro y especifico que organiza la presencia de los niños y niñas.

Dicho encuadre considera que el/la mediador/a esta capacitada para entrevistar a los hijos/as; hay claridad del objetivo que los padres y/o el/la mediador/a busca alcanzar con su participación y las características dela dialogo a desarrollar, se ha definido el tipo de participación de los hijos/as conforme su nivel de desarrollo emocional y edad; la necesidad de sostener reuniones individuales o conjuntas si hay varios hijos/as de diferentes sexos y/o edades, la necesidad de que los padres estén o no presentes y el diseño de los roles de los adultos que estén presentes en la sesión, definir cuál es el lugar físico y tiempo para realizar la intervención y otros elementos que sean necesarios de considerar de acuerdo con cada caso en particular.

Dentro de este diseño de participación de los niños y niñas en el proceso de mediación, Cárdenas anticipa ciertos aspectos que creo

378 Cárdenas, J. P. *Ibidem*, pág. 146-147.

necesario detallar para una mejor comprensión del enfoque que subyace a este modelo. Señala que la presencia de los niños y niñas debe estar alineada con el objetivo de poner a los padres en la situación de conducir acordadamente a la familia. Y por ello su participación será para recibir información acerca del proceso y al mismo tiempo recoger su opinión sobre tópicos específicos sin poder de decisión sobre ellos.

También debe estar presente en el relato del/la mediador/a el refuerzo a las figuras parentales, especialmente en la transmisión a los/las hijos/hijas de que los padres lo quieren mucho, que no tienen responsabilidad alguna en el proceso de separación en curso y con ello transmitir certezas que las decisiones que los padres puedan tomar se orientan a proporcionar las mejores condiciones para el grupo familiar que se encuentra en proceso de cambio.

También se espera que el/la profesional pueda apoyar a reestablecer el equilibrio de las relaciones de los/las hijos/as evitando y/o despejando comentarios de coaliciones de hijos/hijas con alguno de los padres, poniendo el foco en las necesidades e intereses propios de los niños y niñas como instancia de participación efectiva y no de representación de terceros/as.

Cárdenas propone que se finalice la presencia de los niños y niñas en la mediación, con la construcción de espacio ampliado de los padres e hijos/hijas donde el/la profesional y los padres puedan acoger a los menores, felicitarlos por su participación y poner en conocimiento de todos y todas los puntos principales del dialogo realizado para evitar dobles discursos o fallidas interpretaciones, relevando con énfasis la mirada de futuro de la mediación.

Dentro de este modelo, parece surgir dos conceptos que no están explicitados y que son flexibilidad en el abordaje de cada situación, respetando el enfoque casuístico de la gestión colaborativa de conflictos, y también la noción de tiempo, entendida en los diferentes ritmos de conocimiento, necesidad de acoger los sentimientos y emociones producto de los cambios, la capacidad de elaborar propuestas y la diferencia en la toma de decisiones que pueden presentar las diferentes personas y en relación con los roles que desempeñan dentro del grupo familiar.

Finalmente, este modelo, abre la posibilidad de apoyar el trabajo del/la mediador/a, poniendo u/a co-mediador/a, ojala de diferente sexo y/ edad que pueda aportar en el manejo de los niveles de conflicto en tratamiento, que no pierde de vista que el producto final, más allá de los acuerdos que puedan ser alcanzados, está en que los

padres siempre deben ganar para realizar la conducción del grupo familiar binuclear.

Donde la presencia de los niños y niñas presentaría la condición de opcional y ordenada, conforme los criterios que dispongan los padres en primer lugar, y el/la mediador/a en segundo lugar, siendo la representación simbólica que posean los adultos participantes el criterio de definición al respecto, en coherencia con la tradicional mirada de protección que presenta el derecho de familia mayoritariamente vigente. Y que afecta de manera directa el cumplimiento del derecho de ser oído y de participación de los menores de edad, ya que limita su ejercicio en aras de la citada protección.

4. Modelo sistémico de Parkinson

Dentro de la mediación familiar, ha sido la autora Lisa Parkinson, quién acuñó el concepto de modelo ecosistémico de la mediación, considerando como foco el sujeto "familia". Señala que todos los integrantes de un grupo familiar son incluidos de manera directa o indirecta, ya que todos son importantes en un sistema de decisión participativa, en que principalmente los padres y madres[379], están buscando obtener acuerdos en los temas de la crisis familiar y que generan consecuencias de diversa índole en la familia, particularmente en los hijos e hijas como un todo interrelacionado.

4.1. Bases del modelo

La característica principal de este modelo se encuentra en la mirada compleja que desarrolla para iniciar, realizar y concluir la intervención con familias que tienen hijos e hijas y que están afrontando un quiebre del grupo familiar, que le permite realizar un mapeo de las distintas variables que están influyendo en la situación, para buscar vías sustentables de resolución.

Ello recoge lo que Saposnek[380] investigó sobre las dinámicas interactivas complejas en que se encuentran las disputas familiares que afectan a los hijos e hijas, donde los comportamientos de estos pueden apoyar y/o bloquear acuerdos de los padres, ya que los afectan de forma diferenciada.

379 Parkinson, L. (2005). *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas,* Barcelona, Gedisa.

380 Saposnek, D. (1983). Mediating Child CUstody Disputes: A Sistematic Guide for Familys Therapists, Cour Conselors, Attorneys and Judges. San Francisco: Jossey Buss Publishers.

Por ello, es que Parkinson, siguiendo a Berube y Lambert[381], han optado por el enfoque sistémico, que analiza a la familia como un todo, lo que aporta en la visibilización de todos sus integrantes, las relaciones entre estos, los recursos disponibles, y en particular, las alianzas existentes.

Esto cobra especial relevancia cuando se trata de familia que están afrontando las separaciones y/o divorcios y están los temas referidos al cuidado de los hijos e hijas, materia de suyo compleja en una familia estable que debe lidiar con las tensiones del mundo laboral, social y familiar, y que recrudecen con especial fuerza en los procesos de ruptura.

4.2. Niños y niñas en mediación familiar ecosistémica

Estimo adecuado comenzar este punto, recordando que las separaciones y/o divorcios, se produce el fenómeno que uno de los padres, mayoritariamente el hombre, se va del hogar común, lo que es vivenciado por los hijos e hijas como una pérdida que no siempre es explicada y/o comprendida en su totalidad, lo que conlleva sentimientos de pérdida, estrés emocional y ansiedad que puede tomar diversas manifestaciones conforme los recursos y expresiones propias de cada niño o niña. Sin embargo, y siguiendo a Parkinson, pareciera ser que lo que mayormente afecta a los hijos e hijas, es la manera en que los padres manejan la situación y la forma en que les explican los cambios que se están produciendo o se producirán.[382]

Ello sucede por la estresante situación emocional en que se encuentran las y los adultos, la escasa información acerca de cómo se continuará la vida familiar y la relación con los hijos e hijas. Asimismo, dicha situación, dificulta las vías de comunicación en el subsistema conyugal, así como en el parento-filial. Pudiendo aparecer un conjunto de conductas desadaptativas en los niños y niñas, bajo la forma de regresiones, arrebatos de ira, descenso en el rendimiento escolar por citar que corresponden a manifestaciones de pena y ansiedad experimentadas

O, por el contrario, los niños y niñas, asumiendo la responsabilidad del quiebre, desarrollan conductas destinadas a resolver el conflicto entre los padres, conforme la información parcializada que disponen y/o los roles que le son asignados por sus padres.

---

381 Berube, L. y Lambert, D. (2000). *La mediazone familiale. Etape par etape,* Quebec, CCHLTEE.

382 Parkinson, L. *Ibidem*, pág. 171.

Parkinson esquematiza en una tabla que presentamos a continuación, cuáles son las principales manifestaciones observadas en los niños y niñas, y propone tareas al mediador/a para su abordaje.

Papel del niño/a	Papel del mediador/a
Mensajero/ intermediario/a	Apoya a que los padres hablen directamente entre sí, en vez de hacerlo mediante los hijos/as.
Reconciliador/a. Trata de volver a unir a los padres.	Facilita que los padres se pongan de acuerdo sobre lo que es necesario explicar, les ayuda a discutir sobre como tranquilizar a los hijos/as.
Pacificador/a. Le dice a cada padre y madre, lo que cree quieren oír	Auxilia a los padres a resolver los conflictos.
Aliado reclutado por un padre/madre para obtener apoyo	Ayuda a que los padres puedan llegar a acuerdos y resuelvan sus conflictos para liberar a los hijos/as.
Sujeto que toma las decisiones	Ayuda a los padres a asumir la responsabilidad respecto de las decisiones difíciles.
Víctima propiciatoria (teme ser abandonado por ambos padres)	Ayuda a los padres a darle certeza a los hijos/as y a acordar los límites necesarios, definir reglas etc.
Confidente	Auxilia a los padres en la reflexión sobre cómo evitar cargar al niño/a.
Compañero/a sustituto/a (reemplazando al cónyuge que se marchó)	Ayuda a los padres a sentirse más seguros para que dependan menos del niño/a.
Cuidador/a sustituto/a (cuidando al cónyuge y/o hermanos menores)	Contribuye a reforzar la seguridad de los padres y ayuda a entender las necesidades del niño/a.
Juez/a (incitado a culpar a un progenitor/a)	Discute con los padres como ayudar a que los niños y niñas comprendan sin condenar a ninguno de sus padres.
Fugitivo/a (escapa de casa, conductas de riesgo)	Habla con los padres sobre los riesgos y preocupaciones. Busca una mayor implicación parental.
En duelo por la familia pérdida (Muestra el dolor que los padres están reprimiendo)	Ayuda a los padres a reconocer y a compartir la tristeza además del enojo.

Fuente: Lisa Parkinson. 2005.

Las situaciones descritas en la tabla anterior, nos muestra de forma concreta y reconocible, diversas manifestaciones que presentan los niños y niñas en los procesos de ruptura familiar, y al mismo tiempo, pautea un conjunto de tareas a ser ejecutadas por el/la me-

diador/a que se ocupa del caso, destinadas a reorientar el rol de los padres en la gestión de la crisis de separación.

Considerando el enfoque ecosistémico, los padres deben de tener presente que, así como ellos presentan tareas y quiebres en esta etapa, los hijos e hijas también los presentan, y que siguiendo a Wallestein se pueden agrupar en: las ideas de la importancia de reconocer la ruptura de la relación de sus padres para así desligarse del conflicto y de angustia parental y poder retomar sus propias actividades y rutinas[383]; asumir la pérdida y el duelo del cambio de estado de familia y aceptar la separación/divorcio como estado permanente y avanzar en concebir esperanzas realistas sobre relaciones dignas de confianza.

En el mismo sentido, es tarea del profesional, presentar de forma explícita a los padres, las necesidades y requerimientos de los hijos e hijas de forma que puedan ser incorporadas de forma efectiva en el reencuadre global de la situación, siendo las más relevantes el poder proveer la información que les permita comprender lo que sucede, en un lenguaje y complejidad acorde a su edad y desarrollo evolutivo, de modo de confiar en la seguridad de la continuidad del amor y cuidado de sus padres y otras personas significativas de forma incondicional, así como la seguridad de su falta de responsabilidad en la ruptura de la pareja; otorgarles el permiso emocional de cada padre para mantener la relación sana de afecto con ambos padres in sentimientos de traición o culpa, apoyar en mantener la rutina asociada a la escuela y en la casa entre otros.

El modelo ecosistémico plantea que un buena forma de comenzar a abordar este punto, es considerando la mirada de parentalidad compartida o activa entre los padres que se están separando y/o divorciando, lo que puede incluir o no la consideración de la familia extendida en el marco de los recursos existentes.

Recordemos que la definición de parentalidad activa está directamente ligada a la tuición o cuidado personal compartido entre ambos padres, de modo de asegurar la presencia colaborativa de estos en el proceso de desarrollo, crianza, educación y protección a los hijos e hijas comunes, independiente del domicilio en que habiten estos, como ya se aclaró en el apartado anterior.

La mediación como proceso dialógico, permite a ambos padres, un espacio de encuentro y discusión sobre cómo abordar un plan de parentalidad compartida, de forma constructiva y con perspectiva

383 Wallerstein, J. and Shauna B. Corbin, (2010). Daughters of Divorce: Report from a Ten-Year Follow-Up, American Journal of Orthopsychiatry, 59, 4, (593-604).

de futuro. La práctica permite aseverar que los padres, normalmente están de acuerdo en la satisfacción de las necesidades de sus hijos e hijas y las diferencias se producen en la forma práctica de como satisfacerlas de forma adecuada.

Ahí es donde la figura del/la mediador/a debe estar atento/a a apoyar la discusión práctica sobre los puntos que contempla el plan de parentalidad, pudiendo apoyar respecto del cuidado de la salud, controles médicos, dentales, atención en caso de enfermedad; el cuidado de la educación, elección de colegio, materiales escolares, apoyo en tareas, asistencia reuniones de colegio, participación en eventos, la elección de la creencia religiosa, si corresponde, las vacaciones, celebraciones, regalos, excursiones, lo relacionado con el tiempo libre así como los deportes y actividades de descanso; los contactos con familiares y amigos antiguos y nuevos de los padres.

Y en un plano más relacional, cuidar y acordar las forma de comunicación, en especial como transmitir la información respecto de acuerdos y modificaciones a estos; el tipo de disciplina, reglas y límites, respetando lo impuesto por el otro/a progenitor/a y acuerdos respecto de la responsabilidad eventual de otra persona, así como los diálogos sobre la seguridad y desarrollo del niño/a: educación sexual, sobre drogas, etc.[384]

Debemos de tener claridad, que las intervenciones que son realizadas por el/la mediador/a, se efectúan utilizando la diversidad de técnicas y herramientas propias de la mediación familiar, de modo de apoyar el ejercicio reflexivo destinado a el desarrollo de un plan de parentalidad compartida adecuado para cada caso en particular.

Sin embargo, hasta ahora podemos observar, que el despliegue de trabajo dentro de la mediación está orientado al trabajo directo del/la profesional con los padres, en un escenario de atención y apoyo para y entre adultos que se ocupan de los temas de interés de los niños y niñas, brindando con ello un espacio de presencia indirecta de los hijos/hijas en la mediación.

El espacio que contempla el modelo ecosistémico para la participación directa de los niños y niñas en el proceso de mediación se orienta a apoyar el ejercicio de la autoridad parental pudiendo tomas diferentes formas para ello.

Una de ellas, se refiere al apoyo para el traspaso de información de los padres hacia los hijos/hijas, respecto del conflicto en que se encuentran, las acciones realizadas y los acuerdos alcanzados para avanzar en su resolución. Donde la mediación, coloca un escenario

384 Parkinson, L. *Ibidem*, pág. 182.

imparcial y acogedor para ello, siendo la figura del/la mediador/a un elemento de apoyo al ejercicio parental de preparar y entregar la información de forma amorosa, sin descalificarse o denigrarse entre ellos.

Hay una especial consideración sobre la preparación que requieren los padres para adelantarse y prever posibles reacciones de los hijos e hijas y cómo reaccionar frente a ellas, que implica un mejor manejo de las propias emociones ante las explosiones y manifestaciones de los hijos comunes. Y se operacionaliza mediante una sesión conjunta de padres, mediador/a e hijos/hijas.

Un segundo escenario que contempla este modelo considera a la mediación, como un espacio de contención y de escucha de las necesidades y temores que viven los hijos/hijas en la crisis familiar. Privilegiando aquí el espacio de entregar información de lo que sucede a los hijos/hijas, y al mismo tiempo de abrir una instancia donde estos (los niños y niñas) puedan expresar sobre aquellos sentimientos, emociones, deseos, miedos e incertidumbres que están experimentando respecto de la situación familiar que están atravesando.

Este segundo dispositivo es realizado mediante una reunión del/la mediador/a con cada hijo/hija de forma privada, pone el énfasis en la necesidad de contención emocional de los niños y niñas, de modo de apoyar el ejercicio de la parentalidad compartida, incorporando a la vez la recogida de información proveniente del sistema filial que puede ser considerada a o no por los padres al momento de la toma de decisiones respecto de los acuerdos que guiarán el plan de parentalidad compartida.

El diseño que presenta se entiende recoge de forma literal lo dispuesto en la O.G. N° 12 del CIIN[385] respecto del derecho que tiene el niño/a a ser oído respecto de los asuntos de su interés, dando cumplimiento a la escucha activa para el acompañamiento emocional, sin que exista un espacio claro de la incorporación de sus opiniones y/o intereses en las resoluciones acordadas por los padres. Parkinson aporta que los estudios realizados en el Reino Unido concluyeron que la mayoría de los niños y niñas opinaron que se les debe dar espacio de hablar de sus sentimientos y de ser escuchados, sin tener que decidir[386].

Los escenarios descritos, se muestran coherentes con la implementación de, al menos dos etapas de la escala destinada a describir

385 Observación General Nº12 del Comité de los Derechos del niño, niña y adolescente del año 2009. Disponible en: http://institutoninezyadolescenciacam.blogspot.com/2011/06/observacion-general-12.html

386 Parkinson, L. *Ibidem*, pág. 208.

los diversos niveles de participación de los afectados por decisiones de la autoridad del gobierno local (municipios), que Schofield y Thoburn, han utilizado para medir la participación de los niños y adolescentes y que corresponden a la etapa de la consulta. Donde la autoridad (los padres) decide sola, pero antes consulta la opinión del afectado o afectada (niño o niña) sobre las diversas alternativas posibles, sus ventajas e inconvenientes, al tiempo que, puede o no, mantenerle informado, sin entregar total o parcialmente parte de la decisión.

Mirado bajo este parámetro, se puede afirmar que la mediación ecosistémica no ha desarrollado de manera plena los elementos técnicos y procesales que permiten el cumplimiento de los derechos de los niños y niñas respecto a ser oídos y que su opinión se considere en las decisiones sobre los asuntos de su interés y si se consideran los espacios adecuados para incorporar su participación efectiva en el ejercicio y cumplimiento de las decisiones que les afectan de forma directa, encontrándose en un estado parcial de avance.

5. Modelo de mediación familiar transicional

En España y producto de la sistematización del trabajo de mediación con parejas en proceso de separación y/o divorcio, se construye una propuesta de atención en mediación destinada a abordar las complejidades de la separación de la familia, en especial referido a las temáticas de tenencia de los hijos e hijas y de la relación comunicacional con el padre/madre que no vive con ellos/ellas, que recibe el nombre de mediación transicional como ya lo anticipó el título de este apartado.

5.1. Bases del modelo

La propuesta de mediación transicional comienza con el reconocimiento que la separación de los padres corresponde a una crisis de desarrollo (Bolaños; 2008:20) que afronta el grupo familiar, la que dependiendo del manejo de los diversos conflictos que estén presenten, podrá resolverse en un escenario adaptivo o avanzará a convertirse en un espacio de hostilidad crónica que afecta negativamente el desarrollo de todos/as los/as integrantes de la familia en cuestión.

De acuerdo con Isaacs, Montalvo y Abelsohn[387] las crisis que viven las familias son parte constitutiva de su funcionamiento, y las pérdidas y sentimientos de dolor están presentes en todas ellas. Por

387 Isaacs, M., Montalvo, B. y Abelsohn D. (1988) *Divorcio dificil: Terapia para los hijos y la familia,* Buenos Aires, Amorrortu.

lo que la manera que los adultos responsables puedan abordar y gestionarlas para transformarlas en procesos de adaptación y de reencuadres de nuevas situaciones de vida, será vital en el desarrollo de todos y todas.

La diferenciación de los sistemas conyugal y parental es un adecuado punto de inicio para ello, de modo de separar los quiebres y dolores del primero en la diada conyugal, que pueda permitir la continuidad de los roles parentales deben seguir estando presentes para los hijos e hijas.

Y desde este punto de partida, establece que los procesos de mediación pueden ser desarrollados en un espacio prejudicial, judicial y postjudicial, que sabemos por lo general, permiten acceder a resultados más satisfactorios y sustentables para las familias afectadas[388] basadas en decisiones acordadas de forma conjunta.

Ello en consideración que los tiempos de los procesos legales son diferentes a los tiempos de los proceso psicosociales, siendo estos últimos más extendidos en el tiempo (en su inicio y en su finalización), lo que afecta el comportamiento de la familia inmersa en un proceso judicial.

La mirada de Linares[389] es recogida por este modelo de modo de tener presente que si bien la conyugalidad y la parentalidad son atributos de la pareja, la manera en que cada integrante los percibe está mediatizada por los factores culturales personales y de su historia de vida, que se relacionan y van modificando en la interacción conyugal, y que se ven influidos por las variables sociales y ambientales, que configuran un sistema complejo en el ejercicio cotidiano de ambas condiciones, como se puede observar en el cuadro que sigue.

388 El autor, hace mención a un conjunto de autores que con sus investigaciones permiten sustentar dicha aseveración: Emery: 1987; Pearson y Themes, 1998; Jones y Bodtker, 1999, Hanns y Kleist, 2000; a lo que agregamos los resultados de las diferentes evaluaciones de satisfacción usuaria que se han realizado en Chile, con resultados que colocan en nota 6.0 y más, dentro de una escala de 1 a7 la valoración que realizan los usuarios/usuarias del sistema de mediación.

389 Linares, A. (1996). *Identidad y narrativa,* Barcelona, Paidós.

Conflicto legal	
Divorcio legal Disoluciónde l matrimonio	Relaciones paternofiliales P. Potestad; custodia, R. comunicacional.
Conflicto conyugal	Conflicto parental
Divorcio psicosocial Relaciones de pareja	Relaciones entre padres e hijos/hijas Relaciones afectivas
Conflicto psicosocial	

Fuente: Bolaños, 2008[390]

La mediación transicional, postula un abordaje de psico-jurídico, que permite un abordaje más adaptado a la realidad conflictiva generada después del inicio del trámite contencioso, que ha instalado un lenguaje legal un tanto extraño y prácticas de confrontación y al mismo tiempo de pérdida de responsabilidad individual en el proceso en curso. De modo de apoyar el proceso de re-responsabilización de ambos padres para que puedan alinearse con los hijos/hijas en el proceso de adaptación que todas afrontan para construcción de un nuevo tipo de familia y de relaciones de sus integrantes.

5.2. Niños y niñas en la mediación

La etapa de creación de nuevas opciones del modelo transicional contempla la opción de realizar como instancia opcional, la participación de niños y niñas, que ha denominado *encuentro con el hijo o hija*. Esta participación debe haber sido aceptada y acordada las condiciones con ambos padres, sin que se detalle la forma y condiciones de este acuerdo.

Dicha instancia tiene por finalidad entregar información del proceso de trabajo realizado el hijo/hija de modo que pueda conocer de qué se trata la mediación, los esfuerzos realizados por ambos padres para asegurar la continuidad del ejercicio parental por separado; la construcción de un espacio de contención ante la vivencia de dolor presente en la ruptura, con el recuerdo de buenos momentos de relación parental y la seguridad que pueden ser retomados en el nuevo escenario parental y finalmente el promover el reencuentro de padres e hijos/hijas. En un lenguaje acorde a la edad y madurez de cada uno, considerando la necesidad de realizar entrevistas por separado en función de la edad sexo y necesidades específicas de cada hijo o hija.

Y cierra el momento con un encuentro familiar, donde padres e hijos/hijas y el/la mediador/a negocian sobre los diferentes puntos en

390 Bolaños Cartujo, I. *Ibidem*.

discusión, evitando los más conflictivos, de modo que los hijos/hijas puedan observar los esfuerzos realizados por los padres, más allá de las declaraciones escuchadas.

De forma previa a la presencia de los niños y niñas en la mediación, se entiende que las etapas de abordaje de conflicto han permitido que los padres puedan haber visibilizado de forma concreta y real el interés superior de sus hijos e hijas, generando la transición hacia el rol parental por sobre el conyugal.

Podemos concluir que este modelo de mediación también coloca un espacio muy acotado de participación de los niños y niñas en los procesos de mediación judicializados, siguiendo el mismo enfoque de protección existente en los modelos anteriormente presentados.

Y que en aquellos casos que se genera la presencia de los niños y niñas, esta se ubica en los niveles iniciales de la escala de participación de Schofield y Thoburn[391], cubriendo los niveles de información y contención emocional.

6. Algunas ideas al cierre

Como se puede observar, los diferentes modelos presentados, colocan un gran énfasis en la protección del derecho a la intimidad y a la autonomía de la familia ante la intervención del Estado o los distintos dispositivos que lo integran, lo que se encuentra acorde a las directrices internacionales en la materia.

Asimismo, el lenguaje en que se construyen las representaciones de estos modelos teóricos recoge los conceptos base como protección a la niñez e interés superior del niño y niña, que también se encuentran en las normativas legales que regulan su aplicación y que se encuentran presentes en las bases presentadas.

Sin embargo, las diferencias comienzan a presentarse cuando surgen las miradas sobre cómo se hace realidad el escuchar a los niños y niñas en los procesos de mediación familiar, que se ocupan de los temas que los atañen directamente; apareciendo conceptualizaciones que recrean las nociones de parentalidad y poder parental por sobre los espacios de expresión de la niñez, basándose para ello en la discrecionalidad de los padres como los ejes de acción y de decisión.

Las nociones de opcional e imprescindible, pasan a ser complementadas y reemplazadas por los conceptos cuidado de la parentalidad, lo que mantiene en el centro la mirada a los padres: la forma

391 Estudio citado por Couso, Jaime. Artículo "El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído".

que ellos definen el proceso, los recursos que disponen para abordar la temática y el espacio que entregan a los hijos e hijas por citar algunos aspectos que se encuentran a la base de dichos planteamientos.

Vinculado al principio del derecho el niño y niña a ser oído y que sus opiniones sean consideradas de acuerdo con su edad y madurez, surgen las propuestas de trabajo de mediación con estos, vinculadas a la entrega de información del proceso y/o de los acuerdos alcanzados, el foco de contención y apoyo emocional ante los quiebres familiares y la labor de apoyo al fortalecimiento de las figuras parentales en su ejercicio, respondiendo con ello a una lógica de acompañamiento a los padres más que a los hijos e hijas.

Y si profundizamos un poco más en dichos conceptos, podemos darnos cuenta de que existen ciertas aprehensiones de las competencias técnicas de los y las operadores, por un lado, pero por sobre todo, está la ausencia del abordaje de los principios rectores de la CDN en su interrelación y complejidad epistemológica y normativa en los procedimientos judiciales de la mediación familiar, siendo una tarea a abordar. Lo que no deja de llamar la atención, especialmente si consideramos otros espacios judiciales en el ámbito proteccional que, si los integran como son lo proteccional y lo penal juvenil.

Encontramos en ello que, la figura del niño y niña como sujeto de derechos sigue estando sujeta a una lógica de protección especial, que creemos muy necesaria por lo demás, que continua invisibilizando los procesos de avance que ha ido mostrando la doctrina de derechos de la infancia en la materia de participación para el ejercicio de sus derechos fundamentales, donde se han estado construyendo los espacios técnicos y normativos para favorecer el que sean escuchados y tomadas en cuenta sus opiniones e intereses así como apoyar la concreción de autonomía progresiva a través del ejercicio de toma de decisiones en ámbitos concretos de su mundo cotidiano, mirado ello como parte del ejercicio de ciudadanía del ser humano.

Cabe preguntarse entonces, ¿cuáles son los pasos a nivel epistemológico, metodológico y normativo que debemos realizar para apoyar una interrelación propositiva del derecho de familia y el derecho de la niñez en los procesos de atención de mediación en temas de familia, que permita el reconocimiento efectivo de la participación de los niños y niñas para el ejercicio de sus derechos fundamentales?

7. Bibliografía

Álvarez, S. G., Highton, E. y Jass, E. (1995) *Mediación y Justicia*, Buenos Aires, Ediciones de Palma.

Berube, L. y Lambert, D. (2000) *La mediazone familiale. Etape par etape*, Quebec, CCHLTEE.

Bolaños Cartujo, I. (2008) *Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas*, Madrid, Reus.

Cárdenas, J.P. (1998) *La mediación en conflictos familiares*, Buenos Aires, Luhmen.

Colegio de Mediadores del Reino Unido. Código deontológico. Disponible en: http://ifm-mfi.org/sites/default/files/CHARTER/SPANISH/Charter_IFM_ES.pdf

Couso, J. (s.f.) Artículo "El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído". Disponible en: http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/el-nino-como-sujeto-de-derechos-y-la-nueva-justicia-de-familia.pdf

Hinojal. S. (2005) *Los menores ante la mediación. Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, San Sebastián, CENDOJ.

Isaacs, M., Montalvo, B. y Abelsohn D. (1988) *Divorcio difícil: Terapia para los hijos y la familia*, Buenos Aires, Amorrortu.

Linares, A. (1996) *Identidad y narrativa*, Barcelona, Paidós.

Moore, Ch. (2006) *El proceso de .mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Gránica

Observación General Nº12 del Comité de los Derechos del niño, niña y adolescente del año 2009. Disponible en: http://institutoninezyadolescencia-cam.blogspot.com/2011/06/observacion-general-12.html

Ortuño Muñoz, P. (2015) "La mediación como medio de solución de conflictos" en Pillado, E y Fariña, F (ed.). *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos vistos desde la justicia terapéutica*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Parkinson, L. (2005) *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Barcelona, Gedisa.

Pillado, E. (2015) La mediación familiar: regulación, ámbito de aplicación y principios informadores. En Pillado, E y Fariña, F (ed.). *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos vistos desde la justicia terapéutica*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Saposnek, D. (1983) Mediating Child Custody Disputes: A Systematic Guide for Familys Therapists, Cour Conselors, Attorneys and Judges, San Francisco, Jossey Buss Publishers.

Sparvieri, E. (1997). *El divorcio. Conflicto y comunicación en el marco de la mediación*, Buenos Aires, Biblos.

Valdebenito, C. y Donoso, M. (2018) *Modelos y herramientas de la mediación familiar*, Mauritania, Editorial Académica Española

Wallerstein, J. and Shauna B. Corbin, (2010). Daughters of Divorce: Report from a Ten-Year Follow-Up, American Journal of Orthopsychiatry, 59, 4, (593-604).

PARTE II

SISTEMA PENAL. IMPACTO DE LAS PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD

Los chicos de la calle y su llegada a los institutos de menores

Rosana Alves y Patricia Susana Lupich[392]

1. Introducción

Es nuestra actividad profesional y nuestra orientación socio-reconstructiva, la que nos lleva a realizar un exhaustivo análisis del impacto que causa en menores ser alojados en contextos de encierro debido a la judicialización de su reproche.

El conflicto, la desorganización, la vulnerabilidad y las transgresiones son propias de este proceso psíquico de los niños, niñas y adolescentes. Los chicos de la calle, los menores, son migrantes eternos de la sociedad, invisibilizados por el propio sistema.

Ellos, los indocumentados en muchos casos, están condenados a un eterno presente, no tienen conciencia de su identidad porque ellos nunca fueron habilitados en la sociedad, nunca se los dejó entrar, viven afuera, en los intersticios de la sociedad.

El niño, niña, y/o adolescente de la calle está condenado a no construir su historia, a no poder tener el espacio de la intimidad, y de la seguridad que le permite elaborar lo sucedido.

Cuando hablamos de la construcción de la historicidad, hablamos de un proceso muy lento, con actos administrativos acompañados de continuidad en acciones, tendientes a formar conducta desde la conducta para que estas adquieran sentido y armen un proyecto de vida con vista al futuro.

Es esencial que los menores en riesgo recobren la organización prospectiva de la vida porque ese chico no siente angustia anticipatoria porque para él no hay futuro.

Desplazados, los menores ingresan al Sistema Penal, el cual viene a querer tratar de controlar lo incontrolable, porque los chicos de la calle hace rato que quedaron encerrados afuera.

El impacto inmediato al ingresar al Sistema Penal será la necesidad básica de escapar porque no se puede construir una identidad con encierro debido a que los pibes de la calle están condenados a

392 Del Colegio de Abogados de San Isidro.

un presente continuo, y no ha de ser el encierro, el de los muros, que pueda derribar las barreras de su propio encierro, el encierro de los que se juntan cada día para festejar vaya uno a saber si no es su último día.

Menores impactados por el Sistema Penal, afrontan dificultades para sostener valores de solidaridad, apoyo mutuo y cuidado de la vida propia y de los otros, debido a las desigualdades a las que se han visto expuesto.

Cuando un niño, niña y/o adolescente pasa a convivir en una comunidad alternativa, se crean normas de convivencia que terminan por estructurar la vida cotidiana, porque aclaremos que el único impacto que pueden experimentar aquellos menores que ingresan al Sistema Penal, es la sentencia al fracaso que ha agotado todas sus instancias de apelación.

1.1. El diseño de cada estrategia de trabajo se basa en grandes principios básicos

- Derivación a los servicios locales de Promoción y Protección de Derechos.
- Normalización del adolescente.
- Implicación de las familias y redes sociales.
- Primacía de la intervención educativa.
- Orientación de apoyo socio familiar.
- Obligación de reparar el daño.
- Trabajo comunitario.

Es el niño un Sujeto de Derecho, pero es en el ejercicio de sus derechos desde donde va a poder construir su constitución como sujeto.

Pero en ese devenir no estamos preocupados por el ejercicio de los derechos de niño, sino que reemplazamos las obligaciones del estado o de la familia, con la muestra de nuestra voluntad individual puesta en práctica.

Después de la aprobación de la CDN, se convive con ambas perspectivas, pero justamente este concepto debe reforzar los derechos por encima de una legítima preocupación social.

Lograr una rehabilitación, la respuesta es SÍ, pero no con los tiempos de la justicia inmediata, sino con actos constructivos en territorio y en etapas.

Teniendo en cuenta que ese niño, niña y/o adolescente, no siente angustia anticipatoria porque para él no hay futuro.

Por eso, la primera tarea que deben realizar las instituciones es ingresarlos al mundo de la palabra, donde uno los escucha y ellos hablan.

Debiera el Sistema Penal, respetar el principio de legalidad de forma tal que la intervención del sistema en la vida de los niños, niñas y adolescentes respete las garantías procesales y no pueda justificarse en una supuesta necesidad de "protección" o "prevención" del delito, sino que debe aplicarse únicamente en virtud de una ley previa en la que cierta conducta haya sido tipificada como delito.

1.2. Los sistemas de justicia juvenil también deben garantizar

El principio de excepcionalidad se traduce, por ejemplo, en la obligación de contemplar medidas alternativas previas a la privación de la libertad, la que solo puede ser aplicada como último recurso.

El lineamiento de los principios básicos de especialización, excepcionalidad, accesibilidad de derechos y la promoción de medidas tendientes al cumplimento de la sanción representan un avance más que significativo.

Los adolescentes llegan a tener contacto con los sistemas de justicia en calidad de víctimas, testigos de delitos o por otras razones, pero las pruebas deben probar fehacientemente de que el NNA, ha cometido el delito del que se le acusa.

De acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Parte, tratarán de promover medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o se declaren culpables de haber infringido esas leyes; que supongan recursos procedimentales, siempre apropiados para el mejor desarrollo del proceso judicial.

Los menores que ingresan al Sistema Penal, como requisito mínimo indispensable, deben ingresar al sistema sanitario, aquel que a los tumbos les permitió acceder como mínimo a un plan de vacunas.

Deben ingresar a la asistencia médica para evaluación mental y derivación a comunidades terapéuticas en caso de problemas de grave adicción.

Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental.

Deben ser derivados, también, según sus patologías a centros que contemplen su situación sanitaria, dependiendo del Sistema Tutelar Penal al que ingresaron.

2. Daños psicofícos producto del encierro

Alteraciones sensoriales

La visión es tal vez el sentido que más afectado se encuentra por el encerramiento.

Las consecuencias de todo esto son al menos las siguientes:

En primer lugar, frecuentes dolores de cabeza, provocados por la escasa corrección de los problemas visuales, así como por estar muchas horas al día en espacios cerrados.

Lógicamente, las alteraciones de la visión son una de las causas de los dolores de cabeza, pero no la única; a ello se añade, por ejemplo, el elevado nivel de ansiedad que existe.

En segundo lugar, y sobre todo en los menores a los que se les aplica niveles de mayor control, celdas de castigo, régimen celular, etc., se produce una deformación de la percepción visual y perturbaciones espaciales.

Alteraciones de la imagen personal

Lleva un déficit y alteración en la percepción del propio cuerpo.

Agarrotamiento muscular (tensión muscular)

Músculos fuertemente agarrotados debido a la escasa movilidad que provoca la restricción del espacio disponible y el hacinamiento, así como la ansiedad y la permanente sensación de peligro con que se vive en la cárcel, que lleva a la persona a estar en un permanente estado de alerta.

Autoafirmación agresiva o sumisión frente a la institución

El adolescente en conflicto social se ve abocado a una adaptación puramente situacional, con una y un comportamiento reactivo que le hace responder, adaptativamente, a lo que se le viene encima, algo que, por otra parte, no controla, y ello porque adolece de una ausencia de historia personal, sin pasado, sin futuro y con un presente que es únicamente el "aquí y ahora", lo que puede captar casi sensorialmente.

Sin duda, eso va a tener graves consecuencias en su vida, como la dificultad de hacer uso de la experiencia y de planificar.

Se trata simplemente de la adecuación a la situación de encierro.

Por eso, a menudo es que los institutos de menores no generan contingencias comportamentales nuevas, sino que desarrolla las

previas de la vida de exclusión, las prioriza, con lo que más tarde la inclusión social, si es que algún día se plantea, será más difícil.

Esa cotidianeidad de la vida es la manera más adaptativa de vivir la cárcel, pero tiene consecuencias dentro de la prisión y después, cuando la persona salga en libertad y pretenda integrarse en la sociedad que llamamos normal.

Dominio o sumisión en las relaciones interpersonal

En un entorno violento todo se vuelve violento, y quien puede dominar lo va a hacer. La amistad es difícil, sobre todo a causa de la violencia de la situación en la que ha de vivir la persona presa, a lo que probablemente se añade la historia previa, egocentrismo

Alteración de la sexualidad

Como todo lo demás, en todas sus manifestaciones, tanto a nivel de relaciones con los demás, como consigo mismo. Así, los abusos sexuales, tanto a nivel heterosexual como homosexual, se encuentran sufren en los Institutos.

Sensación de desamparo y sobredemanda afectiva

El menor privado de su libertad bloquea profundamente su capacidad de afecto y, por eso, aparece como falto de afecto, indiferente, lábil incluso; necesita proteger su yo, su propia autoestima, fuertemente puesta en peligro por el encarcelamiento. Esa dureza emocional no es, como a menudo se mantiene desde una perspectiva lejana y al ambiente en que se lo obliga a vivir, una causa de la delincuencia, sino una consecuencia del encarcelamiento, un sano mecanismo para sobrevivir de la forma más adaptativa. A esto se añade la brusquedad de la entrada en prisión, la obligación de pasar de vivir deprisa, a una velocidad desquiciante, de "beberse la vida a chorros", a la lentitud desesperante de la vida en la cárcel, sin nada que hacer y sin poder hacer nada. Se convierte en una especie de "fiera enjaulada", y es muy difícil conectar con él. Para explicar esta situación mental y vital suelo acudir a un conocido refrán: "Estás más loco que una cabra en un garaje", porque las cabras en los garajes se vuelven locas, porque es un ambiente absolutamente diferente al suyo; y la persona presa, sobre todo al comienzo del encarcelamiento, y mucho más si es joven, se vuelve "loca", también para adaptarse a la "locura" que significa estar encerrado.

Pérdida de vinculaciones

En los Centros de Menores, se produce a una pérdida gradual de las vinculaciones con seres del exterior.

Estado permanente de ansiedad

La convivencia en contextos de encierro acarrea estados de sensación de peligro. Ello desarrolla en el internado un estado de permanente ansiedad, que no solo lo va a hacer muy propenso a padecer enfermedades digestivas, sino que va a derivar hacia la manifestación de la ansiedad como una consistencia comportamental que se generalizará a todo tipo de situaciones y que lo conduce a vivir, aun con más estrés, las permanentes tensiones de la vida en los Institutos, aumentando con ello las situaciones de riesgo y, por lo tanto, la ansiedad.

Exageración del egocentrismo

Su historia lo ha llevado a centrar la vida en sí mismo, sobre todo desde que comenzaron los enfrentamientos con la justicia y percibió su vulnerabilidad. Todo esto se va a ver aumentado en los Centros que, suelen generar consistencias comportamentales nuevas, sino profundizar las previas.

En este sentido, ante unas agresiones que le llegan por todas partes, el detenido se ve obligado, como íntimo mecanismo de defensa de la propia salud mental, a proteger su propio yo, lo que, en ese ambiente, lo lleva a una exageración del egocentrismo. Todo se ve en función del interés propio.

La sensación de peligro es tal que difícilmente puede el individuo establecer relaciones de solidaridad con sus compañeros.

3. Justicia penal juvenil restaurativa

Los adolescentes pueden entrar en contacto con los sistemas de justicia en calidad de víctimas, testigos de delitos o por otras razones, como el cuidado, la custodia o la protección. Se necesitan medidas para reducir la vulnerabilidad de los adolescentes como víctimas y autores de delitos.

Se insta a los Estados parte a que introduzcan políticas generales de justicia juvenil que hagan hincapié en la justicia restaurativa, la exoneración de ser sometidos a procedimientos judiciales, las medidas alternativas a la reclusión y las intervenciones preventivas, para hacer frente a los factores sociales y las causas fundamentales,

de conformidad con los artículos 37 y 40 de la Convención, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

La atención debe centrarse en la rehabilitación y la reintegración, para, entre otros, los adolescentes involucrados en actividades clasificadas como terrorismo, en consonancia con las recomendaciones de la Observación General Núm. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores.

3.1. Una política general de justicia de menores debe abarcar las siguientes cuestiones básicas

- prevención de la delincuencia juvenil;
- intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales e intervenciones en el contexto de las actuaciones judiciales;
- edad mínima a efectos de responsabilidad penal y límites de edad superiores para la justicia de menores;
- garantías de un juicio imparcial;
- privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la condena.

De acuerdo con los establecido en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Parte tratarán de promover medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable.

Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes solo cometen delitos leves, deberán estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos.

El Comité opina que es obligación de los Estados Parte promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez.

- De acuerdo con los principios enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal. Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico.
- Queda a la discreción de los Estados Parte decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, y adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación.
- De acuerdo con la información contenida en los informes de los Estados Parte, es indudable que se han elaborado diversos programas basados en la comunidad, por ejemplo el servicio, la supervisión y la orientación comunitarios a cargo de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, conferencias de familia y otras formas de justicia restitutiva, en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas.
- Otros Estados Parte deberían beneficiarse de estas experiencias.
- El Comité se remite a las partes correspondientes del artículo 40 de la Convención y hace hincapié en lo siguiente:

  a. La remisión de casos (es decir, medidas para trata a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes sin recurrir a procedimientos judiciales) solo deberá utilizarse cuando se disponga de *pruebas fehacientes* de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa,
    - ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad,
    - no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y,
    - esa admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior.

  b. El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de esta.
    - Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Parte también pueden considerar la posi-

bilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el niño tenga menos de 16 años.

c. La legislación debe contener indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos, y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación.

d. Debe darse al niño la oportunidad de recibir asesoramiento jurídico y de otro tipo apropiado acerca de la conveniencia e idoneidad de la remisión de su caso ofrecida por las autoridades competentes y sobre la posibilidad de revisión de la medida.

e. La remisión deberá suponer el cierre definitivo del caso.

- Aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un "registro de antecedentes penales", y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, solo deberá permitirse el acceso a esa información y por un periodo de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia.
- El niño a quien se le atribuye un delito deberá ser informado en unos términos que pueda comprender. Para ello podrá requerirse que la información se presente en un idioma extranjero, pero también una "traducción" de la jerga jurídica oficial que a menudo se usa en las imputaciones penales contra menores en un lenguaje que el niño pueda comprender.
- A menudo no basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que puede requerirse una explicación oral. Las autoridades no deben dejar esta tarea a cargo de los padres o los representantes legales o de quien preste asistencia jurídica o de otro tipo al niño. Incumbe a las autoridades (es decir, policía, fiscal, juez) asegurarse de que el niño comprende cada cargo que pesa contra él. El Comité opina que la facilitación de esa información a los padres o los representantes legales no debe excluir su comunicación al niño. Lo más apropiado es que tanto el niño como los padres o los representantes legales reciban la informa-

ción de manera que puedan comprender los cargos y las posibles consecuencias.

4. Propuestas de nuestro, proyecto institucional”

4.1. Creación de centros comunitarios

Es el sistema el que podrá orientar hacia una transformación esperanzadora a los NNA.

Nuestro objetivo fundamental, es que el gobierno nacional, provincial y /o municipal, construyan centros abiertos, para que los chicos de la calle vean la posibilidad de auto resguardarse y muy de a poco, puedan lograr permanecer en ellos, para poder ingresar con un proyecto de vida a la sociedad.

Serán los Centros Comunitarios los que alienten a los NNA, para que ellos sientan que existe la posibilidad de acceder a un proyecto de vida dentro de la comunidad, a partir de poder recobrar su identidad perdida, y logar ser parte de la sociedad de manera activa.

El trabajo dentro de los “Centros Comunitarios” establecerá normas de convivencia, a través de un equipo interdisciplinario que los asista permanentemente.

Creación de:

4.1.1. La comisión de seguimiento de centros comuntarios de NNA

Conformada por un equipo interdisciplinario de letrados y trabajadoras sociales y equipo médico, interactuarán en conjunto.

Esta elevará a los juzgados correspondientes informes cada quince días de la evolución de los NNA.

La comisión actuará sobre la base de las de los jueces intervinientes.

Propuesta

- Considerar aquellos NNA que llegan, traen consigo elementos en juego que derivan del contexto y la experiencia de vida, entre los que encontramos historias personales, familiares y contextuales, signadas por el fracaso y frustración.
- Pensar en un sistema de construcción de ciudadanía, a partir de un modelo que tiene que ver con la participación directa para la resolución de los conflictos en el que prime el criterio democrático.

- Siempre deberán estar asistidos por agentes, coordinadores, maestros y equipos médicos conformados a su vez por psicólogos.

Centros de contención comunitarios de NNA

ACCIONES

- Encuadrar al joven en el sistema Normativo Institucional.
- Entrevistas y tratamiento individual del joven.
- Rupturas paulatina de los códigos de la calle y o de instituciones de las que sean derivados.
- Sostenimiento y compromiso con "LA PALABRA".
- Atención integral de la salud del joven.
- Motivar entre los jóvenes un clima de respeto mutuo, confianza y compromiso.
- Brindarle el acceso a un amplio vocabulario.
- Generar espacios de opinión, diálogo y reflexión individual y grupal.
- Inclusión al ámbito educativo y a las distintas responsabilidades del "Centro Comunitario"
- Estimular actividades y acciones solidarias con participación de la comunidad.
- Capacitación en oficios de los jóvenes según las necesidades y características de cada uno.
- Implementar actividades, como fútbol, boxeo, vóley, tenis, etc.

Depende siempre el perfil de cada NNA.

- Campeonatos dentro del circuito de "Centros de Comunidades de Contención".
- Generar con la familia del joven espacios individuales y grupales, donde se aborden cuestiones referidas a la contención, y acompañamiento en el proceso que van desarrollando.

Todo esto sujeto a la posible existencia de vínculo familiar alguno, si existiese.

- Trabajos en los talleres con madera.
- Trabajos en los talleres, de pintura sobre madera y / o vidrio.
- Elaboración de productos alimenticios para su consumo propio como para compartir en eventos.
- Este PROYECTO, incluye a profesionales de la palabra, deportistas, músicos y cocineros.

Todos ellos derivados por el juzgado, previa llamada pública, para participar de estos.

- El trabajo interdisciplinario de "LOS CENTROS COMUNITARIOS DE CONTENCIÓN", debiera comprender un trabajo que va desde los meses de marzo a noviembre.

En diciembre se desarrollarán, previa planificación; encuentros con la comunidad y familiares de los NNA, para la presentación de muestras anuales de trabajos realizados durante el año.

- En los meses de enero y febrero, salidas recreativas muy evaluadas y sumamente resguardadas con personal capacitado, previa autorización de los juzgados pertinentes.

CORTE INTERAMERICANA DE DERCHOS HUMANOS

27 de abril

La Comisión valora las medidas adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de NNA durante la pandemia.

En particular, la CIDH, saluda la ampliación en la Argentina en todas sus provincias, de las líneas gratuitas de denuncia para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia durante el aislamiento.

Además, de conformidad con la información suministrada por el Estado argentino, se exceptúan del cumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio aquellas personas que se encuentren en situación de violencia por motivos de género, cuando requieran pedir asistencia o realizar una denuncia, como así también los establecimientos que brindan asistencia a estas personas.

La Comisión hace suyas las directrices del Comité sobre los Derechos del Niño, en cuanto a que los Estados deben proporcionar a niñas, niños y adolescentes que no pueden ser liberados, los medios para mantener un contacto regular con sus familias ante medidas para restringir las visitas.

Si bien estas medidas restrictivas pueden considerarse necesarias a corto plazo, durante largos períodos tendrán un marcado efecto negativo en las y los adolescentes. Igualmente, los Estados deben brindar atención a NNA con referentes adultos privados de la libertad, privilegiando medidas de excarcelación, siempre que sea posible, y garantizando el contacto familiar por medios adecuados que atiendan a las recomendaciones sanitarias.

Una vida tras las rejas: condenas perpetuas a menores de edad

Antonella María Bentin[393] *y Alan Emanuel Vaccarini*[394]

1. Introducción

Uno de los hitos más importantes de la última reforma que ha sufrido la Constitución Nacional Argentina allá por el año 1994 fue sin lugar a dudas la incorporación en su artículo 75 inciso 22, de una serie de Tratados sobre Derecho Humanos, a los que se les otorgó jerarquía constitucional; y de los cuales destaca la "Convención sobre los Derechos del Niño"[395] (en adelante, la CDN) que considera a los niños, niñas y adolescentes como titulares de todos los derechos contemplados en los tratados internacionales, reconociéndoles, a su vez, derechos específicos previstos por su condición de personas en etapa de crecimiento. Asimismo, se han desarrollado otros documentos internacionales referidos a los menores de edad sometidos a procesos judiciales y privados de libertad que sirven para interpretar tratados, explicando el contenido de los derechos protegidos y plasmando principios internacionales, siendo menester mencionar las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores" (Reglas de Beijing)[396], las "Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil" (Reglas de Riad)[397] y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad[398], entre otras.

---

393 Abogada, estudiante de la carrera de Especialización en Derecho Penal (Universidad de Palermo). Se desempeña en el Ministerio Público de la Defensa.

394 Abogado, estudiante de la carrera de Especialización en Derecho Penal (Universidad de Palermo). Se desempeña en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

395 Ratificada el 4 de diciembre de 1990 por el P.E.N. y aproada el 27 de septiembre de 1990, mediante la ley 23.849, promulgada el 16 de octubre del mismo año, P.B.O. 22/10/90.

396 Proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33; con fecha de adopción el 29 de noviembre de 1985.

397 Proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112; con fecha de adopción el 14 de diciembre de 1990.

398 Proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113; con fecha de adopción el 14 de diciembre de 1990.

El principal problema respecto de las personas menores de edad en conflicto con la ley penal radica, a nuestro entender, en la profunda incongruencia existente entre la legislación internacional vigente y el régimen normativo previsto en el Decreto Ley N° 22.278.

Es en ese contexto, que ha tomado gran relevancia el precedente de la Corte IDH "Mendoza y otros vs. Argentina", en el que se responsabilizó al Estado Argentino por la imposición de penas con carácter perpetuas a menores de 18 años de edad en flagrante violación al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la CADH), específicamente con lo dispuesto en su artículo 37 incisos a) y b). A su vez, se estableció que las sanciones a los menores, deberán aplicarse como medida de *ultima ratio* y de máxima brevedad, con una delimitación temporal precisa desde el momento de su imposición, por lo que la adopción de penas cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación del derecho de libertad de forma absoluta –todo ello en concordancia con el art. 25 CDN[399]–, no deben ser aplicadas a los niños, niñas y adolescentes infractores.

Sobre estas bases, es que realizaremos un análisis de casos judiciales locales anteriores y posteriores al mencionado precedente, mediante el cual se podrá observar cómo, en ocasiones, se aplican de manera "aparente" las consideraciones de la Corte IDH, ya que –si bien en la actualidad las judicaturas no condenan a menores de edad a prisión perpetua– al momento de imponer pena estas resultan desproporcionadas en su *quantum,* transformándose en una pena cruel que impide la resocialización del menor y viola los principios fundamentales en la materia.

2. Fallo "Mendoza y otros vs Argentina" de la Corte IDH

Con motivo de la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por las violaciones a los derechos humanos de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldán y Ricardo David Videla Fernández –al haberles impuesto penas de privación perpetua de la libertad por delitos cometidos cuando aún eran niños–, con fecha 2 de noviembre de 2010 la Comisión dictó el Informe N° 172/10[400],

399 CDN, Artículo 25. "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación".

400 Sitio web oficial de la Corte IDH, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/mendoza_otros/informe.pdf.

mediante el cual concluyó que el Estado Argentino *es internacionalmente responsable por mantener en vigencia un sistema de justicia de adolescentes que permite que estos sean tratados al igual que los adultos infractores*. Asimismo, expresó que la condena a prisión perpetua a los menores fue impuesta con desconocimiento de las bases normativas internacionales, las cuales establecen que *la privación de la libertad es una medida de ultima ratio y por el mayor tiempo de brevedad posible*, y que el Estado tiene la *obligación de asegurar una revisión periódica* para un beneficio excarcelatorio, tomando como finalidad la resocializadora de la pena.

Por último, expresó que esta situación se vio agravada por las *restricciones en el alcance del recurso de casación interpuesto en favor de los menores*, lo que dio lugar a que no se pudieran argumentar cuestiones de hecho y prueba en dicho recurso, situación que consolidó la injusticia de la imposición de prisión perpetua a los adolescentes.

Con los fundamentos y recomendaciones de este informe, se impulsó la revisión de dichas condenas. Así, el 9 de marzo de 2012 la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza resolvió casar la sentencia que lo condenó a la pena de prisión perpetua a Saúl Cristian Roldán Cajal, e imponerle la pena de 15 años. Por otro lado, en agosto de 2012, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal[401] *declaró la inconstitucionalidad de la pena perpetua a menores*, anuló las sentencias de los restantes menores y envió la causa al Tribunal Oral para que se fije una pena acorde a los estándares fijados en el informe de la CIDH.

Más allá de la revisión y revocación de dichas condenas, la Corte IDH expresó que de igual manera le daría tratamiento al caso. Finalmente, el 14 de mayo del año 2013 la Corte IDH declaró internacionalmente responsable a la República Argentina por las violaciones de derechos humanos. En ese sentido, se expidió sobre diversos tópicos, por ejemplo los relativos a la violencia institucional que habían sufrido los menores durante su detención –el fallecimiento de Videla Fernández, pérdida de visión de Lucas Mendoza, etc.–, que sin restarles importancia a ello, solo mencionaremos aquellos que son centrales para el presente trabajo.

401 C.F.C.P Sala II, causa nro.14.087 "Mendoza, César Alberto y otros s/ recurso de revisión", sentencia de fecha 21 agosto de 2012.

Como primer cuestión, la Corte IDH entendió que se violó el principio de proporcionalidad de la sanción penal a niños[402], ya que la Ley 22.278 permite realizar consideraciones respecto de otros elementos más allá del delito cometido, y prevé la posibilidad de imponer a un menor sanciones penales previstas para adultos. En consonancia con ello, afirmó que el plazo de 20 años contemplado en el artículo 13 del Código Penal de la Nación para que los menores condenados pudieran solicitar la libertad y pudieran reintegrarse a la sociedad, era desproporcionado y violatorio artículo 25 de la CDN, pues los niños son obligados a permanecer más tiempo privados de la libertad que el tiempo vivido antes de la imposición de la pena, sin poder acceder a una revisión periódica con el fin de otorgarle una salida anticipada.

Por otro lado, estableció que la desproporcionalidad de las penas impuestas a las cinco víctimas, y el alto impacto psicológico de aquellas, constituyeron tratos crueles e inhumanos, y que dichas penas no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños, ya que operan en un sentido meramente retributivo, con lo cual ello implica la máxima exclusión del menor de la sociedad, y que las expectativas de resocialización se ven anuladas.

Sobre la base de todo lo narrado anteriormente, si bien el Tribunal valoró positivamente los criterios establecidos por la Corte Suprema en el fallo "Maldonado"[403] y la revocación de las condenas perpetuas a los menores por parte de los Tribunales de Alzada, exhortó al Estado a ajustar su marco legal a los estándares internacionales fijados en materia de justicia penal juvenil como así también a diseñar e implementar políticas públicas con fines preventivos de la delincuencia juvenil que favorezcan el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Por otro lado, dispuso que el Estado debía asegurar que no se vuelva a imponer penas de prisión o reclusión perpetuas a

402 Según este principio, la pena aplicable a un niño "…será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad…" (conf. Reglas de Beijing, Regla 17.1)

403 CSJN "Daniel Enrique Maldonado y otro" causa nro. 1174, sentencia dictada el 7/12/2005. Daniel Enrique Maldonado fue condenado por la Cámara Nacional de Casación Penal a la pena prisión perpetua por hechos cometidos cuando tenía 16 años de edad. Aquí la CSJN entendió que la pena impuesta a un adolescente debe ser necesariamente menor a la que se le efectúa a un adulto en función de su culpabilidad disminuida. Asimismo, sostuvo que la sanción penal juvenil debe cumplir con un fin resocializador; y que no se debe valorar la peligrosidad del adolescente. Por otro lado, si bien no declaró la inconstitucionalidad de la imposición de penas perpetuas por delitos cometidos por menores de edad, si especificó que el tribunal sentenciante debe aplicar la escala de la tentativa prevista en el art. 4 de la Ley 22.278, como respuesta adecuada a la culpabilidad del autor.

ninguna otra persona por delitos cometidos en su minoría de edad, y que además debía garantizarse la revisión de aquellas condenas similares de otros menores que en ese momento se encontraban en etapa de cumplimiento.

2. 1. Revisión de otros fallos con condenas perpetuas a menores

Como consecuencia del dictado del Informe N° 172/10[404] de la (CIDH) mencionado *ut supra,* también se analizó la situación de otras personas condenadas a la misma pena a raíz de hechos cometidos cuando aún no habían alcanzado los 18 años de edad.

En efecto, tras un relevamiento efectuado por la Defensoría General de la Nación, se detectó un caso de una sentencia a prisión perpetua dictada en 2010 en la provincia de Santa Fe respecto de un joven que al cometer el hecho tenía 17 años.[405] Dicho caso había sido, como puede advertirse, posterior a la entrada en vigor de la ley 26.061 y de su decreto reglamentario, así como del fallo "Maldonado". Además, se citaron un número de casos en los cuales —no obstante no ser aplicadas por los tribunales— los fiscales habían solicitado, incluso en fechas recientes, penas a perpetuidad, amparados por el régimen legal en vigor.[406]

Otro caso que fue revisado es "Castillo"[407], vinculado a un joven condenado en la provincia de Chaco. El Tribunal Superior de Justicia de esa provincia sostuvo que si bien la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha sido vacilante en cuanto a la vinculatoriedad de los Informes de la CIDH, no puede negarse que estos cuentan con un alto contenido moral, en mayor medida cuando concluyen que el Estado argentino ha sido responsable por las violaciones que detallan. A la luz de ello, el tribunal entendió que la sentencia condenatoria

404 Sitio web de la Corte IDH, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/mendoza_otros/informe.pdf.

405 Juzgado de Menores de la Segunda Nominación de Santa Fe, expediente 1271/2008, fallo de fecha 01/06/2010, que adquirió firmeza el 01/07/2010. Una vez que el caso tomó estado público la defensa oficial presentó un recurso de revisión que fue admitido por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, la cual anuló la sentencia a prisión perpetua que le había sido impuesta. CSJ Santa Fe, "Cabrera, Diego Fabián sobre revisión penal" (Expte. N° 375, año 2012, sentencia del 01/11/2012).

406 Stella Maris Martínez, Nicolás Laino y Javier Mariezcurrena. *Justicia penal juvenil y derecho al recurso Corte IDH, "Caso Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 14 de mayo de 2013,* Serie C N° 260 Página 222 disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/revistas/DERECHOS_HUMANOS_A2_N4.pdf.

407 TSJ de Chaco, Expte. N° 73.091/12, sentencia N° 436, 24 de octubre de 2012.

cuya revisión promovió la defensa "…no ha respetado las directrices establecidas en los Pactos Internacionales aplicables al caso. Ello en tanto, la decisión de la Cámara no exhibe un argumento conforme las pautas mencionadas que permita entender con claridad por qué al dictar sentencia aplicó la pena de prisión máxima, apartándose de la posibilidad de reducción que le brinda la ley 22.278".

Sin embargo, Tribunales Supremos de algunas provincias mostraron su negativa a realizar la revisión de condenas perpetuas a menores con el fundamento que el Recurso de Revisión tenía un carácter excepcional, y que el Informe de la Comisión no era vinculante. Como consecuencia de ello, en el año 2013 – año en que se resolvió el fallo Mendoza en la Corte IDH– ingresa paralelamente en tratamiento a la CSJN el caso Arce, el cual despejó algunas de dudas respecto al recurso de revisión, el alcance de los fallos internacionales y el control de convencionalidad que se debía realizar.

2.2. Revisión del fallo Arce, Diego Daniel[408] (CSJN-año 2014)

El 29 de marzo de 2011, la defensa de Arce interpuso un recurso de revisión contra la sentencia que lo condenó a prisión perpetua. Como hecho sobreviniente, invocó el Informe N° 172/10 de la CIDH, emitido en el marco del caso "Mendoza". La Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó el recurso de revisión interpuesto por la defensa de Arce para lo cual, sostuvo que la revisión de sentencias penales firmes constituye una vía recursiva excepcional, solo reservada para los casos especiales enumerados taxativamente en la ley, en cláusulas que han de ser interpretadas restrictivamente, además negó que un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pudiera contar como un motivo de revisión. Contra esa decisión, la defensa dedujo un recurso extraordinario federal, que fue concedido. Paralelamente, el 14 de mayo de 2013, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado argentino en el caso "Mendoza y otros vs. Argentina" siguiendo, en lo sustancial, las conclusiones del Informe N° 172/10 de la CIDH.

408 CSJN "Arce, Diego Daniel s/ Homicidio agrav". Expte. nro. A.1008, L. 47, dictado el 5 de agosto del 2014. El caso "Arce" tramitó originariamente en la justicia de la provincia de Mendoza, y también involucraba a una persona condenada en el año 2002 a la pena de prisión perpetua por un delito cometido antes de alcanzar los dieciocho años de edad en los términos de la ley 22.278. Dicha circunstancia colocó a Arce en una situación análoga a la de las cinco víctimas del caso "Mendoza", resuelto por la Corte IDH en mayo de 2013.

Con fecha 4 de septiembre de 2013, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó[409] que debía revocarse la sentencia del tribunal mendocino, por no ajustarse a los términos del fallo de la Corte IDH. Con fecha 5 de agosto de 2014, la CSJN hizo suyo los términos y conclusiones del dictamen de la Procuradora General, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia cuestionada.[410]

En su dictamen la PGN sostuvo que sin perjuicio que en el caso Mendoza no se expidieron sobre la situación de Arce, los aspectos que se consideraron relevantes para condenar al Estado argentino en el sistema interamericano también se encontraban presentes en el caso que se estaba analizando, de modo que mediaba cuestión federal suficiente para habilitar la competencia de la CSJN.

Al analizar la situación de Arce, en concreto, la Procuradora advirtió que la decisión que se impugnaba –el rechazo del recurso de revisión por parte del Tribunal Superior de Mendoza– contaba únicamente con fundamentos ligados a aspectos formales relativos a la regulación local del recurso de revisión, y que, en ejercicio del control de convencionalidad, el Poder Judicial debía adecuar sus fallos a los términos de la sentencia de la Corte Interamericana que, más allá del caso específico en que fue dictada, ordenó al Estado que adopte distintas disposiciones de derecho interno de conformidad con el artículo 2° de la CADH.

Con posterioridad al precedente en Arce, en diciembre del mismo año se dicta el Fallo *"Ledesma Resche, Jonathan Mauricio y otros"* de la Sala Segunda de la Suprema Corte de Mendoza[411]. En el año 2001 se lo había condenado a Ledesma a prisión perpetua con 17 años de edad. Por tales motivos, su defensa –que tomó el caso a través de la Asamblea de Derechos Humanos de San Rafael– solicitó la revisión del caso. Este caso tiene una particularidad que se diferencia del resto: el menor no había sido sometido al tratamiento tutelar previo a declarar su responsabilidad[412], violándose así el procedimiento previsto en la Ley 22.278.

---

409 "Arce, Diego Daniel s/ homicidio agravado" – A. 1008, L. 47. Dictamen completo disponible en https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/septiembre/A_D_D_A_1008_L_XLVII.pdf

410 Fallo completo disponible en http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=713223&interno=1

411 CSJ Mendoza, "Ledesma, Jonathan y otros s/homicidio agravado", causa Nº (012174-8999101) sentencia dictada 23 de diciembre de 2014.

412 Según el tribunal, la realización de este no resultaba posible en razón de que Ledesma Reche se encontraba detenido. A la vez, la falta de tratamiento tutelar fue suplida por

A diferencia de la decisión adoptada en Arce por el Supremo Tribunal de Mendoza –que en el en el año 2011 concluyó que no procedía el recurso de revisión–, en esta oportunidad hizo lugar a la revisión, se decretó la nulidad del proceso y se absolvió a Ledesma.

Sin embargo, algunas revisiones que se realizaron con posterioridad no corrieron la misma suerte que las mencionadas, un ejemplo de ello es el caso *González Claudio Nicolás*[413] quien fue condenado por el Tribunal Oral de Mercedes (Provincia de Corrientes) a prisión perpetua por delitos cometidos cuando tenía 17 años. En el año 2015 la Defensoría General de la Nación presentó un recurso de revisión, el cual fue desestimado el 4 de mayo del año 2017 por el Supremo Tribunal de Justicia de Corrientes[414], por entender –entre otros argumentos– que no encuadraba dentro de los supuestos que establece el Código para someterse a revisión, y que además las sentencias que dicta la Corte IDH no son obligatorias, todo ello fundamentándose en la jurisprudencia reciente que había dictado la CSJN en relación con el fallo Fontevecchia Vs. Argentina de la Corte IDH.[415]

3. Condenas excesivas a menores en la Argentina: penas crueles, inhumanas y degradantes

Pasaremos a analizar tres casos puntuales: el primero de ellos es con anterioridad al fallo "Mendoza" se trata de un fallo del Tribunal Oral de Menores nro. 3, que con fecha 16 de junio de 2010 *condenó a Víctor Hugo Valdez a 34 años de prisión* por delitos cometidos a los 17 años de edad. La sentencia fue posteriormente confirmada por

---

la información prevista en el artículo 8 del régimen penal juvenil vigente. Y, finalmente, se consideró cumplida la información del art. 8 con la planilla de antecedentes del condenado. Dicho de otro modo, no solo no se llevó a cabo el tratamiento tutelar que sí resultaba posible pese a la detención del acusado, sino que además tampoco se ordenó la «amplia información sobre la conducta» del menor que requiere el art 8. En su lugar se utilizaron los antecedentes penales del acusado que de ningún modo constituyen el informe requerido por la ley.

413 Tribunal Oral de Mercedes, Sentencia Nro. 02/11, de 5 de abril de 2011, confirmada el 23 de septiembre de ese año por el Superior Tribunal de Justicia de esa provincia.

414 Supremo Tribunal de Corrientes, "González Claudio Nicolás y otros" expediente nro. STP 381/15 del 4 de mayo de 2017, disponible en https://es.scribd.com/document/349523893/Fallo-Tribunal-Superior-de-Corrientes#from_embed.

415 En el caso "Fontevecchia" la mayoría de la Corte Suprema cambió su postura acerca de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenan al Estado argentino a dejar sin efecto decisiones judiciales. Sostuvo que, si bien las decisiones de la Corte Interamericana son "en principio" de cumplimiento obligatorio, no deberían ser cumplidas si el tribunal interamericano actúo en exceso de su competencia, o bien cuando la condena es de cumplimiento imposible por contradecir "principios de derecho público constitucional argentino".

la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, y el Recurso de Queja por REF denegado fue desestimado el 26 de agosto de 2014. Es por ello, que ese mismo año, la Defensoría General de la Nación interpuso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) una petición (P-1747-14), en representación de Valdez, relacionada con las violaciones de los Derechos Humanos ocasionadas en el presente proceso. En el año 2019, la CIDH le dio traslado al Estado Nacional de la petición de Valdez, y corre en la actualidad el plazo para que el Gobierno Argentino responda la requisitoria.

Por otro lado, la actual defensa de Valdez –Dra. Claudia Cesaroni y Dr. Lerner–, presentaron en junio de 2019 un recurso de revisión por la pena impuesta, en consonancia con los argumentos de los fallo "Mendoza" y "Maldonado". Dicho recurso fue desestimado el 14 de junio de 2019 por la Sala de turno de Casación[416] porque –entre otros argumentos– el precedente Mendoza no sería aplicable al presente caso, en tanto la pena impuesta a Valdez tiene un límite temporal marcado (34 años de prisión), mientras que en el primero trataba sobre penas perpetuas, y por otro lado, sostuvieron que el recurso de revisión se contempla para determinados casos.[417] No queremos dejar de destacar que si bien la C. de Casación sostiene que la condena del nombrado posee un límite temporal, nótese que el nombrado recién podrá solicitar su libertad condicional cuando cumpla 22 años y 6 meses de detención, es decir *en un plazo más gravoso* del que regía en la antigua redacción del Código Penal para los jóvenes del caso Mendoza que fueron condenados a perpetua, esto es 20 años. Actualmente, el trámite se encuentra en queja a la CSJN a la espera de una resolución, y por otro lado está pendiente el trámite ante la CIDH, mientras tanto Valdez se encuentra detenido hace más de 11 años en una Penal de máxima seguridad en la provincia de Chaco.

El segundo caso es el de *Villafañe Cristian Darío*, quien fue *condenado a 27 años de prisión* por el Tribunal de Responsabilidad

416 Cámara Nacional de casación en lo Criminal y Correccional - Sala de turno causa nro. 500000964/2008/1/rh2 reg. n° st 906/2019 de fecha 14 de junio de 2019.

417 "(..) Parece evidente que los organismos que controlan el cumplimiento de los instrumentos internacionales mencionados han coincidido en la imposibilidad de que el Estado argentino pueda habilitar la imposición de penas tan altas como la impuesta a V.H.V. Entiendo también que una falta de tratamiento de un agravio como es la imposición de penas a perpetuidad a jóvenes en virtud de no encontrar un encuadre en los taxativos incisos de un Código Procesal Penal de neto corte inquisitivo, no es congruente con la garantías de debido proceso, el principio pro persona y el respeto de los derechos humanos(..)". Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/47888-condena-impuesta-delito-cometido-cuando-era-menor-edad.

Penal Juvenil 3 de San Isidro en el año 2016, es decir con posterioridad al fallo "Mendoza". La defensa apeló dicha sentencia y la Cámara de Casación Bonaerense le redujo la pena a *26 años de prisión*. Su defensa presentó un Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires[418] en el que se planteó la arbitrariedad de la sentencia y una falta de revisión integral en cuanto a *la decisión de no aplicar la escala reducida de la tentativa.* Por otro lado, sostuvo que hubo una violación y errónea aplicación de la normativa que establece el régimen penal juvenil. El 20 de noviembre de 2019, se hizo lugar de manera parcial al recurso, y se remitió a Casación para que dicte una sentencia conforme a derecho. Al día de la fecha la C. de Casación aún no se ha pronunciado.

Por último, otro fallo que se dictó con posterioridad a Mendoza, es el caso *de M. I. M.G., quien fue condenado a la pena de 21 años y 6 meses* por el Juez de Menores de Venado Tuerto, sentencia que fue confirmada por la Cámara de Apelación el 28 de febrero de 2018. Su defensa interpuso un recurso de inconstitucionalidad sobre la base del principio de especialidad del derecho de menores y la proporcionalidad de la pena, la que debe ser acorde al injusto enrostrado y a la reinserción social que se pretende del justiciable. Agregó que lo *que habilita la vía de revisión planteada es la incidencia que ostenta en el caso el informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, surgiendo la necesidad de constatar si la* "pena altísima" *que se le impuso a M. G. resulta compatible con los estándares internacionales en la materia.*

Por otro lado, discrepó con la interpretación que el fallo recurrido hizo del precedente "Maldonado" de la Corte nacional, en lo atinente a la no obligatoriedad de seguir las reglas de la tentativa en los casos de los niños.

Concluye que las reglas de la tentativa debían aplicarse en el presente, porque permiten atenuar adecuadamente las consecuencias represivas del injusto, en consideración de la edad del encartado y de la necesidad de que este, como persona en formación, no reciba un "impacto aplastante" en su voluntad positiva de resocialización. Agrega que no basta con no aplicarle prisión perpetua, sino que además se requiere una valoración más específica en lo atinente a la individualización de la pena. Dicho recurso fue rechazado.

418 Suprema Corte de la Prov. De Buenos Aires, CN P-131077-1 "Villafañe, Cristian Darío s/ Recurso extraordinario de aplicabilidad de ley", dictada el 20 de noviembre de 2019. Disponible en https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=172451.

Finalmente el 12 de febrero de 2019 la Suprema Corte de Santa Fe admitió el Recurso de queja y concedió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto[419] el cual aún no se encuentra resuelto.

Si bien es cierto que la jurisprudencia de la Corte Suprema hizo algunos avances, sobre todo tras la condena internacional impuesta al Estado argentino en el caso "Mendoza", pareciera que eso solo fue de manera temporal, y tampoco fue suficiente. No es un dato menor que en el sitio web oficial de la Corte IDH mediante el cual se le pueden dar seguimiento a los casos, surge específicamente en la sección "etapa de supervisión"[420], que el Estado argentino en el caso "Mendoza" aún no cumplió con todas las obligaciones impuestas.[421]

Es importante subrayar que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema fijada en "Maldonado" no ha evitado que continúen imponiéndose penas de prisión perpetuas por hechos cometidos por personas menores de edad, ni el dictado del fallo "Arce" ha garantizado todavía la revisión de todas las condenas perpetuas o penas excesivas impuestas a menores que actualmente se ejecutan. No es un dato menor destacar que con el fallo Fontevecchia de la CSJN, a nuestro entender, se hizo un retroceso en materia de Derechos Humanos, y que de admitirse el caso de Valdez ante la CIDH, el *Estado Argentino puede ser nuevamente declarado internacionalmente responsable en los mismos términos que en el fallo Mendoza*.

Por último, a lo largo de este trabajo se ha podido ver como las revisiones muchas veces se ven frustradas por las trabas que presentan los Códigos Procesales. No se puede obviar que el Estado Argentino ha sido nuevamente condenado por la Corte IDH en septiembre de 2019 en el caso Gorigoitía Vs Argentina[422], donde se reiteró la necesidad que el Estado Argentino adecúe su régimen recursivo a fin de posibilitar la revisión integral del fallo. Tal es así, que señaló: "en virtud de la similitud entre el presente caso y el de Mendoza y otros

419 Suprema Corte de la Prov. de Santa Fé. M. G., M. I. S/ Recurso de Inconstitucionalidad (Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00511932-1) dictada el 12 de febrero de 2019. Disponible en http://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=47803

420 Sitio web oficial de la Corte IDH, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm

421 Sitio web oficial de la Corte IDH, http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/argentina/mendoza/mendozap.pdf

422 El 2 de septiembre de 2019 la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado de la Argentina por la violación al derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior en perjuicio del señor Oscar Raúl Gorigoitía, y por el incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno debido a la regulación del recurso de casación en la Provincia de Mendoza en la época en que ocurrieron los hechos del caso.

vs. Argentina en lo que respecta a esta garantía de no repetición, *su cumplimiento será supervisado por la Corte en forma conjunta*".[423]

4. Violación al principio de especialidad en la ejecución de la pena

El principio de especialidad que rige en la materia propugna extender la aplicación de leyes orgánicas, procesales y de ejecución diferentes de las previstas para los adultos, aun cuando el niño adquiera la mayoría de edad. Así, el art. 6 de la Ley 22.278, establece que –salvo excepciones– al cumplir los 18 años será trasladado a un Establecimiento Penitenciario. La Ley 24.660 en sus arts. 197 y 198 regula un régimen especial de jóvenes adultos, entre 18 y 21 años.[424] Ahora bien, es desacertado creer que esos artículos regulan un régimen especial para jóvenes que exclusivamente cometieron delitos siendo menores de edad**,** *ya que en realidad allí también se encuentran alojados jóvenes que cometieron hechos en su mayoría de edad*. Ello trae como consecuencia que se viole la doctrina emanada del precedente 'Maldonado' de la CSJN, las recomendaciones efectuadas en la Observación General nº 24[425] del Comité del Niño, como así también de lo dispuesto en el art. 37, inciso "c" de la CDN, en cuanto establece que "…todo niño privado de su libertad estará separado de los adultos…" por su condición de persona en desarrollo.

Por otro lado, como explicó la CSJN en el fallo ACJ[426], *la revisión periódica* que establece el art. 25 de la CDN –en consonancia

423 Corte IDH, caso Gorigoitía vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2019, puntos 73 y 74.

424 Ley 24.660 Art. 197. — Los jóvenes adultos de dieciocho a veintiún años deberán ser alojados en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos. En su tratamiento se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación profesional y en el mantenimiento de los vínculos familiares. ARTÍCULO 198. — Excepcionalmente y mediando los informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, quienes hayan cumplido veintiún años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir veinticinco años. Luego serán trasladados a un establecimiento para adultos.

425 "Un niño, niña o adolescente privado de su libertad no debe ser alojado en una cárcel para adultos ya que existen demasiadas pruebas de que compromete su salud, las seguridades básicas y la posibilidad de reintegrarse en el futuro. El permiso excepcional a este principio que se encuentra establecido en el artículo 37 (c) de la Convención –'a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño'– debe ser interpretación estrictamente y no se deben anular los intereses de los niños por la mera conveniencia de los Estados" (cfr. párr. 92).

426 Corte Suprema de Justicia de la Nación. "ACJ". Causa Nº 743/2014. 31/10/2017. En este caso, una persona menor de edad había sido condenada a la pena de doce años de

con el menor tiempo de detención–, no se encuentra regulada expresamente en la Ley 22.278. Es decir, que para obtener algún tipo de salida "anticipada" –lo cual solo conllevaría las salidas transitorias, libertad condicional, etc.– se debe someter al joven a la regulación de la Ley 24.660. No solo –como ya lo explicamos– esta Ley no está prevista para personas que cometieron hechos en su minoría de edad, sino que además, es personal del Servicio Penitenciario quien se encarga de realizar los informes de los tratamientos a los que son sometidos los jóvenes, quienes no se encuentran capacitados para abordar temáticas específicas que requiere la niñez. La Observación General nro. 24[427] determina que el periodo para solicitar la salida anticipada debe ser menor que el del adulto. Ahora bien, ¿cómo se regula ello?, ¿queda nuevamente al arbitrio del Juez fijar el periodo de tiempo de cuándo puede un joven puede solicitar una salida anticipada? *Pareciera que al no existir una regulación específica sobre cuando un menor puede solicitarla o cada cuanto tiempo debe realizarse la revisión periódica, los jueces* "legislan" *indirectamente.*

Por ello, compartimos los argumentos que expresó la CSJN en el Fallo ACJ: "(...) el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, a la de la Convención sobre los Derechos del Niño' (considerando 7°), cabe requerir al Poder Legislativo que en un plazo razonable adecue, en lo pertinente, la legislación penal juvenil a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos"(..).

Así, como lo explica Mary Beloff, más allá de que someter a un condenado por un delito cuando era menor de edad a las mismas con-

---

prisión por el delito de homicidio agravado. El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro confirmó la sentencia. La defensa interpuso un recurso extraordinario federal contra esa decisión. Entre sus argumentos, sostuvo la inobservancia del principio de interés superior del niño y del uso de la pena de prisión como medida de ultima ratio y durante el período más breve que proceda en consonancia con lo dictaminado en "Mendoza vs Argentina". Si bien la sentencia fue confirmada, la CSJN vuelve a hacer hincapié en la necesidad que el Poder Legislativo adecue el Régimen Penal Juvenil a los estándares internacionales para que se puedan realizar las revisiones periódicas.

427 "Ningún niño, niña o adolescente menor a los dieciocho años de edad al momento del hecho debe ser condenado a una pena de prisión perpetua sin posibilidad de acceder a institutos de libertad anticipada. El período previo a la solicitud de liberación debe ser sustancialmente menor al de los adultos […]. El Comité recuerda que los Estados parte que condenan a los niños a penas de prisión perpetua en estas condiciones deben esforzarse por alcanzar los principios establecidos en el artículo 40 (1) de la Convención. Esto significa, inter alia, que un niño condenado a una pena de prisión perpetua debe recibir educación, tratamiento y cuidado al momento de su liberación, reintegración […]" (cfr. párr. 81).

diciones que a un condenado mayor de edad frustra dos principios centrales –la especialidad y la prevención especial positiva como sentido esencial y único del castigo penal impuesto a los jóvenes–, hacerlo colisiona también con el principio de legalidad de las penas en tanto *no es posible agravar las condiciones de cumplimiento de la condena solo por el hecho del transcurso del tiempo que convierte a una persona de niño en adulto*.[428]

5. El proyecto de reforma a la Ley 22.278

La redacción actual de la Ley 22.278 –entre sus tantas falencias– no fija un límite a la imposición de pena, es decir que más allá que el Juez decida aplicar la reducción prevista en el art. 4, como resultado puede quedar una escala penal muy amplia, dejando así al libre arbitrio de los Jueces a que fijen penas desproporcionadas –equiparables a crueles, inhumanas y degradantes– que no encuentran sustento en la reinserción del menor y violan el principio de culpabilidad y especialidad. Parece absurdo que, 7 años después del fallo "Mendoza" se tenga que interponer recursos de revisión ante los Supremos Tribunales –por condenas que superan los 20 años como en el caso de Villafañe y M.G.M.I– para que estos les "recuerden" a los tribunales inferiores que *fijar este tipo de penas es contrario a la CDN*, generándose un dispendio jurisdiccional innecesario.

En junio del 2018 el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones finales[429] sobre la Argentina, en el punto nro. 43 exteriorizó una gran preocupación porque el Régimen Penal Juvenil vigente sigue rigiéndose por la Ley 22.278 pese a su incompatibilidad con la Convención, y entre otras cuestiones, destacó en el inc. e) "A pesar de que el Estado parte ha acatado la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2013, debe abstenerse de condenar a niños a prisión perpetua o a penas equivalentes, sentencias posteriores dictadas por algunos tribunales provinciales han dado lugar *a la imposición de penas de reclusión que van de 20 a 27 años*".

Por otro lado, le recomendó a la Argentina: *a) "Apruebe una ley general de justicia juvenil compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil,* en particular en lo que respecta a garantizar que la privación de libertad solo se utilice como último recurso y por el período de tiempo más breve

428 Mary Beloff. *Nuevos problemas de la justicia penal.* Buenos Aires, Ad Hoc, 2017.

429 Informe disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1163&Lang=es

posible, *y que no incluya disposiciones que puedan endurecer las penas o reducir la edad de responsabilidad penal*".

Ahora bien, finalmente –después de numerosos fracasos por intentar reformar el Régimen Penal Juvenil– en *marzo del año 2019 se presentó en la Honorable Cámara de Diputados un nuevo proyecto de reforma*[430] de la Ley 22.278. Si bien es una ley que dice ajustarse a los estándares internacionales, es evidente que hizo caso omiso a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.

Presenta ciertas falencias de las cuales podemos destacar: a) La baja de edad de imputabilidad de 16 a 15 años para delitos graves (Art. 1 y 2), es decir que los jóvenes de 15 años pueden ser pasibles de una condena de hasta 15 años de prisión. Esto no solo conlleva una vulneración al principio de no regresividad en derechos humanos, sino que además es sabido que la baja de edad de imputabilidad es un método ineficaz para que los jóvenes no cometan delito. Una propuesta normativa superadora para los adolescentes y niños no punibles menores de 16 años, excluye indefectiblemente la pena privativa de libertad, debiendo ser abordado por los dispositivos de promoción y protección previstos *por fuera de la órbita penal*.

Por otro lado, si bien en su art.50 prohíbe la pena de prisión o reclusión perpetua, no se plantea un tope máximo de las penas privativas de la libertad para los adolescentes de 16 y 17 años que sean condenados es decir que el esquema no varía del que se encuentra vigente actualmente sino que además lo empeora: en la redacción del proyecto no se prevé que el Juez pueda absolver al menor, ni tampoco la posibilidad de una escala reducida (Art. 50, 52 y 68). Como sabemos, ello viola también el principio de especialidad que rige en la materia, ya que los menores pueden ser pasibles de la misma pena que un adulto, violando las doctrinas sentadas en el precedente Maldonado y Mendoza.

El proyecto oscila entre un sistema "beneficioso" para los delitos más leves basado por ejemplo en un criterio de oportunidad, o en medidas alternativas a la pena como la conciliación, la suspensión del juicio a prueba, etc. (art. 15, 23 y 24), y otro para los casos más graves que no muestra diferencias con el sistema previsto para los adultos, como ya lo hemos analizado.

No podemos dejar de señalar que algunos países latinoamericanos poseen un Régimen juvenil que –como lo explica la Dra. Beloff

430 Disponible en https://www.hcdn.gob.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias_0912.html

en su análisis[431]– establecen *un límite de pena,* siendo a nuestro criterio una de las soluciones más adecuadas para reparar el problema de la discrecionalidad de los jueces al momento de fijar una pena privativa de la libertad en la Argentina. Por cuestiones de brevedad no será analizado cada uno de los regímenes, pero solo a modo de ejemplo podemos mencionar que la mayoría de los países latinoamericanos rondan en un límite de pena entre 3 y 8 años, lo que convertiría a la Argentina en uno de los países latinoamericanos con el límite más alto de pena. Como sabemos, la Corte IDH ha indicado que el Estado debe realizar un esfuerzo sustancial para garantizar la rehabilitación del joven a fin de permitirle cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad[432], viéndose ello frustrado a todas luces con este proyecto de Ley del Régimen Penal Juvenil.

Finalizando con el análisis, queremos remarcar un aspecto que ha sido criticado a lo largo de este trabajo, y que puede mencionarse como un avance, y es que en el proyecto de ley se regula *la revisión periódica (Art. 67)*[433], estableciendo que estas deben practicarse cada 8 meses.

Por último, y no por ello menos importante, consideramos que si bien es necesario que se realice una reforma de la Ley 22.278 que sea acorde a los estándares internacionales mencionados a lo largo de este trabajo, también creemos fundamental que se continúe *avanzando con las reformas provinciales,* ya que muchas de ellas son novedosas y han realizado aportes muy significativos en la materia.

6. Conclusión

A lo largo de este trabajo se analizó la repercusión que tuvo el fallo "Mendoza" en nuestro ordenamiento jurídico, y en principio, se pudo concluir que si bien se avanzó en algunos aspectos, también creemos que aún falta mucho para lograr que se respeten los derechos de los niños, ya que no alcanza solamente con no imponer

431 Mary Beloff. "Los sistemas de Responsabilidad Juvenil en América Latina". Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Disponible en https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica08.pdf

432 CIDH "Caso Villagrán Morales y otros", sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 185.

433 Art. 67 "Evaluación periódica. Las medidas impuestas en el marco de los arts. 21 a 24 de la presente y las sanciones dictadas por sentencia firme deberán ser revisadas con la finalidad de evaluar si, conforme a la evolución demostrada por el adolescente, existen o no motivos para mantenerlas, revocarlas, reducirlas o sustituirlas por otras (…) Las medidas o sanciones que comprendieren u plazo mayor a dos (2) años deberán ser revisadas, al menos cada ocho (8) meses".

penas perpetuas. Como ejemplificamos, algunos Tribunales han fijado penas que superan –muchas de ellas– los 20 años de prisión, transformándose así en una medida retributiva no educativa y en consecuencia en una pena que es cruel, la cual *jamás puede cumplir con el fin resocializador del menor.*

Como ya lo explicamos, el principio de especialidad se debe aplicar durante todas las etapas del proceso, y es por ello entendemos necesario que la Ley 22.278 se adecue a la CDN y a los estándares mencionados en el fallo "Mendoza". Sin dejar de afirmar que el encierro es una medida de *ultima ratio*, consideramos que, para el caso que ello suceda debe ser por el menor tiempo posible, siendo necesario que se establezca un límite a la imposición de pena, para poder evitar la discrecionalidad del juzgador que –como ya vimos– muchas veces concluye en penas excesivas y crueles. Por otro lado, resulta un contrasentido que la supervisión y los lugares de cumplimiento de las codenas pasen a las esferas judiciales y administrativas propias de la justicia de adultos, siendo que la etapa de ejecución resulta fundamental para la reinserción del menor, es por ello que no solo se debe garantizar un lugar adecuado de alojamiento separado de otros adultos, sino que además se debe establecer un plazo estimativo de cada cuanto proceden las revisiones periódicas de un menor con el fin que acceda a una salida anticipada, lo que permite además una cercanía del menor con el Tribunal.

Por último, volvemos a remarcar que bajar la edad de imputabilidad viola el principio de no regresividad, y que lo único que generaría es más niños en encerrados y menos niños resocializados. No se debe cargar sobre las espaldas de los niños los defectos de la intervención de los adultos que no han sabido garantizar sus derechos, sino que se debe implementar una justicia restaurativa, como así también reinstalar la discusión sobre la prevención del delito juvenil e implementar políticas eficaces para ello. Es necesario asegurar las necesidades básicas de los niños y los adolescentes, como la salud, la vivienda y el alimento sobre todo en la primera etapa de la infancia, ya que está comprobado que las reformas legales no acompañadas por reformas institucionales solo derivarán en un mayor número de niños privados de la libertad.

Queremos cerrar nuestro trabajo con unas palabras expresadas por Adolfo Pérez Esquivel las cuales compartimos: "Una sociedad que no es sensible con los chicos es una sociedad que hipotecó el presente y el futuro".

7. Bibliografía

Beloff, Mary, *Nuevos problemas de la justicia penal*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2017.

Beloff, Mary, ¿Qué hacer con la justicia juvenil?, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016

Freedman, Diego, "Convención sobre los Derechos del Niño" en Mary Beloff, Virginia Deymonnaz, Marisa Herrera y Martiniano Terragni (coords.) *Tratado de los Tratados Internacionales comentados*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2011.

Martínez, Stella Maris, Laino Nicolás y Mariezcurrena Javier. 2014. "Justicia penal juvenil y derecho al recurso" en *Revista Derechos Humanos.* Año II, N° 4, pág. 217.

Terragni, Martiniano, *Proceso Penal Juvenil. Práctica y Jurisprudencia*. La Ley, Buenos Aires, 2015.

Terragni, Martiniano. "Estándares aplicables al proceso penal juvenil: la opinión de las Cortes", en coautoría con el Dr. Diego Freedman, en *Revista Derecho de Familia,* marzo-abril 2010, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis.

Acto infraccional: reincidencia en la ciudad São Luís, enero a junio de 2018

Raimunda Irlanda Cabral Santos Rezende[434]

1. Introducción

El presente artículo surgió debido a la percepción de haber un gran número de jóvenes reincidentes en conflicto con la ley en la ciudad de São Luís. El objetivo de la investigación consistió en describir y analizar las determinaciones que inciden en el fenómeno de la reincidencia en la práctica de actos infraccionales por adolescentes, en la ciudad de São Luís. Juventud, acto infraccional y reincidencia son categorías que, para el sentido común de la sociedad brasileña, se articulan en el estudio del fenómeno de la reincidencia de los adolescentes en la práctica de actos infraccionales, en el contexto de una investigación de cuño descriptivo, condujo a la identificación de múltiples determinaciones que se relacionan de forma dialéctica en su producción, atravesando el ámbito de la esfera privada y pública de la vida de los participantes de la investigación. Dentro de estas determinaciones, se menciona al propio Sistema de Atención al Adolescente Autor de Acto Infraccional, que en los últimos años está pasando por un amplio proceso de reordenamiento, en el sentido de atender al preconizado a través del Estatuto da Crianza e do Adolescente (ECA) – Estatuto del Niño y del Adolescente.

Para una mayor comprensión en la descripción del fenómeno de la reincidencia entre jóvenes en conflicto con la ley en la ciudad de São Luís se realizó una comparación con estudios anteriores.

2. Objetivos

2.1. Objetivo generales

Establecer la relación del acto infraccional con la reincidencia en la justicia juvenil dela isla São Luís en Brasil.

434 Comisaria de Justicia de la Infancia y de la Juventud en la ciudad de São Luís-MA/Brasil, doctoranda en Derecho Penal en la UBA, estudiante de maestría en Ciencias criminológicas-forenses en UCES.

2.2. Objetivos específicos

- Identificar las causas de la reincidencia del acto infraccional
- Describir el acto infraccional en la ciudad de São Luís
- Evaluar el cumplimiento de las medidas socioeducativas

3. Problema

Entonces pregunta: ¿Cuáles son los factores determinantes para los jóvenes cometer actos infractores en la ciudad de São Luís? ¿Por qué muchos practican la reincidencia en São Luís? Son preguntas que surgen naturalmente al observar la realidad de estos jóvenes que son cada vez más involucrado en el crimen.

4. Material y Método

El estudio de la reincidencia en jóvenes en conflicto con la ley en la ciudad de São Luís fue realizado en el período de enero a junio de 2018. Se visitaron seis centros de internación: cinco de estos actúan en el cumplimiento de medidas socioeducativas de hasta tres años y uno funciona como medida provisoria de hasta 45 días.

Los criterios para la selección de los sujetos fueron: adolescentes, de sexo masculino y femenino, a los que se les aplicaron medidas de internación o libertad asistida en la ciudad de São Luís, reincidentes en el cometimiento de actos infraccionales y que tuviesen otros ingresos en el sistema con la aplicación de las referidas medidas.

La primera etapa consistió en el análisis de procesos y términos de audiencia, registros técnicos sobre la ejecución de las medidas socioeducativas, informes de los equipos técnicos de la Vara de la Infancia y Juventud e informes de instituciones de la red de atención. Tales documentos permitieron el conocimiento del grupo estudiado en cuanto a sus condiciones y modo de vida, a la trayectoria institucional, a las intervenciones técnicas y a la inserción en las políticas públicas.

En la segunda etapa, se seleccionaron los adolescentes con mayor y menor número de actos infracciónales y, del conjunto, aquellos que todavía estaban cumpliendo una medida socioeducativa, realizándose, entrevistas. El propósito de las entrevistas era conocer los factores de riesgo y de protección en la vida de los adolescentes, el proceso de producción de la reincidencia y las intervenciones efectivizadas por el sistema de atención, desde la óptica de los entrevistados.

La tercera etapa consistió en el análisis de los datos, a través del análisis de contenido y una comparación con datos anteriores que

fue colectado a partir de informes de diferentes períodos de órganos del Estado.

5. Marco Teórico

La directriz legal del sistema de justicia juvenil brasileño es la Constitución Federal y el Estatuto de Niños y Adolescentes, ambas normas nacionales. A nivel internacional se encuentra la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de las naciones para la administración de la justicia juvenil - Reglas de Beijing y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad.

Shecaira (2015) aclara:

> En todas estas normas, los principios rectores son, esencialmente, el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derechos en una condición especial de desarrollo y, como corolario lógico, el interés superior de estos últimos, para indicar un tratamiento legal que no represente el desprecio por su derechos, y aún menos, estigmatización o exclusión (p.44-65).[435]

Así, Roxin (1997) advierte la existencia de cinco campos "vecinos" del derecho penal material; uno de ellos es el derecho penal juvenil, y se caracteriza no por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial calidad del autor.[436]

La percepción de Roxin aparece ajustada en relación con la particularidad del menor de edad.

Con la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente, se incluyó una nomenclatura específica para los actos practicados por los jóvenes infractores de la ley, fundada en el principio de legalidad, estableciendo y tipificando las conductas que, cuando se violan, imponen la aplicación de las medidas socioeducativas aplicables al caso hormigón. El acto infraccional será cualquier conducta descrita como crimen o delito menor.

Puntúa Liberati (2006) que para el acto infraccional, cometida por una persona menor de 18 años, se aplica la medida socioeduca-

---

435 Shecaira, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil,* 2ª Ed., Rev. e atual, San Pablo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 44-65.

436 Roxin, C., *Derecho Penal. Parte Gral.*, 1997, p. 44

tiva, de naturaleza punitiva, imponente y retributiva, cuyo propósito es evitar la reincidencia en un pedagógico y educativo.[437]

Konzen (2007) aclara que la medida socioeducativa del derecho penal puede producir para el receptor, como consecuencia, la pérdida o la posible pérdida de libertad.[438]

Foucault (1984) dice sobre la prisión:

> A prisión no puede dejar de fabricar criminales. Los fabrica para el tipo de existencia que hace que los detenidos lideren: que están aislados en sus celdas, o que se les impone un trabajo inútil, para el que no encontrarán ningún uso, de todos modos es no pensar en el hombre en la sociedad; es crear una existencia contra la naturaleza inútil y peligrosa.[439]

Las medidas socioeducativas fueran instituidas con un carácter pedagógico y en cada caso se establecerá la medida adecuada. Para este propósito, la severidad de la acción y el perfil del adolescente que incurrió en la práctica de la infracción son analizados. Cuando el adolescente practica un delito por segunda vez, este hecho es llamado reincidencia, que no es más que repetir el daño, la ofensa.

Foucault (1984) habla que la detención provoca reincidencia; después de salir de la prisión, uno tiene más posibilidades que antes de regresar a ella, los condenados son en proporción considerable, exreclusos.[440]

En muchas situaciones, las instituciones, aunque creadas para proteger y educar a los niños y adolescentes, terminaron convirtiéndose en verdaderas "fábricas" de delincuentes.

6. Resultados obtenidos

De los 910 procesos de la Vara de la Infancia y Juventud, 717 son referidos a adolescentes y responden por más de un acto infraccional. Otro dato recogido es que tienen un determinado tipo de acto

---

437 Liberati, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 9. Ed., SanPablo, Malheiros, 2006, p. 102.

438 Konzen, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentido no itinerário da alteridade,* 2007, p. 36.

439 Foucault, Michael. *Vigiar e Punir: história de violência nas prisões,* 13ª.ed., Petróplis, Vozes, 1996, p. 235.

440 Foucault, Michael. *Vigiar e Punir: história de violência nas prisões,* 13ª.ed., Petróplis, Vozes, 1996, p. 234.

infraccional que la reincidencia es más frecuente como lo demuestra el gráfico abajo:

Gráfico I. Índice de reincidencia en el período de enero a junio de 2018

Fuente: Vara de la Infancia y Juventud

Se verificó también que la mayoría de los adolescentes que cometen actos infraccionares son del sexo masculino.

Gráfico II. Índice de reincidencia por género

Fuente: Vara de la Infancia y Juventud

El 51,7% de los jóvenes reincidentes en São Luís tienen 17 años de edad.

Además, otro dato está en relación con el cumplimiento de las medidas aplicadas en los casos de reincidencia:

Gráfico III. Índice de cumplimiento de medidas aplicadas en caso de reincidencia

Fuente: Vara de la Infancia y Juventud

La ausencia, dentro de la familia, de un lugar de aceptación, de valorización, de reconocimiento e, incluso, ocurriendo en otras relaciones sociales, lleva a la no pertenencia, a la dificultad de encontrar con quién y con qué identificarse. De esta manera, se presentan el uso de las substancias psicoactivas, el involucramiento con el tráfico y la práctica del crimen y la reincidencia, así como la utilización de la droga como medio para insertarse en un grupo y poder lidiar con el sufrimiento, el crimen como forma de conquistar la seguridad y la pertenencia. Los elementos destacados en este punto, que remiten a expresiones de la cuestión social en el contexto de la sociedad brasileña, específicamente, de la ciudad de São Luís, en la interacción dialéctica, se constituyen en determinaciones para la continuidad de la práctica de actos infraccionales y en la falta de su redefinición en la producción de la reincidencia como expresión de la violencia.

Tabla I. Causas para la reincidencia señaladas por los jóvenes en conflicto con la ley:

Sexo	Estigmatización del sistema	Ausencia familiar	Uso de substancia psicoactivas	Involucramiento Con tráfico
Masculino	50%	25%	10%	15%
Femenino	35%	30%	15%	20%

Fuente: Entrevistas con 20 jóvenes cumpliendo medidas socioeducativas

En la entrevista con uno de los jóvenes reincidente en la práctica de acto infraccional, se le preguntó por qué consideraba la estigmatización del sistema como la principal causa; la respuesta fue que ya era considerado marginal, que su palabra no tenía valor. Por lo tanto, no importaba si practicaba uno o varios crímenes.

7. Discusión y conclusión

Tabla II –Comparación de porcentaje de reincidencia en la internación de enero/junio de 2017 y enero/junio 2018

Unidades	Alto da Esperanza		Eldorado		Sítio Nova Vida		Florescer Internação		Semear Internação
Año	**2017**	**2018**	**2017**	**2018**	**2017**	**2018**	**2017**	**2018**	**2018**
Atendidos	30	37	82	95	25	86	3	4	95
Reincidencia	1	13	2	4	1	5	0	1	7
Porcentaje	**3,33**	**3,51**	**2,43**	**4,21**	**4**	**5,81**	**0**	**25**	7,36

Fuente: Informe de las Unidades Socioeducativas

En la comparación se percibe un significativo aumento en el número de reincidencia de acto infraccional en la ciudad de São Luís.

En São Luís, ciudad donde se realizó la investigación, se percibe que el aumento de la reincidencia es una realidad y que tiene que ser abordada para pensar en los motivos que llevan al adolescente a reiterar la práctica de estos actos y en todas las cuestiones que, de alguna forma, están relacionadas a su vida y al lugar que él ocupa en el medio social.

Roxin (1998) expresa el problema en estos términos:

> (…) la sociedad tiene que aceptar el deber de reparar en el delincuente, su carencia no debe combatirlo ni marginarlo, debe aceptarlo como parte de

> la sociedad, ayudarlo a convertirse en aquello que estaría a su alcance si las condiciones estuviesen a su favor (p. 87).[441]

De las palabras de Roxin (1998) se desprende la responsabilidad que tiene la sociedad de ofrecer una oportunidad de integración.

Los adolescentes estudiados en la investigación indican que la estigmatización, la ausencia de apoyo familiar y el involucramiento con la droga y con el tráfico son causas que pueden llevar a la reincidencia.

Además, se observó en la visita a los seis centros de internación que los alojamientos son degradantes, húmedos, hediondos y oscuros con poco acceso a actividades físicas y pedagógicas y, además, están superpoblados; hechos que dificultan la reeducación de estos jóvenes en conflicto con la ley.

8. Bibliografía

Becker, H. S. (2009). *Outsiders: Estudos de Sociologia do desvio*. (M.L. Borges, Trad.), Río de Janeiro, Zahar.

Colombo, I. R., Breuer, S. C. (2010). *Menores y Adultos: en conflicto con la Ley*, Buenos Aires, Cauquen.

Foucault, M. (1996). *Vigiar e Punir: história de violência nas prisões*. 13ª.ed., Petrópolis, Vozes, 1996.

Goffman, E. (1988). *Estigma: notas sobre a manipulação de identidade deteriorada.* (4ª Ed.). (M. B. M. L. Nunes, Trad.). Rio de Janeiro, LCT.

Liberati, W. D (2006). *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*, 9° ed., San Pablo, Malheiros.

Konzen, Afonso Armando (2007). *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentido no itinerário da alteridade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora LTDA.

Maior, O.S. S., Jr. (2006). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, 8ª Ed., San Pablo, Malheiros.

Roxin, C. (1997) *Derecho Penal. Parte Gral.*, 2ªEd., Madrid, Civitas.

_____ (1998*) Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3ª Ed*., (A. P. dos Santos, Trad.), Lisboa, Veja

Shecaira, S.S. (2008). *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil,* San Pablo, RT.

_____ (2015) *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenilm,* 2ª Ed., Rev. e atual, San Pablo, Revista dos Tribunais.

Silva, R. (1997). *Os filhos do Governo: A Formação da Identidade Criminosa em Crianças Órfãos e Abandonadas*, San Pablo, Ática.

441 Roxin, C. (1998). *Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3ª Ed.,* (A. P. dos Santos, Trad.), Lisboa, Vega

El impacto del sistema penal sobre los niños, niñas y adolescentes cuyos padres y/o referentes adultos se encuentran privados de la libertad

Luciano Cadoni[442] *y María Belén Masola*[443]

1. Introducción

El encarcelamiento no constituye únicamente una privación de libertad, sino que además implica una privación de roles familiares[444] (García-Borés, 2003; OSPDH, 2006; García-Borés, Rivera Beiras, 2016; Rivera Beiras, 2017). Este fenómeno se intensifica si se tiene en cuenta, además, que nos encontramos en una etapa de encarcelamiento masivo con altísimos índices de hacinamiento[445] que provocan claras violaciones de derechos humanos hacia los reclusos y hacia a sus familias.

Si se parte del postulado por el cual la condición de persona privada de la libertad es *per se* una condición de vulnerabilidad, y si se agrega que la prisión como institución total, despersonaliza a cualquier sujeto, se podrá afirmar que esa misma despersonalización se extiende a todas aquellas personas que, desde el exterior son atra-

442 Oficial de Programas de Protección de los Derechos de la Niñez. Church World Service (CWS). Oficina para América Latina y el Caribe en Buenos Aires.

443 Abogada de la Universidad de Buenos Aires y magíster en Criminología, Política Criminal y Sociología jurídico penal de la Universidad de Barcelona.

444 Garcia Borés, Josep, "El impacto carcelario", en *Sistema penal y problemas sociales*, ed. Roberto Bergalli, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 396-325; Garcia Borés, Josep (coord.), *La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades*, Barcelona, Ajuntament de Barcelona, 2006; Rivera Beiras, Iñaki, *Descarcelación. Principios para una política oública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*, Valencia, Tirant lo Blanch Alternativa, 2017.

445 El experto del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, el 23 de abril de 2018, en el último Informe elaborado respecto a las condiciones de encarcelamiento en la República Argentina, expresó: "Las cárceles y comisarías del país se encuentran crónicamente sobrepobladas, y las condiciones en varios lugares de detención son claramente incompatibles con la dignidad humana". https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22976&LangID=S.
PorResolución 184/2019 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, el 25 de marzo del 2019, declaró la emergencia penitenciaria.

vesadas por la experiencia carcelaria: los familiares de las personas privadas de la libertad. Y en lo que a este trabajo interesa, esa despersonalización también abarca a los/as niños, niñas y adolescentes con referentes adultos/as encarcelados/as (padre/madre, hermanos/as, tíos/as, abuelos/as).[446]

Si bien la niñez y el encarcelamiento ya fue estudiado en distintas oportunidades, la mayoría de las investigaciones se centran en tres grandes grupos: a) en los niños como sujetos infractores de la ley penal, b) en niños víctimas de delitos y c) en los niños que viven o vivieron con madres encarceladas. Sin embargo, el colectivo específico de niños, niñas y adolescentes (NNA) que tienen a uno o ambos padres (o referentes adultos) encarcelados que no vive ni vivió intramuros, es una categoría poco explorada, ya que no se encuentran visibilizados como sujetos a proteger. Es decir, que se convierten en "las víctimas invisibles" del sistema penal o, como los llama la Representación Cuáquera ante la ONU (QUNO), los "convictos colaterales".[447]

En ese sentido, en los términos de la organización social del cuidado entendida como: "la manera en que inter-relacionadamente las familias, el Estado, el mercado y las organizaciones comunitarias, producen y distribuyen cuidado"[448], el impacto que sufren los niños con padres encarcelados resulta ser un problema de ejercicio de derechos. Es así, que la ausencia de planificación y diseño de políticas públicas orientadas a reducir las repercusiones que el sistema penal produce en los niños con padres encarcelados, o de políticas públicas (ya de salud, educativas, de recreación, de seguridad, etc.) que contemplen las especificidades de este colectivo, resulta en un sistema desigual donde no se respeta el *interés superior del niño* como directriz fundamental para ejecutar todo tipo de decisión estatal.

---

446 Por economía del lenguaje, salvo en casos específicos, utilizaremos el término "niño o niños" y "referentes adultos privados de libertad" en masculino pero para referirnos a ambos géneros.

447 Oliver, Robertson, *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, en el Día de Debate General 2011*, Ginebra, Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos [QUNO]), 2012.http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Collateral% 20Convicts_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf. (Consultado el 15/5/2020)

448 Rodríguez Enriquez, Corina et al., "Organización social del cuidado y desigualdad: el déficit de políticas públicas de cuidado en Argentina", Revista Perspectivas de Políticas Públicas Año 4 N°8, ISSN 1853-9254 (2015):105.

En esa línea, como indica Baratta[449]: "el criterio del interés superior del niño se transforma en un principio de relevancia universal de su interés, que implica interrelación de políticas públicas y medidas internacionales tendientes a la protección de los derechos de la niñez. Esto significa que la protección de tales derechos no es solamente el deber de las autoridades competentes, sino de una estrategia general que interese potencialmente a toda institución privada y pública y a todo órgano del Estado, o sus entidades territoriales, así como a la comunidad internacional, para lo que se requiere la coordinación y sinergia de todo individuo competente potencialmente".

En la Argentina, a partir de diferentes investigaciones cuantitativas y cualitativas, podemos estimar que existen alrededor de 150.000 NNA afectados por las decisiones judiciales que se llevan a cabo respecto al encarcelamiento de uno o ambos padres.

Por esa razón, es que se pretende analizar las principales conclusiones y recomendaciones que surgen de tres investigaciones que abordan las principales problemáticas sociales que sufren los NNA cuyos referentes adultos se encuentran privados de la libertad en la Argentina. Específicamente, se busca resaltar algunas de las reflexiones y propuestas que apuntan al diseño de reformas en materia de política social y política criminal.

En primer lugar, se analizará la investigación *Infancias y encarcelamiento: condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina*[450]; en segundo lugar el informe "Más allá de la Prisión. Maternidades y paternidades atravesadas por el encierro"[451] y en tercer lugar la tesis de máster sobre "La responsabilidad del Estado argentino en las repercusiones que produce el sistema penal sobre los niños, niñas y adolescentes con padres encarcelados".[452]

---

449 Baratta, Alessandro, "El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático", *Revista Espacios* (1997).

450 Cadoni, Luciano *et al., Infancias y encarcelamiento: condiciones de vida de NNA cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina,* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, EDUCA, 2019.

451 Procuración Penitenciaria de la Nación, *Más allá de la prisión: paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación, 2019.

452 Masola, María Belén, "La responsabilidad del Estado argentino en las repercusiones que produce el sistema penal sobre los niños, niñas y adolescentes con padres encarcelados". Tesis aprobada y pendiente de publicación del Máster de Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 2019.

2. Una aproximación cuantitativa a la cuestión

La investigación *Infancias y encarcelamiento: condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina* fue presentada por el Barómetro de la Deuda Social de la Infancia, del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA junto a la oficina regional para América Latina y el Caribe de Church World Service (CWS) en abril de 2019.

El estudio ofrece una primera aproximación cuantitativa a la problemática de las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes con su padre, madre o algún referente encarcelado (NNAPEs) y el impacto que los encarcelamientos de aquellos les ocasionan.

La investigación se centró en el análisis de dos grupos de 161 casos de niños, niñas y adolescentes cuyas condiciones de vida podían presumirse como "similares" en cuanto a su situación de vulnerabilidad frente a la pobreza en la infancia. El primer grupo, representa a NNA que viven en un hogar donde uno de los miembros de su familia se encuentra detenido; y el segundo grupo representa a NNA que no tienen ningún miembro de su familia en esa situación.

En el análisis de los datos recopilados, destacaremos algunas de las variables más relevantes respecto a las otras investigaciones que luego se examinarán. En ese sentido, se observa que: "siete de cada diez NNAPEs relevados residen en hogares por debajo de la línea de pobreza (68,9%) y el 16,1% por debajo de la línea de indigencia, mientras que entre los NNA del grupo B representan el 57,1% y el 19,9%, respectivamente".[453] Es decir, que dos de cada tres NNA que residen en un hogar con un miembro encarcelado están más expuestos a la pobreza y a la inseguridad alimentaria por ingresos insuficientes que sus pares del grupo B.

Asimismo, respecto al acceso a la seguridad social y en relación con la informalidad de los trabajos en hogares de los NNA observados, el informe da cuenta de altos niveles de exclusión, en tanto dos de cada tres NNAPEs (67,7%), carece de cobertura de salud privada y se atiende en el hospital público, situación que en el caso del grupo B de NNA alcanza al 60,9%. En el mismo sentido, cuatro de cada cinco NNAPEs (81,4%) se encuentra excluido del salario familiar, mientras que en el grupo B el porcentaje desciende a 70,2%. Esta situación se replica al analizar si los NNA de ambos grupos están

453 Cadoni, Luciano *et al., Infancias y encarcelamiento: condiciones de vida de NNA cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, EDUCA, 2019, p. 16.

alcanzados por algún tipo de protección social no contributiva, en tanto el 60,2% de los NNAPEs se encuentra incluido en este tipo de programa, mientras que en el grupo B la cifra también desciende al 43,5%. Como consecuencia, se advierte que los NNAPES dependen de programas sociales en mayor medida, que los NNA del grupo B.

Sobre este punto cabe resaltar que cuando el encarcelamiento lo sufre una mujer madre, las repercusiones en la vida del NNA es mucho mayor en términos de recepción de recursos en tanto, ante la ausencia de su progenitora –que es la titular de la prestación y quien tiene el deber de presentar las contraprestaciones– queda imposibilitado de recibir por ejemplo la prestación de la Asignación Universal por Hijo.

***Figura 2.1: Condiciones de vida. NNAPES vs Grupo B.**
En porcentaje de niños/as entre 0-17 años

Fuente: Encuesta de la Deuda Social Argentina 2014-2016. ODSA-UCA

***Figura 2.2 Cobertura de salud y acceso a la seguridad social. NNAPES vs Grupo B.**
En porcentaje de niños/as entre 0-17 años.

Fuente: Encuesta de la Deuda Social Argentina 2014-2016. ODSA-UCA

Ahora bien, uno de los datos más importantes que surge de la investigación es la desigualdad que existe a nivel educativo entre

ambos grupos de NNA observados. En el caso de los NNAPES de 4 a 17 años, el 13,6% en edad escolar no concurre a ningún establecimiento educativo, el 19,2% asiste, pero con sobreedad, el 23,5% repitió un grado o año y el 8,3% requirió apoyo escolar durante los últimos 30 días. Sin embargo, en el caso de los NNA del grupo B el 11,1% no concurre, el 12,7% asiste con sobreedad, el 15,8% repitió en alguna oportunidad y solo el 2,8% requirió apoyo escolar durante el último mes.

Figura 2.3 Acceso a la Educación. NNAPES vs Grupo B.
En porcentaje de niños/as entre 4-17 años.

Fuente: Encuesta de la Deuda Social Argentina 2014-2016. ODSA-UCA

En cuanto a los estilos de crianza entre ambos grupos de NNA, se observó que los NNAPES padecen situaciones de violencia verbal y física mucho mayores que sus pares, que no sufren el encarcelamiento de ningún miembro de su familia. Esto así, en tanto el 13 % de los NNAPES recibe agresiones verbales y el 37,3% agresiones físicas, mientras que en el grupo B los porcentajes a un 5,6% y un 23,6% respectivamente.

En virtud de ello, al comparar ambos escenarios, esta investigación concluye que el encarcelamiento de un familiar produce cierto impacto negativo en la vida de los NNAPEs en comparación con NNA de su mismo contexto que no padecen dicha situación. Es en sentido, se profundizan las situaciones de vulnerabilidad, pobreza e inseguridad alimentaria, disminuye el acceso a la cobertura de salud, aumentan las dificultades para sostener la asistencia escolar y crece la exposición a estilos de crianza negativos.

En esa línea, la investigación alerta a todos los profesionales que trabajan con niños, niñas y adolescentes en contextos de vulnerabilidad con el fin de que incorporen a su labor las especiales

consideraciones que deben existir para acompañar a los NNAPEs y disminuir así el impacto que produce en sus vidas esta situación.

3. Alzar la voz de los afectados

El informe *Más allá de la Prisión. Maternidades y paternidades atravesadas por el encierro* es una investigación realizada por la Procuración Penitenciaria de la Nación Argentina (PPN), en colaboración con la Asociación de Familiares de Detenidos (ACIFAD), la oficina Regional para América Latina y el Caribe de Church World Service (CWS), y el apoyo técnico y financiero de UNICEF.

Para dicha investigación se encuestaron a 196 personas que se encuentran detenidas en distintos establecimientos penitenciarios localizados en el Área Metropolitana de Buenos Aires, Chaco y Chubut. Específicamente, se entrevistaron a 167 padres y 29 madres de un total de 415 hijos e hijas menores de 18 años; y a 39 familiares que asisten a las visitas con NNA. Además, se mantuvieron entrevistas en profundidad con PPL y sus familiares niños y adultos: quince a personas adultas privadas de libertad, tres a adolescentes en prisión, siete a familiares adultos y diez a NNA. Esto se realizó con el objetivo de recopilar información sobre sus historias, sus necesidades, sus carencias y las estrategias que despliegan para sostener el vínculo más allá de la prisión. Además de presentar una mirada sobre el impacto del encarcelamiento en familiares de PPL, en este trabajo se profundiza sobre las transformaciones en el vínculo entre PPL y su entorno a partir del encarcelamiento, y se analizan los obstáculos que se imponen por acción u omisión desde el SPF. En este sentido, se realizaron también entrevistas a funcionarios del área de asistencia social para relevar sus percepciones y representaciones sobre estos temas. El informe presenta recomendaciones de políticas públicas y regulaciones orientadas a promover la vinculación familiar y los derechos de estos colectivos. Para los fines de este trabajo solo se analizan a continuación ciertas cuestiones y recomendaciones que surgen del informe.

Una de las cuestiones sobre las que el informe da cuenta es de las graves situaciones de violencia física, verbal y estructural que padecen los familiares desde que se produce la detención de uno de sus miembros.

En consonancia con el informe elaborado por el Observatorio de la Deuda Social de la UCA, la investigación indica que las personas privadas de la libertad (PPL) y sus familiares pertenecen a los sectores más pobres de la sociedad, y a partir del encarcelamiento de

uno de sus miembros esta situación se profundiza y agrava la situación de vulnerabilidad pre existente. Esto es así, debido a que en el 62% de los casos la PPL era, antes de su detención, el/la principal sostén económico de la familia. Sumado a esto, la propia situación de encarcelamiento incrementa exponencialmente los gastos del hogar (en traslados para realizar las visitas carcelarias y comparecer a dependencias judiciales, provisión de elementos de primera de necesidad para las PPL y la compra de tarjetas telefónicas para mantener la comunicación entre los miembros de la familia, entre otras cosas).

En relación con los arreglos de cuidado luego del encarcelamiento, la investigación deja a las claras que ese rol, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres privadas de libertad, queda a cargo mayormente de mujeres. Lo confirma el hecho que el 84% de los hombres privados de la libertad que fueron entrevistados señalan que sus hijos o hijas se encuentran a cargo de sus madres. Sin embargo, en el caso de las mujeres privadas de la libertad, solamente el 20% de ellas indicó que sus hijas o hijos se encuentran al cuidado de su padre.

Otras de las cuestiones que se resaltan en el informe es sobre la violencia a la que los niños y los familiares se encuentran durante los allanamientos y, en muchos casos, cuando visitan a sus familiares en los penales. En este sentido, los NNAPEs a partir de sus relatos evidencian el padecimiento de situaciones traumáticas durante la ejecución de órdenes de allanamiento y detención, que ocasionan fuerte impacto emocional y psicológico en sus vidas.

A modo de ejemplo compartimos el testimonio de Miranda una NNA de 9 años que cuenta: "[Recuerdo que el día de la detención] empiezan a tocar la puerta fuerte. Mi mamá se asustó, cerró la puerta, y después la abrieron así fuerte. (…) Yo me largué a llorar. Había un policía que estaba parado en la puerta y otra persona que estaba intentando pasar. (…) A mi papá le pusieron una pistola así y lo hicieron arrodillarse, y todo eso. Se escuchó que rompieron el vidrio de la puerta de abajo, entonces mi abuelo fue y lo tiraron al piso. Y cuando subieron nos quedamos todos ahí y empezaron a revolver todo, toda la casa".

Los recuerdos de los NNAPEs respecto a las detenciones de sus familiares, demuestra la falta de instrumentos y mecanismos estatales que resguarden los derechos de los NNA durante el cumplimiento de una orden judicial de allanamiento o de detención que establezcan pautas de procedimiento específicos para las fuerzas de seguridad.

Asimismo, resulta clara la falta de seguimiento estatal sobre las repercusiones que produce esta actuación del sistema penal en la vida de los NNAPEs, en tanto no existe una evaluación sobre el impacto de las detenciones en las vidas de los NNA, y tampoco se trabaja sobre medidas específicas tendientes a reducir las secuelas que produce el encarcelamiento en su desarrollo vital.

Sobre este punto, queremos resaltar algunas de las recomendaciones que realiza el informe respecto a posibles reformas específicas en materia de política criminal, ya que creemos que resultan fundamentales para lograr transformar la realidad y mitigar el impacto que estas situaciones tiene en la vida de quienes las atraviesan.

Particularmente tenemos el interés de destacar en este sentido cuatro propuestas que esgrime el informe y que entendemos dan pautas de por dónde empezar a abordar esta problemática. Estas son: 1) Diseñar e implementar protocolos y reglamentaciones que regulen el accionar de las fuerzas de seguridad en los allanamientos y detenciones policiales, que sean respetuosos de los derechos de los y las NNA y que prevean prácticas articuladas entre las agencias de seguridad, el poder judicial y los organismos de niñez; 2) Asegurar la participación de los organismos especializados en niñez durante el momento de la detención de un adulto que tiene NNA a su cargo o que convive con ellos, de modo de evitar la vulneración de sus derechos; 3) Incentivar que las autoridades judiciales tengan en cuenta en sus decisiones si la persona detenida tiene hijos e hijas, cumpliendo con los estándares internacionales de derechos humanos y 4) Construir desde el Sistema Nacional de Estadística sobre la Ejecución de la pena –SNEEP– información oficial sobre la composición familiar de las PPL, especificando si son referentes de NNA.

4. Los NNAPES: invisibles desde la primera decisión del juez

Relacionado al último punto del apartado anterior, en la investigación titulada *"La responsabilidad del Estado argentino en las repercusiones que produce el sistema penal sobre los niños, niñas y adolescentes con padres encarcelados"* se analiza y registra, desde las voces de los operadores judiciales y de diferentes organismos de protección de la niñez, si el *interés superior del niño* es tomado en cuenta cuando el Estado decide irrumpir a través del sistema penal.

A partir de las entrevistas realizadas, y de la recopilación documental y bibliográfica, resulta patente que el hecho de que exista un sistema normativo a nivel nacional e internacional que declare

la protección de los derechos de los NNA no resulta suficiente, si el Estado no implementa políticas públicas concretas para garantizar el pleno goce de estos derechos desde la primera decisión que ordena el juez penal, que, sin visualizar las repercusiones de esa medida, afecta directamente la vida de los NNA cuyo progenitor es privado de la libertad.

Esto es así, en tanto se observa que no existen registros formales donde se asienten los datos personales de los NNA a cargo de la persona que se encuentra detenida, primera característica que muestra la falta de visibilización de este colectivo vulnerabilizado. Si no se registra, no se ve, y por ende no se toman decisiones tendientes a protegerlos como sujetos afectados por las repercusiones que produce el sistema penal y el encarcelamiento.

Específicamente, de los datos aportados surge que, al detener a una persona, los jueces penales no están obligados a dejar sentado formalmente si esa persona tiene menores a cargo, ni siquiera quiénes son esos menores y, mucho menos, a cuidado de quién se quedarán al momento de la detención.

A partir de ello, se podría decir, como bien lo expresan algunos entrevistados, que, en la práctica, el tratamiento de los NNA cuyos padres están encarcelados, depende únicamente de la sensibilidad o sentido común de los jueces que intervienen en cada causa.

Es decir, que, según el criterio de los propios jueces penales, no existe un estándar normativo específico que les exija u obligue a actuar de determinada manera con el fin de prevenir cualquier tipo de vulneración de derechos de los menores a cargo de una persona que se ordena detener durante la ejecución de una orden de allanamiento o de aprehensión. Es más, al momento de ejecutar dicha orden y tomar conocimiento de la existencia de un NNA durante el procedimiento, los preventores solo están obligados a comunicarse con el juez penal para que indique como proseguir respecto a la guarda de los menores, y las medidas a ejecutar deben constar por escrito en el acta de procedimiento, tal como lo dispone el *Protocolo General de Actuación para la realización de allanamientos y requisas personales* del Ministerio de Seguridad de la Nación Argentina.

En efecto, de las entrevistas surge que no solo los NNA con padres encarcelados no son "vistos" por los propios jueces penales como sujetos de derechos que deben ser especialmente protegidos al momento de formular una orden de coerción, sino que no existen mecanismos establecidos por los organismos de niñez para que los

jueces penales actúen de conformidad con los derechos que amparan a los NNA con padres encarcelados.

Sin embargo, en la investigación realizada se concluye que, a pesar de la ausencia evidente de mecanismos de actuación que protejan a los NNAPES durante la detención de su progenitor o referente, existe la Acordada 40/97 del fuero federal de San Martín, que constituye una buena práctica judicial, y por ende, una excepción que debe ser replicada en todo el territorio nacional.

5. La Acordada 40/97 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín: la vacuna contra la pandemia de la invisibilización

La Acordada 40 de 1997[454] de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, continúa actualmente en vigencia y su aplicación es obligatoria para todos los jueces que dependen de aquella Cámara. Entre sus "considerandos" especifica la ausencia de normativa que contemple la situación de los NNAPEs que puedan quedar en situación de desamparo jurídico como consecuencia de la detención de las personas que ejercían su responsabilidad parental, tutela o curatela.

Así, advierte que no existe obligatoriedad para el juez penal de tomar conocimiento de la situación en la que quedan los NNAPEs o incapaces a cargo de personas detenidas a su disposición y sostiene que usualmente el caso de estos menores o incapaces es determinada por la autoridad de prevención sin control jurisdiccional. En ese sentido, señala la situación de desprotección jurídica en la que quedan expuestos los NNAPEs o incapaces y, como consecuencia, hace visible a este colectivo vulnerabilizado y obliga a los jueces a "ver".

A partir de ello, en la Acordada 40/97 se aprobó las *Normas Básicas para asegurar la debida protección jurídica de menores o incapaces* que establecen que:

> "1°) Al proceder a la detención de una persona se deberán adoptar los recaudos necesarios para conocer si ella tiene a su exclusivo cargo menores incapaces. De ser así, sin perjuicio de imponer de ello posteriormente al juez competente remitiéndole las constancias del caso, el magistrado actuante dispondrá lo necesario sobre la guarda y adoptará las medidas urgentes que, de acuerdo con las circunstancias, resultan aconsejables para

454 Cabe aclarar que cuando se creó la Acordada n°40 de 1997 aún no había entrado en vigencia la ley de Protección Integral de los NNA, que se aprobó y entró en vigencia en el 2005. En Provincia de Buenos Aires, donde funciona la Cámara Federal de San Martín, la ley de Protección Integral local es la n°13.298 y también entró en vigencia en el año 2005.

proteger el interés superior relativo al bienestar del menor o incapaz.

2°) La misma iniciativa deberán adoptar las autoridades de prevención cuando actúen en calidad de auxiliares de magistrados de la jurisdicción. En su caso, si el menor o incapaz quedara al cuidado de algún adulto conforme las circunstancias lo aconsejen, se dejará constancia de ello en actas en oportunidad del labrado de la que manda el art. 280 del C.P.P. que será refrendado por dicha persona y quien hubiera resultado privado de su libertad.

3°) La persona a cuyo cargo permanezca el menor o incapaz será impuesto de sus obligaciones por el juez, y, aceptada que sea la guarda, ratificado judicialmente en ella. Hasta tanto se efectivice la intervención del juez competente, se le brindará al guardador la orientación y asistencia necesarias a los fines de la tarea que ha asumido. El magistrado contará para ello con el auxilio del Cuerpo de Delegados Tutelares de esta alzada.

4°) El señor Prosecretario de Cámara a cargo de la Prosecretaría de Menores confeccionará un listado de instituciones destinados a la protección de menores y su contenido será puesto a disposición de los magistrados de la jurisdicción".

En definitiva, esta norma obliga al juez penal a tomar conocimiento de si la persona que ordenó detener tiene a su exclusivo cargo a niños, niñas, adolescentes o incapaces. Y de ser así, dispone lo necesario para que ese menor o incapaz, con el debido consentimiento de la persona detenida sea entregado a una persona de su confianza, y además, notifica al servicio local de protección para que actúe en caso de que el nuevo cuidador, así lo necesite.

Esta norma fue un modelo a seguir en materia de recomendaciones para mitigar el impacto que sufren los NNA con padres encarcelados. Es más, el 30 de septiembre de 2011, durante la celebración del *Día de Debate General del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños con padres encarcelados*, Silvia Zega, en aquel momento Prosecretaria ante la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, realizó una exposición[455] oral compartiendo la experiencia obtenida a través de la implementación de la Acordada 40/1997, convirtiéndose en un antecedente internacional de buenas

455 Para más información se puede acceder a la exposición escrita y a los anexos en inglés, en *S. Zega, Written Contribution y Annex:* https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WSDGD2011.aspx

prácticas para mitigar los efectos negativos en los NNA durante el encarcelamiento de sus padres.

Es decir, que esta norma que obliga únicamente a los jueces penales que cumplen funciones en la jurisdicción territorial de la Cámara Federal de San Martín, constituye una buena práctica en la protección de los NNA de padres encarcelados, reconocida a nivel internacional desde el 2011, y por ende resulta un modelo de aplicación a seguir para todas las jurisdicciones del país.

6. Conclusiones

A partir de los informes analizados, y de las reflexiones de cada investigación, consideramos que ya no hay excusa para no ver. Se requiere la participación colectiva de todos los actores de la comunidad, y del compromiso de los jueces penales, el Ministerio Público Fiscal y los organismos de Niñez para prevenir, proteger y garantizar el efectivo goce de los derechos de los NNA cuyos padres se encuentran privados de la libertad.

Hoy este trabajo se presenta en el Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y Adolescencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, casa de estudios que forma a sus profesionales para cumplir con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. Hoy, todos los que tenemos el privilegio de formar parte de este encuentro, tenemos la obligación de velar por todos aquellos que hoy no son escuchados, pero tienen voz. En este caso, nosotros hoy deseamos visibilizar la situación de miles de niños, niñas y adolescentes que se encuentran afectados a lo largo y a lo ancho del país por el encarcelamiento de sus padres. Este colectivo de niños, padece una doble vulneración de sus derechos: en primer lugar, por el contexto en el que en la mayoría de los casos se desarrolla, y en segundo lugar por sufrir el encarcelamiento de uno o ambos padres, y el desamparo del Estado.

No permitamos que el virus de la invisibilización continúe vulnerando los derechos de los NNAPEs. Esperamos que los jueces, fiscales, agentes de seguridad, funcionarios de niñez, educadores, médicos y ciudadanos en general puedan de una vez por todas “ver” la violencia que sufre este colectivo de niños para comenzar a diseñar políticas sociales y criminales que resguarden sus derechos

7. Bibliografía

Baratta, Alessandro, "El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático", *Revista Espacios* (1997).

Cadoni, Luciano., Rival, J.M., y Tuñón, I. *Infancias y encarcelamiento: condiciones de vida de NNA cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, EDUCA, 2019.

Garcia Borés, Josep, "El impacto carcelario", en *Sistema penal y problemas sociales*, editado por Roberto Bergalli, 396-325, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Garcia Borés, Josep, coord. *La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades,* Barcelona, Ajuntament de Barcelona, 2006.

Procuración Penitenciaria de la Nación, *Más allá de la prisión: paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación, 2019.

Rivera Beiras, Iñaki, *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 2017.

Robertson, Oliver, *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, en el Día de Debate General 2011*. Ginebra: Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos (QUNO), 2012. http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Collateral% 20Convicts_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf.

Rodríguez Enríquez, Corina y Marzonetto, Gabriela, "Organización social del cuidado y desigualdad: el déficit de políticas públicas de cuidado en Argentina", *Revista Perspectivas de Políticas Públicas* Año 4 N°8, ISSN 1853-9254 (2015):103-134.

La protección de adolescentes y jóvenes incluidos en el sistema penal juvenil en momento del COVID-19

Carolina Izidoro Do Nascimento[456]

1. Introdução

Com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, o antigo Código de Menores de 1979, criado sob a égide da doutrina da situação irregular, foi totalmente deixado de lado e passou a vigorar, desde 1990, à luz da doutrina da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

De "código" a "estatuto" e de "menores" a "criança e adolescente": não foi apenas uma questão de mudança de nomenclatura. Foi um verdadeiro divisor de águas, um desestímulo ao preconceito que as expressões anteriores traziam, incentivando a um "olhar mais humano". Estatuto tem a ideia de direitos e código, pelo menos na esfera da infância e da juventude, tinha o sentido de punir. Menores eram relacionados a delinquentes, tratados como mero objetos. Crianças e adolescentes são sujeitos de direitos que não alcançaram a plenitude de amadurecimento e, por isso, precisam de tratamento legal diferenciado e de acordo com suas necessidades e possibilidade de compreensão de seus atos.

Essa Convenção internacional, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, entrou em vigor em 1990. Trouxe um tratamento humano e digno a todas as pessoas menores de 18 anos, sem distinção de classe social, raça, orientação sexual, etc, aos quais os chamam simplesmente de criança, entendendo que mereciam e precisavam de uma atenção especial por serem pessoas em desenvolvimento.

O Brasil ratificou essa Convenção em 24 de setembro de 1990, momento em que "rasgou" a antiga legislação discriminatória e introduziu, em seu ordenamento jurídico, o ECA, lei ordinária n. 8069/90, em conformidade com o princípio da prioridade absoluta, já incluído

456 Graduada en Derecho. Doctoranda en el Curso de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Defensora Pública. Área de trabajo: infancia y juventud.

na Constituição Federal brasileira de 1988. A Argentina, por sua vez, também nesse mesmo ano, ratificou a referida Convenção.

Como forma de humanizar mais ainda o tratamento aos menores de 18 anos de idade, o ECA traz a distinção entre criança e adolescente, sendo aquela a pessoa até 12 anos incompletos e adolescente, de 12 a 18 anos. Mesmo sendo uma legislação voltada à proteção integral, prioritária e absoluta das crianças e dos adolescentes, em alguns aspectos, o Estatuto abrange, excepcionalmente, jovens com idade até os 21 anos, a exemplo daqueles que estão inseridos no Sistema Socioeducativo (Sistema Penal Juvenil). E é justamente por isso que nossa experiência, objeto desta investigação, tem como público-alvo adolescentes e jovens entre 12 e 21 anos de idade inseridos nesse Sistema e sua proteção diante da situação de pandemia do COVID-19.

No Brasil, foi declarado estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), através da Portaria nº 188/2020 do Ministério do Estado de Saúde. A Organização Mundial de Saúde, no dia 11 de março deste ano, passou a entender que a disseminação e propagação do novo coronavírus se classifica como pandemia.

Esta é a sexta vez em todo o mundo que se declara uma situação emergencial de Saúde Pública de Importância Internacional. Entretanto, nunca havia tido uma repercussão tão devastadora em um período de tempo tão curto, nem mesmo quando foi declarada pandemia de H1N1 em 2009.

Nos últimos meses, tem-se observado um assustador aumento de casos confirmados de contaminação por COVID-19. Estando no 6º lugar do *ranking* mundial, até a manhã de 14 de maio, Brasil já registrava 190 mil casos e 13.240 óbitos por coronavírus, ultrapassando a China, com cerca de 83 mil casos confirmados. Pernambuco está entre os 05 estados com um maior número de casos do Brasil, totalizando 14.334 pacientes e 1160 mortes até o dia 14 de maio, o que levou o Governador a decretar *lockdown* por 16 dias. O reporte diário vespertino nº 101, de 13 de maio, anuncia que Argentina já totaliza 6879 casos confirmados, dos quais 329 faleceram.

Diante dessa situação e com a preocupação voltada, sobretudo, aos encarcerados, o Conselho Nacional de Justiça, órgão fiscalizador do Poder Judiciário, promulgou a Resolução nº 62, em 17 de março deste ano, trazendo recomendações para adoção de medidas preventivas de propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo (centros de detenciones de menores), o que levou a nós, Defenso-

res Públicos, a pensar sobre que medidas poderíamos tomar a partir de uma análise cuidadosa e interpretativa da referida Resolução a favor dos adolescentes e jovens inseridos no Sistema Penal Juvenil.

Nesta ponencia, procuraremos mostrar quais foram as medidas tomadas e avaliar os efeitos que tem tido nossa intervenção na aplicação dessa resolução no contexto de Pernambuco, Brasil, onde trabalho como Defensora Pública de Niños, Niñas y Adolescentes, e seu grau de repercussão, sugerindo-se sua implementação na América Latina, em especial na Argentina, como um meio de evitar o contágio e a transmissão do COVID-19 principalmente entre os adolescentes e jovens privados de liberdade.

Esclarece-se que trataremos do assunto com fundamento na legislação brasileira, através da qual serão explicados, inicialmente, conceito de ato infracional e de medida socioeducativa para melhor compreensão do assunto desta ponencia, utilizada também como base para a tomada das medidas que entendemos cabíveis e possíveis na proteção dos menores de idade inseridos no Sistema Penal Juvenil brasileiro, em especial os adolescentes e jovens de Pernambuco, que tem a nós, Defensores Públicos, como seus representantes processuais, cientes de que também na Argentina existem legislações especiais na área da infância e da juventude.

2. Marco conceitual e legal da inimputabilidade penal e do ato infracional

Através de um critério etário, a Constituição Federal e o ECA definem que a imputabilidade penal tem início aos 18 anos de idade. Ao adolescente que comete delito penal, chamado de *ato infracional*, aplica-se uma pena, tecnicamente chamada, no ordenamento jurídico brasileiro, de *medida socioeducativa*.

A aferição da imputabilidade leva em conta a idade do sujeito na data do fato, cuja comprovação é feita através do registro de nascimento. Se, por exemplo, naquela data, a pessoa tinha 17 anos, mas somente foi descoberto quando já tinha 18 anos, não responde criminalmente. Será responsabilizado pelo ato cometido na adolescência, porém, com aplicação das normas do Sistema Penal Juvenil, através de um processo judicial que tramitará em uma Vara Especializada da Infância e da Juventude (Juzgado de Menores), e sua defesa será exercida por um Defensor Público. Tampouco se desloca a competência deste Juízo, ou seja, mesmo com o alcance da maioridade penal aos 18 anos, o processo judicial não é transferido para uma Vara Criminal e, caso seja aplicada medida privativa de liberdade, ela é

executada em instituto de menores até a extinção do processo de execução da medida.

A responsabilidade penal dos menores, de acordo com o ensinamento de Emilio García Méndez, passou por três etapas ou fases. A primeira foi uma de "carácter penal indiferenciado", que considerava e tratava os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos. A segunda fase, de "carácter tutelar", responde a uma reação de profunda indignação moral diante das condições de encarceramento, em especial a promiscuidade ao se colocar maiores e menores de idade dentro de um mesmo alojamento e instituições.

> La tercera y actual etapa es la etapa de la responsabilidad penal de los adolescentes que se inaugura en la región con el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA) de Brasil aprobado en 1990. El ECA de Brasil constituye la primera innovación sustancial latinoamericana respecto del modelo tutelar de 1919. Durante más de setenta años, desde 1919 a 1990, las "reformas" a las leyes de menores constituyeron apenas variaciones de la misma melodía.[457]

Nesta terceira etapa, faz-se uma diferenciação entre a responsabilidade das crianças e dos adolescentes, separando-as dos adultos. Ainda de acordo com MÉNDEZ, "El modelo de responsabilidad penal de los adolescentes constituye una ruptura profunda, tanto con el modelo tutelar, cuanto con el modelo penal indiferenciado, que hoy se expresa exclusivamente en la ignorante o cínica propuesta de baja de la edad de la imputabilidad penal".

Na esfera juvenil, não há que se falar em impunidade, mas em inimputabilidade. O ECA traz um sistema completamente diferente da justiça penal dos adultos, fundado em medidas socioeducativas, e não em penas criminais. Há uma responsabilização penal do adolescente com características peculiares, por meio do devido processo legal,[458] onde é outorgado ao adolescente um tratamento pedagógico e retributivo, e não de impunidade.

---

457 Méndez, Emilio García. Adolescentes y responsabilidad: un debate latinoamericano. Disponível em: http://23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion_adicional/practicas_de_investigacion/775/adolescentes_garcia_mendez.htm. Acesso em: 14/05/2020.

458 Fonseca, Antonio Cesar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente.* 2. ed. Atlas, 2012. p. 319.

> Así, los niños no solo son penalmente inimputables, sino que además resultan penalmente irresponsables. En el caso de comisión por un niño de actos que infrinjan las leyes penales, solo podrán corresponder – eventualmente – medidas de protección. Por contrario, los adolescentes, también penalmente inimputables resultan, sin embargo, penalmente responsables. Es decir, responden penalmente – en los exactos términos de leyes especificas como el ECA – de aquellas conductas posibles de ser caracterizadas como crímenes, faltas o contravenciones.[459]

Os adolescentes não praticam atos definidos como crimes, mas são responsabilizados pela prática de atos infracionais. O ato infracional é um eufemismo para crime ou contravenção penal. Crime é um fato típico e antijurídico. Crianças e adolescentes podem vir a cometer crime, mas não respondem da mesma forma que o adulto.

Em suma, uma conduta praticada por criança ou adolescente só poderá ser considerado ato infracional quando for fato típico (tipicidade), antijurídico e culpável, ou seja, quando se amoldar a uma norma incriminadora e tiver reprovação do sistema jurídico configurando o denominado "tipo" de ato infracional.[460]

Essa conduta delituosa praticada por criança ou adolescente é denominada, tecnicamente, de ato infracional[461], mas criança nunca será considerada sujeito ativo de ato infracional.[462] Independente do fato que lhe seja atribuído, são aplicadas medidas protetivas, medidas de proteção ou medidas específicas de proteção.

Por outro lado, se o jovem, já com idade mínima de 18 anos, praticar crime ou contravenção penal, estará sujeito às normas do Sistema Penal de Adulto, não mais se aplicando a legislação estatutária.

---

459 Méndez. *Op.cit.*

460 Fonseca. *Op cit*. p. 321.

461 Ishida, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. Atlas, São Paulo, 2008, p. 158.

462 Tavares, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006. p. 110.

3. Medidas socioeducativas e a necessidade de seu acompanhamento por representantes estatais

Pela prática de ato infracional, instaura-se procedimento judicial de apuração de ato infracional para, ao final, aplicar ou não medida socioeducativa, cujo rol é taxativo e estão elencadas no art. 112 do ECA, dentre as quais, destacamos as de liberdade assistida, prestação de serviço à comunidade, semiliberdade e internação, objetos de análise desta ponencia.

As medidas socioeducativas podem ser classificadas em não privativas de liberdade ou em meio aberto (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) e em privativas de liberdade ou em regime fechado (semiliberdade e internação). Também podem ser aplicadas as medidas protetivas que se fizerem necessárias ao caso, como a matrícula e frequência obrigatória em escola e em curso profissionalizante e tratamento de recuperação a toxicômanos.

Diferente do sistema penal de adulto, em que, para um determinado delito, existe a previsão de uma determinada pena, a legislação menorista brasileira traz o rol das medidas socioeducativas e os princípios a serem seguidos.

Não há a determinação prévia do tipo de medida socioeducativa que deva ser aplicada em determinados ilícitos penais, deixando a cargo do magistrado aplicar aquela medida que entender mais adequada em cada caso concreto analisado por meio do procedimento de investigação do fato. Para a aplicação da medida socioeducativa, o juiz se pauta na gravidade do ato, na reincidência, na forma de participação do adolescente no fato narrado na representação.

Na prática, medida socioeducativa é pena. Ao ato infracional praticado por adolescente, são impostas medidas socioeducativas, que "possuem caráter protetivo, mas também são retributivas e repressivas, por serem impostas coercitivamente (REsp 948.195/RS, Min. Jorge Mussi). Os adolescentes "estão sujeitos à responsabilidade pelos atos antissociais, arcando com as consequências previstas no ECA, lei especial protetiva, sistematizadora do ato infracional e do tratamento pedagógico por meio de medidas socioeducativas".[463]

O alcance da maioridade penal aos 18 anos não obsta a aplicação e execução de medidas socioeducativas, desde que não tenha atingida a idade de 21 anos.

Ao lado do ECA, no ordenamento jurídico brasileiro, em 2012, foi promulgada a Lei 12.594, que institui o Sistema Nacional de

463 Tavares. *Op.cit.* p. 164

Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta e execução das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes que cometem ato infracional, o que era omissão no referido Estatuto, com paradigmas muito semelhantes à Lei de Execução Penal do adulto.

Com o advento da Lei do SINASE, "há a proposição de que as medidas socioeducativas passem a ter seu cumprimento coordenado por instâncias ligadas quer às secretarias de educação, quer às de assistência social, em conformidade com seu caráter socioeducativo"[464], com a intervenção da equipe do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS).

O CREAS é uma unidade pública da política de Assistência Social onde são atendidas pessoas que estão em situação de risco social ou tiveram seus direitos violados. Um de seus serviços é o de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, que tem como público-alvo adolescentes e jovens inseridos no Sistema Penal Juvenil em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto de Liberdade Assistida e de Prestação de Serviços à Comunidade.

Nesse aspecto, uma das atribuições da equipe interdisciplinar do CREAS é a de acompanhar o adolescente no cumprimento da medida tanto no local da prestação do serviço quanto no atendimento ao adolescente e sua família, através de visitas domiciliares, e na supervisão do adolescente na realização e participação das atividades escolares e cursos profissionalizantes.

"Destaca-se, no caso da Liberdade Assistida, que a ação socioeducativa seja centrada na vida social do adolescente, ou seja, na família, escola, comunidade, em meios que proporcionem a profissionalização e a inserção profissional. Para isso, pressupõe-se que o adolescente será assistido e protegido".[465]

Portanto, para seu cumprimento, deve haver um acompanhamento personalizado a partir do conhecimento da realidade do adolescente, onde lhe será designado um orientador com atribuições de apoio e fiscalização na frequência e aproveitamento escolar, promovendo, inclusive, sua matrícula, e diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho, com apresentação periódica do relatório do caso. "Cuida-se de medida de acompanhamento do adolescente, em moldes similares ao *sursis* (suspensão condicional da pena), imposto ao criminoso maior

464 Rizzini, Irene; Sposati, Adaílza; Oliveira, Antonio Carlos de. Adolescências, direitos e medidas socioeducativas em meio aberto. São Paulo: Cortez, 2019. p. 90-91.

465 Rizzini; Sposati. *Op.cit.* p. 44.

de 18 anos. Designa-se uma pessoa capacitada para acompanhar o caso".[466]

"Dentre as medidas em meio aberto, a liberdade assistida é aquela que exige maior estrutura e aparato das entidades de atendimento, pois o adolescente deve ser acompanhado por orientadores e assistido por sua família".[467]

A medida de prestação de serviços à comunidade tem origem no Código de Processo Penal. "(...) considerada alternativa ao regime carcerário, como medida de política criminal, evitando-se os males da segregação".[468]

Essa medida deve ser cumprida em meio aberto, contando com a colaboração da comunidade e pelas entidades que auxiliam no cumprimento da medida. "É a realização de tarefas gratuitas de interesses gerais por período não superior a seis meses"[469], operacionalizada por meio de convênios com entidades públicas e privadas, como hospitais, escolas, abrigos, creches e igrejas. também sob o acompanhamento da equipe interdisciplinar do CREAS.

A inserção em regime de semiliberdade é uma modalidade de privação parcial de liberdade com a realização de atividades externas, em que são obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

O adolescente permanece na unidade à noite e realiza atividades externas durante o dia, como ir à escola, participar de atividades culturais e de lazer, realizar cursos profissionalizantes. Aos finais de semana, permanece em sua residência.

Já as medidas de privação total de liberdade são classificadas em: internação provisória, internação sanção e internação como medida socioeducativa propriamente dita (definitiva).

A primeira equivale à prisão cautelar (preventiva) do processo-crime do adulto. Tem prazo máximo e improrrogável de 45 dias, contados da data da apreensão do adolescente, aplicada durante o procedimento de apuração de ato infracional. Tecnicamente, significa o "atendimento acautelatório para adolescentes em conflito com a lei".[470]

---

466 Nucci, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 437.

467 Fonseca, p. 345.

468 Nucci. *Op.cit.* p. 436.

469 Ishida. *Op.cit*. p. 181.

470 Ishida. *Op. cit*. p. 165

Outra hipótese é o caso da internação sanção, em que o adolescente fica privado de liberdade por, no máximo, 03 meses, diante de descumprimento injustificado de determinação judicial. É a única espécie de medida privativa de liberdade em que o juiz pode e deve fixar prazo para seu cumprimento.

Por fim, temos a medida socioeducativa de internação definitiva. É regida pelo princípio da brevidade, similar à duração razoável da prisão cautelar do adulto, e da excepcionalidade, devendo ser a *ultima ratio*. "O ECA, ao determinar que a MSE em regime fechado fosse excepcional, defendeu a correta orientação em eliminar a cultura da institucionalização, no trato do adolescente (...)".[471]

A aplicação da medida socioeducativa de internação, por restringir a liberdade, somente deve ser utilizada como último recurso e respeitar a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento. É similar ao regime fechado do sistema prisional do adulto, com possibilidade de realização de atividades externas.

Tanto a medida de semiliberdade quanto a de internação definitiva não comportam prazo determinado. Em outras palavras, não existe prazo de cumprimento fixado na sentença, mas não pode passar de 03 anos. O adolescente é, dentro e fora da unidade, acompanhado, avaliado e monitorado por uma equipe interprofissional, que deve apresentar, periodicamente, relatório em que se informa sobre seu comportamento.

Todas essas medidas pressupõem a restrição da liberdade de ir e vir e devem ser cumpridas em estabelecimento adequado integrante do Sistema Penal Juvenil. Em hipótese alguma, podem ser cumpridas em estabelecimento prisional.

4. O COVID-19 e a recomendação nº 62 do Conselho Nacional De Justiça

Diante da declaração da situação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde, precisava-se tomar medidas urgentes para possibilitar que toda a população brasileira pudesse ficar em isolamento social.

Com cerca de 130 mil adolescentes e jovens em cumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida, prestação de serviços à comunidade, semiliberdade e internação em todo o Brasil, e cerca de 2000 em Pernambuco, era necessário se adotar imediatamente medidas para evitar a propagação e o contágio do COVID-19 nesses menores de idade inseridos no Sistema Penal Juvenil.

471 Rizzini; Sposato. *Op. cit.* p. 52.

O aumento estarrecedor do número de pessoas contaminadas pelo coronavírus acarretou no fechamento de escolas, creches, igrejas, estabelecimentos comerciais, locais esses onde os adolescentes deveriam estar cumprindo a medida de prestação de serviços. Impossibilitados de irem à escola e de participar de cursos profissionalizantes, algo teria que ser feito quanto à execução da medida de liberdade assistida. Tudo isso para que os adolescentes não incorressem em descumprimento de determinação legal e ficassem correndo o risco de lhe serem aplicada a medida de internação sanção.

Para o efetivo isolamento social, os adolescentes em cumprimento da medida de semiliberdade não podiam ficar indo e vindo de suas residências, pois, assim, o risco de contágio e de trazer o coronavírus para dentro dos institutos de menores era muito provável, sem falar que poderia acarretar na contaminação dos funcionários desses locais.

Adolescentes com doenças respiratórias, crônicas, diabetes, portadores de HIV em cumprimento da medida de internação não tinham como permanecer privados de liberdade em centros de detenção de menores, local bastante propício ao agravamento de seu estado de saúde e, assim, potencializar o risco do contágio do COVID-19.

Não podermos deixar de falar das adolescentes gestantes e mães de crianças de pequena idade que precisavam de atenção maior a sua saúde e, com creches fechadas e não podendo mais contar com a ajuda de seus pais, idosos, teriam que, elas mesmas, cuidar de seus filhos por não terem mais com deixá-los.

Outrossim, ainda temos a situação de encarceramento de adolescentes e jovens que, por prática de ato infracional considerado de natureza leve, como furto e tráfico de entorpecentes, por serem reincidentes, estavam privados de liberdade.

Ressaltamos, ainda, que todas essas medidas socioeducativas precisavam do acompanhamento sistemático de profissionais do CREAS (nas medidas em meio aberto) e da equipe multidisciplinar das unidades de semiliberdade e de internação – representantes estatais - inclusive com a verificação, *in loco*, sobre o comportamento dos adolescentes na comunidade em que reside e nos locais de cumprimento das medidas.

Diante da situação caótica e crítica provocada pelo COVID-19 e visando assegurar o direito à saúde de pessoas privadas de liberdade, especialmente devido à situação de confinamento e superlotação nos presídios e centros de detenção de menores no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pela fiscalização do Poder

Judiciário, promulgou a Resolução nº 62 no dia 17 de março deste ano. Destaca a importância da adoção de medidas para zelar pela saúde dos profissionais no sistema de justiça penal e socioeducativo enquanto perdurar o período emergencial da pandemia do novo coronavírus.

O CNJ recomenda a aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto em detrimento das privativas de liberdade e a revisão de decisões que aplicaram a internação provisória, especialmente referentes a adolescentes mães, indígenas e portadores de necessidades especiais e daqueles considerados como fazendo parte do grupo de risco por seu estado de saúde.

5. Considerações finais

Com a promulgação da Recomendação nº 62 do CNJ, os Defensores Públicos precisavam analisá-la e verificar a melhor forma de sua aplicação para beneficiar o maior número possível de adolescentes e jovens inseridos no Sistema Penal Juvenil, e, neste caso concreto, aos que se encontravam em cumprimento de medida socioeducativa no estado de Pernambuco, local de nossa atuação.

Como Coordenadora do Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, a primeira medida tomada foi a de provocar o Poder Judiciário, e junto à Vara Especializada da Infância e da Juventude da cidade de Recife, capital de Pernambuco, onde temos atuação, conseguimos que todos os adolescentes que se encontravam em cumprimento da medida de semiliberdade tivessem sua execução suspensa.

A partir do momento em que obtivemos êxito em relação a esses adolescentes, expedimos ofícios e petições aos demais juízes com competência para analisar essa situação e o resultado foi que, de imediato, cerca de 200 adolescentes foram beneficiados e agraciados com a possibilidade de ficar em isolamento social com seus pais.

Cerca de 100 adolescentes e jovens tiveram a medida de internação provisória substituída pela de recolhimento domiciliar diante da intervenção da Defensoria em todo o estado de Pernambuco.

Como reflexo também de nossa atuação, mais outros 100 adolescentes estão fora de centro de detenção de menores por termos conseguido a suspensão, a extinção ou a substituição da medida socioeducativa de internação pela de liberdade assistida.

Muito embora a Recomendação 62 do CNJ tenha sido promulgada no sentido de desafogar os centros de detenção, conseguimos êxito na suspensão da execução das medidas socioeducativas de li-

berdade assistida e de prestação de serviços à comunidade de todos os adolescentes e jovens do estado de Pernambuco, totalizando cerca de 800 beneficiários.

Pensando-se na necessidade de também preservar a saúde dos representantes estatais, apresentamos pedido de suspensão do acompanhamento aos adolescentes, o que foi deferido e, com isso, diversos funcionários que atuam nas equipes multidisciplinares e como orientadores também foram beneficiados.

Como resultado de nossa intervenção na aplicação da referida Resolução, vários adolescentes e jovens e funcionários do Sistema Penal Juvenil foram beneficiados, evitando-se o contágio do COVID-19 entre os encarcerados e entre os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto e seus orientadores e profissionais das equipes multidisciplinares dos CREAS.

Inicialmente, a intervenção era para proteger menores encarcerados e, com a análise mais detalhada e sob a ótica da interpretação extensiva da Resolução 62 do CNJ, conseguimos ir além e continuamos realizando a avaliação e o monitoramento da administração do Sistema Penal Juvenil para atuar nos novos casos que estejam enquadrados nessas situações de risco.

Desde o dia 17 de março até este momento, tivemos apenas 03 adolescentes com caso confirmado de COVID-19 que estavam em centros de detenção de menores, tendo dois deles sido curados e o terceiro teve a medida de internação provisória revogada.

Ressaltamos que, de todos os adolescentes que foram e estão sendo beneficiados com a suspensão da execução da medida socioeducativa na cidade de Recife, apenas 05 tiveram a internação provisória novamente decretada pela prática de novo ato infracional.

Assim sendo, acreditando na obtenção de êxito nessa prática, propomos sua aplicação no Sistema Penal Juvenil no restante do Brasil através dos Coordenadores da Infância e da Juventude de cada estado e, aproveitando a realização deste Congresso, sugerimos sua aplicação na América Latina, em especial na Argentina, respeitando-se a particularidade do marco legal de cada país.

6. Bibliografía

Del-Campo, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

Fonseca, Antonio Cesar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

Ishida, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência.* 9. ed. São Paulo, Atlas, 2008.

Nucci, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

Rizzini, Irene; SPOSATI, Adaílza; OLIVEIRA, Antonio Carlos de. *Adolescências, direitos e medidas socioeducativas em meio aberto*. São Paulo, Cortez, 2019.

Tavares, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

Méndez, Emilio García. *Adolescentes y responsabilidad: un debate latinoamericano*. Disponível em:
http://23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion_adicional/practicas_de_investigacion/775/adolescentes_garcia_mendez.htm. Acesso em: 14/05/2020.

De la doctrina de peligrosidad a la perspectiva de restitución integral de derechos. Una propuesta territorial

Marisa Famá, Magalí Gauna, Cecilia Gómez y Paula Julio

1. Introducción

El presente trabajo se fundamenta en una reflexión de prácticas cotidianas en materia de infancias y adolescencias desde una perspectiva integral. El objetivo es ofrecer posibles modos de intervención ante problemáticas que denotan tanto la estigmatización como segregación de jóvenes menores de edad que incurren en la práctica de hechos catalogados como delictivos.

Como equipo técnico del Servicio Local de Promoción y Protección de los derechos del NNyA de la Municipalidad de Junín, en nuestras prácticas diarias nos encontramos con innumerables obstáculos, interrogantes, conflictivas sumamente dinámicas que nos interpelan y nos movilizan a buscar nuevas respuestas en el marco de buenas prácticas.

En tanto Servicio Local nuestra competencia implica la prevención, promoción, protección y restitución de derechos de todo NNyA, como así también la garantía del ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de estos. De igual modo, es nuestra función facilitar que el NN o A, que tenga amenazados o vulnerados sus derechos, acceda a los programas y planes disponibles en su comunidad. Para poder llevar a cabo esto apuntamos al trabajo interdisciplinario con diferentes instituciones en el marco de la corresponsabilidad.

La propuesta de trabajo que presentaremos se piensa en virtud de nuestra participación en el Consejo Local de Niñez y Adolescente y en la Mesa Intersectorial de Jóvenes en conflicto con la Ley Penal, donde se ha evaluado la necesidad de trabajar focalizadamente con jóvenes menores de 16 años que cometen distintos tipos de delitos, siendo considerados inimputables por su edad. Lo que se detecta es una problemática creciente en nuestra ciudad de Junín de actos delictivos que implican a estos jóvenes, en ocasiones reincidentes.

El objetivo de este trabajo se fundamenta en la propuesta de un programa que establezca mecanismos de resolución de conflictos

para evitar el proceso penal futuro, donde prime la respuesta restaurativa y de restitución de derechos antes que la punitiva. Dicho programa será una herramienta de trabajo que dependerá del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del NN y A que estará conformado por un profesional psicólogo/a y un trabajador/a social que acompañaran al joven y su familia realizando intervenciones a través de dos modalidades: trabajo en sede y trabajo territorial.

En el marco de dicho programa se evaluará no solo la conflictiva que los convoque sino también las causales de esta, en función de las cuales se diagramaran estrategias de intervención integral e intersectorial en el marco de la corresponsabilidad social. Facilitando el acceso a los programas existentes en la comunidad con el acuerdo y el compromiso del Niño/a, / Joven y su familia, basándonos en un modelo participativo en el cual prevalezca el acceso del NNoA a la palabra.

Consideramos que la apuesta a la subjetividad implica romper con el modelo punitivista, aplicando un dispositivo pensado desde la perspectiva de derechos que al tiempo que resulta un imperativo ético, constituye una herramienta de transformación social.

2. Un debate ya conocido: positivismo vs. humanismo

La *Clínica de la Peligrosidad* se enmarca dentro del paradigma positivista. Hablamos aquí de la clínica del encierro y el castigo. La implementación y legitimación del dispositivo punitivo represivo institucional de control social, con la intervención estatal dada por las agencias de seguridad utilizando la represión como "tratamiento" del delincuente.

Para el positivismo, la peligrosidad es inherente al sujeto ("sujeto peligroso"), entendido como peligro para la organización social tal como está constituida.

En contraposición ubicamos a la *Clínica de la Vulnerabilidad*, encuadrada dentro del paradigma humanista. De la represión a la prevención del delito. Tiene por finalidad la reducción de la vulnerabilidad, implementando dispositivos de trabajo que garanticen el acceso a derechos de niños, niñas y adolescentes y de su grupo de pertenencia como alternativa al control punitivo represivo institucional.

La *Vulnerabilidad* es un concepto que deriva de "herida" y hace referencia a la persona susceptible de ser dañada desde distintas formas (marginación, exclusión, sanción informal o formal). Cabe destacar que la vulnerabilidad no se refiere a un sector social determinado ni es privativo de un estrato económico.

El paradigma humanista nos habla de *corresponsabilidad social*, entendido como compromiso ético de los distintos grupos e instituciones sociales y estatales. Deducimos que un sujeto "peligroso" llegó a serlo porque previamente fue vulnerable y desde ninguna institución, por acción u omisión, se detuvo el proceso de vulnerabilidad que fue avanzando y se fue acrecentando. La violencia del sujeto es reactiva a la violencia que se ejerció previamente sobre él. Es por esto que hay que determinar allí la etiología de la vulnerabilidad.

Abordaremos al *hecho delito* como *hecho sintomático* a través de lo jurídico, abordándolo desde una perspectiva integral e interdisciplinaria. Decimos "hecho sintomático" en tanto resulta emergente de una especial dinámica familiar y cuanto más pequeño sea el N, N o A, más significativo será su carácter sintomático.

3. Diagnóstico de vulnerabilidad psicosocial

Proponemos un modelo de abordaje para intervenir con jóvenes menores de 16 años que incurren en la práctica de hechos catalogados como delictivos y que son inimputables por su edad.

El objetivo es ofrecer posibles modos de intervención alternativos ante problemáticas que denotan tanto la estigmatización social como la segregación de jóvenes, desplegando estrategias de resolución de conflictos para evitar el proceso penal futuro, donde prime la respuesta restaurativa antes que la punitiva.

El diagnóstico de vulnerabilidad psicosocial (Juan Carlos Dominguez Lostaló), implica un estudio centrado en el sujeto y con referencia a un contexto. Tiene por objetivo atenuar la vulnerabilidad del NNoA en cuestión, atenuar los efectos que producen en él la intervención del sistema penal y el consecuente deterioro de los vínculos afectivos con su comunidad y grupo de referencia. Se diferencia del diagnóstico individual dado que tiene otra función y otro posicionamiento ético.

Al momento de proceder a una evaluación con fines diagnósticos debe entenderse que toda categoría implica comprometer el destino del niño, niña o adolescente y su estructura familiar o de pertenencia. Es por esto que consideramos primordial postular un esquema referencial preciso y una metodología de abordaje que evite que el proceso se convierta en revictimización secundaria.

4. Descripción del Programa/Atención de casos:

Recursos Humanos: dos profesionales, un/a psicólogo/a, un trabajador/a social

Psicólogo/a capacitado/a para el trabajo con dinámicas grupales.

Trabajador/a Social capacitado/a para el abordaje y diagnóstico de grupos familiares.

La intervención será a través de dos modalidades: trabajo en sede y trabajo en territorio.

5. El trabajo en sede comprenderá las siguientes acciones:

- Se diagramará el tipo de abordaje inicial adecuado a la problemática a partir de la realización de un diagnóstico de vulnerabilidad psicosocial. Este se desprenderá del análisis y la evaluación de los datos obtenidos a partir de entrevistas con el niño, niña o adolescente, con su familia o grupo de crianza y con su grupo de referencia; y de las visitas en territorio, a quién y cuándo se citará en caso de ser necesario, programación de visitas domiciliarias, evaluar cuál es la manera pertinente de tomar contacto con las familiar según la singularidad de cada una, si es necesario solicitar información a otros organismos que ya estén interviniendo sobre la problemática, etc.).
- Se diseñarán estrategias de abordaje de la situación familiar restitutiva de derechos con la debida articulación interinstitucional pudiendo acordar líneas de acción con los diferentes actores y qué aportes ofrecerá cada uno dentro de la estrategia diseñada, a fin de resolver la problemática que dio origen a la intervención.
- Una vez resuelta la urgencia de la problemática y puestas en marcha las estrategias se realizará un seguimiento de estas.

6. El trabajo en territorio consistirá en:

- Realización de diagnóstico familiar
- Acompañamiento del NNOA y su familia.

6.1. Pre-diagnóstico (que tendrá lugar en ocasión de guardia)

Se habilitará un espacio de escucha en la emergencia y en la institución en la que se encuentre el NNoA. En esta primera instancia

resulta fundamental que el adolescente se sienta protegido y que se le brinde un marco de contención por el equipo interviniente a fin de favorecer la transferencia y generar menos resistencias.

6.2. Diagnóstico (trabajo posterior a la situación de urgencia)

El diagnóstico será interdisciplinario e integral, desde tres dimensiones: individual, familiar –en sentido amplio– y comunal.

1° etapa.

Realización de entrevistas individuales al N, N o A, en las que se indagará sobre datos fácticos, pero fundamentalmente se dará lugar al despliegue de deseos y necesidades. Se abordarán aspectos psíquicos, pedagógicos y sociales. De ser necesario, se recurrirá a exámenes complementarios.

El material arrojado por las entrevistas será evaluado y sintetizado en equipo y se confeccionará una primera hipótesis orientativa.

2° etapa.

Visita domiciliaria al grupo familiar o de crianza. Realización de informes socio ambientales y entrevistas en profundidad a los adultos responsables y todo actor que resulte ser referente para el NNoA.

Posteriormente se evaluarán los datos obtenidos en las dos etapas y se arribará a una segunda hipótesis con dos puntos centrales:

- En relación con la dinámica familiar: sus conflictivas y potencialidades; modalidad de vínculo entre sus miembros; roles que ocupa cada miembro en la configuración familiar; normas que operan; fantasías; contenidos manifiestos y latentes en el grupo; identificaciones.
- Respecto al N, N o A: modalidad de expresar, recibir y responder a las demandas; fantasías y deseos; identificaciones; necesidades manifiestas y latentes; capacidad de simbolización; datos relevantes de salud; escolaridad; prognosis.
- Desde el análisis comunal: con qué instituciones se cuenta; cuáles son lugar de referencia para el NNoA que pueden funcionar como forma de contención social; identificar modelos culturales de referencia en la comunidad.

3° etapa.

Análisis del barrio o comunidad en la que se desarrolla el N, N o A. Para llevarlo a cabo se tomarán en consideración las institucio-

nes que lo conformen –el club, la escuela, el comedor o merendero, el CAPS y demás grupos organizados– y que actúen como lugares de pertenencia para el NNoA. Evaluar la dinámica del barrio y sus liderazgos.

- Visitas domiciliarias del grupo familiar trabajado
- Acompañamiento de este a los espacios requeridos
- Reuniones de trabajo con los organismos competentes a fin de articular, coordinar y supervisar las prácticas
- Tránsito por espacios de formación y capacitación en la temática.

A su vez, como se anunció con anterioridad el equipo de profesionales abocados al Programa realizarán guardias pasivas las 24 horas, en las cuales pueden ser consultados por otras instituciones a modo orientativo al ocurrir alguna situación, o bien, podrán asistir de forma presencial en este último caso.

Luego de finalizado el diagnostico de vulneración psicosocial se evaluarán las estrategias pertinentes para cada caso. Consideramos que las estrategias a implementar deben ser integrales y abordadas intersectorialmente en el marco de la corresponsabilidad. Es desde esta lógica que se piensa la presente propuesta con el fin de convocar a las áreas corresponsables en la temática abordada, fortalecer el sistema de promoción y protección de derechos en nuestro territorio y crear condiciones de posibilidad y buenas prácticas para alojar las infancias y adolescencias actuales y sus posibles avatares.

La idea de corresponsabilidad pone en marcha las redes existentes o a crearse alrededor de NNyA y sus familias en la comunidad, involucrando a otros actores en la protección y promoción de sus derechos.

Se realizarán las gestiones y articulaciones interinstitucionales a fin de garantizar el acceso a servicios, planes y programas disponibles en nuestro territorio.

Dichas articulaciones posibles son:

- Operadores de Calle
- Terapias Interfamiliares
- Talleres de Crianza
- Dispositivo Integral de Abordaje Territorial de Sedronar (DIAT)
- Centro de Salud Mental
- Centro Preventivo Asistencial. (CPA)
- Programa Envión
- Programa Autonomía Joven

- Talleres del Centro Juvenil
- Centro de Acceso a la Justicia (CAJ)
- Distintas Áreas y Secretarias de la Municipalidad (desarrollo social, discapacidad, seguridad, violencia familiar, cultura, deporte, juventud etc.)
- Áreas Judiciales.
- Educación
- Áreas de Salud en General
- Organizaciones Sociales
- ONG
- Clubes Barriales

7. Acciones en situación de guardias

En caso de que se lleve a cabo la aprehensión de un joven menor de 16 años por la eventual comisión de un hecho delictivo, el equipo se presentará en la Comisaria competente a fin de tomar contacto con el joven y su familia.

Serán convocados por personal de seguridad y/o fiscalía a fin de interiorizarse del hecho acontecido y el tipo de intervenciones realizadas y/o a realizar desde otras instituciones, a fin de coordinar estrategias conjuntas. En el marco de la intervención por guardia se realizarán las siguientes acciones:

- Se mantendrá entrevista con el joven y su familia.
- Se aplicará cuestionario estandarizado como importante herramienta en el diagnóstico familiar
- Se evaluará la conflictiva y se diagramaran estrategias de intervención facilitando el acceso a los dispositivos y programas existentes en la comunidad.
- Toda intervención bajo esta modalidad será articulada y coordinada por el Equipo Técnico del Servicio Local.

Si el joven en cuestión ya se encuentra inserto en el presente programa se asistirá a la guardia bajo una modalidad de intervención al momento y se continuará con el seguimiento redireccionando las estrategias y evaluando cuáles pudieron haber sido las causales que impulsaron a la nueva acción. De esta manera se apuntará a un abordaje en sentido amplio de la posición subjetiva de quien se encuentra involucrado, entendiendo que esta es única para cada quien.

En caso de que se trate de un joven que representa un caso nuevo para el Servicio Local, se llevarán adelante las acciones descrip-

tas anteriormente, tanto en guardia, en sede y en el territorio al que pertenece el grupo familiar de este.

Consideramos muy importante la intervención de profesionales en el marco de una situación de guardia ya que generalmente se trata del momento de mayor permeabilidad a la ayuda externa, en donde se podría realizar un abordaje conjunto del joven y su familia durante las 12hs que establece el art.41 de la ley 13634 (Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño).

8. Seguimiento

El seguimiento será con el consentimiento del joven y su grupo familiar en un marco restitutivo. Se articulará con las instituciones, programas y/o dispositivos que puedan incluirse en el trabajo conjunto y corresponsable, como así también con el equipo correspondiente del Servicio Local que lleve adelante el caso (Admisión, Seguimiento o Medidas de Abrigo).

La planificación del seguimiento dependerá de las características propias de cada familia, de las posibilidades de acceso que tengan a su alcance, y de la construcción de un vínculo de confianza con los profesionales del Programa.

Cabe destacar que ninguna de las medidas innovadoras adoptadas tiene como finalidad la sustitución de ninguna instancia judicial, sino la de ampliar la intervención de abordaje y posterior seguimiento, colaborando con la protección y promoción de derechos de niñas, niños, jóvenes y adolescentes.

En conclusión, consideramos que este proyecto intenta convertirse en un aporte en relación con la problemática detallada, que nos interpela en nuestras prácticas cotidianas y nos moviliza a ensayar nuevas respuestas, que se alejen de lo punitivo como única posibilidad de intervención, garanticen en forma integral derechos, sin estigmatizar las infancias. Intenta además superar las instancias de derivaciones, críticas y quejas entre las instituciones para instaurar nuevos lazos interinstitucionales que efectivicen las prácticas e intervenciones, alivien malestares, renueven esperanzas y den lugar a otras infancias y adolescencias, libres de etiquetas y con otros devenires posibles.

9. Bibliografía

Domínguez Lostaló, Juan Carlos (2008) “Adecuaciones de la tarea profesional para el tratamiento de la Vulnerabilidad (en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño)” en Domínguez Lostaló, Juan

Carlos, *La doctrina de la Protección Integral en América Latina*, Buenos Aires, Koyatún Editorial, pp. 32-42.

Domínguez Lostaló, Juan Carlos (2011) *Desarrollo Humano en Comunidades Vulnerables. El método de la Clínica de la Vulnerabilidad Psicosocial. Programa de Trabajo Comunal Universitario*, Buenos Aires, Editorial Koyatún.

Domínguez Lostaló, Juan Carlos (1995) Atención y Tratamientos alternativos a la Institucionalización, a través de la Reconstitución de Redes Vinculares, para la Contención Familiar. Conferencia en las Primeras Jornadas de Minoridad y Familia: "Menores en Conflicto con la Ley y Privados de Libertad: Experiencias alternativas a la luz de la Convención internacional de los Derechos del Niño", provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Argentina.

Ley Provincial 13634 Decreto 44/2007. Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal Juvenil.

La posición social de lxs adolescentes / jóvenes sujetos de intervenciones de la justicia penal juvenil. Los determinantes sociales que operan en sus trayectorias vitales propiciando la captación selectiva del Sistema Penal

Adriana Mariel Fernández[472]

1. Introducción

En el ámbito de la Justicia Nacional de menores con competencia en la CABA se tramitan las causas penales que investigan la presunta participación de personas menores de edad en situaciones consideradas como delito.[473] Tanto a partir de mi experiencia de intervención profesional como integrante de los equipos interdisciplinarios de la Prosecretaría de intervenciones socio-jurídicas de la Cámara criminal y correccional de la Capital Federal y considerando diversos autores, como Zaffaroni, Puebla, Garbé y Susel, Guemureman, nos planteamos cómo opera la cuestión de la captación selectiva del sistema judicial penal en los casos de adolescentes / jóvenes. No se trata de todxs los adolescentes / jóvenes, sino de algunxs de ellxs, por lo tanto, es necesario realizar distinciones al interior de esta categoría. La selectividad recae, en la mayoría de los casos, sobre adolescentes / jóvenes que han padecido vulneraciones a sus derechos sociales y/o precariedad en sus condiciones concretas de existencia, lo cual determina situaciones de desigualdad social. Esta última categoría la entenderemos desde un enfoque multidimensional según los aportes de Luis Reygadas[474], a partir de los cuales se combinan para el análisis de la desigualdad social aspectos individuales (dis-

472 Lic. en Trabajo Social (UBA). Esp. en Abordaje Integral de problemáticas sociales (UNLA). Residencia en Salud Mental (RISaM Salta). Integrante de los equipos interdisciplinarios de los Juzgados Nacionales de Menores – Prosecretaría de Intervenciones Socio-Jurídicas de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal.

473 A excepción de las contravenciones y delitos con penas menores a las de robo en tentativa que tramitan en los juzgados de la CABA.

474 Reygadas, L. (2004) Las redes de la desigualdad: un enfoque multidimensional, Rev. Política y Cultura N°22, pp. 7-25, México.

tribución de capacidades y recursos entre lxs agentes – teorías individualistas); aspectos relacionales (pautas de relaciones e intercambios desiguales – teorías interaccionistas) y aspectos estructurales (asimetría de las estructuras sociales). También contaremos con los aportes de Eric Wrigth[475], quien plantea tres lógicas para explicar los principales mecanismos sociales generadores de desigualdad. Cada lógica está asociada a una tradición diferente de la teoría sociológica: la perspectiva de los atributos individuales y condiciones de vida materiales (enfoque de estratificación); la perspectiva del monopolio de oportunidades y procesos de cierre social (enfoque weberiano) y la perspectiva de la explotación y la dominación (enfoque marxista).

Es así que nos planteamos el interrogante respecto de cuáles serían los condicionantes sociales que operan en las trayectorias vitales de ciertxs adolescentes / jóvenes y que habilitan la intervención de la justicia penal juvenil, quedando presuntamente involucradxs en situaciones consideradas como delito. Si bien contamos con una ley de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes que pretende garantizar el pleno goce de sus derechos a esta población, persiste para amplios sectores sociales las dificultades y hasta imposibilidades para su efectivización. Es así que nos resulta relevante poder indagar sobre los condicionantes sociales en esta temática para visibilizar y resaltar la relación entre los procesos penales que atraviesa la población mencionada y la vulneración de derechos que padecen.

Lxs niñxs y adolescentes desarrollan su existencia en relación con sus referentes adultxs, contando con la existencia de un sistema de protección integral de sus derechos que ubica al Estado como responsable de garantizarlo. Interrogarnos también por la cuestión de la responsabilidad resulta de interés, ya que, desde las causas penales, por un lado, se investiga respecto de la responsabilidad de lxs adolescentes ante su supuesta participación en una situación considerada como delito y, por otro lado, generalmente se responsabiliza a los entornos familiares por las dificultades que padecen para brindar condiciones básicas en el acceso a los derechos económicos y sociales. También en el otro extremo, se sobrevaloran las capacidades familiares cuando resuelven sus necesidades integrales de manera autónoma. Ambos mecanismos neutralizan al Estado en su responsabilidad como garante último del acceso a los derechos sociales y ocultan la existencia de condicionantes sociales que operan en las

475 Wrigth, Eric O. (2009) "Comprender la clase. Hacia un planteamiento analítico integrado", *New Left Review.*

trayectorias vitales favoreciendo la captación selectiva del sistema penal. Creemos que es relevante pensar en direccionar dicha responsabilidad hacia el papel del Estado y trascender la mera responzabilización individual y familiar de quienes transitan el circuito penal. Las preguntas estarían dirigidas entonces, a cuestionarnos respecto de cómo y sobre quién o quiénes se ubica la responsabilidad, cuáles efectos genera esto sobre lxs adolescentes y sus familias y cuál es el posicionamiento que toma el Estado en su función de garantizar la protección integral de sus derechos.

Los equipos interdisciplinarios de la Prosecretaría de intervenciones socio-jurídicas de la Cámara criminal y correccional de la Capital Federal adscriptos a los Juzgados Nacionales de Menores (JNM) son designados para asumir funciones mientras está en trámite la intervención judicial y hasta que lxs adolescentes cumplen los 18 años de edad. Durante ese período se desarrollan abordajes profesionales particulares que, según los casos, tienden a la vinculación con el sistema de protección integral de derechos y a prevenir nuevas intervenciones del sistema penal, siendo objetivos de la intervención socio-jurídica penal. A partir de esto, nos interrogamos respecto de cuáles apoyos y recursos, durante el tiempo de desarrollo de los abordajes profesionales, pueden favorecer dicha vinculación y el desarrollo de estrategias de autocuidado por parte de lxs adolescentes / jóvenes en cuestión. Tanto las vinculaciones con el sistema de protección de derechos como las estrategias de autocuidado pueden resultar efectivas, en mayor o menor medida, ante situaciones que podrían derivar en causas penales en los contextos particulares de vulnerabilidad por los que transitan. Comprobamos desde la práctica profesional en el ámbito penal, que a partir del enfoque de derechos se ha dinamizado la interrelación entre lo judicial y los efectores de la política social, teniendo como resultado una suerte de puerta de acceso hacia la restitución de derechos vulnerados. En lo concreto, esto significa que las intervenciones judiciales habilitan muchas veces la atención efectiva para adolescentes / jóvenes y/o sus grupos de referencia de los servicios presentes en sus territorios (educación, salud, esparcimiento, etc.). Tal como señala Velurtas[476], dicha población requiere de apoyo para acceder a servicios de los cuales, supuestamente, serían titulares de derechos. Esto sucede vía intervenciones informales pero insistentes de los equipos interdisciplinarios o hasta mediando informes u oficios judiciales que evidencien la

476 Velurtas, M. (2017) *Intervenciones y prácticas, el trabajo social en el campo de la justicia penal juvenil,* Bs. As., Editorial Espacio. Bs. As.

necesidad de mediaciones a pesar de ser servicios que se presentan como abiertos y disponibles a toda la comunidad. Coincidimos con la autora que esto implica un mecanismo de estigmatización para este grupo de adolescentes / jóvenes, siendo la judicialización penal la vía de acceso a sus derechos sociales.

Como marco general, entendemos la temática de lxs jóvenes presuntamente involucradxs en situaciones delictivas como refracción de la cuestión social, que como tal, es reconstruida a modo de problemática social, y, en consecuencia, objeto de intervención de las políticas sociales.

Nos preguntamos entonces por los determinantes sociales que operan en las trayectorias vitales de adolescentes / jóvenes propiciando la captación selectiva del Sistema Penal, sin perder de vista que, por otro lado, aunque de manera tardía, se da lugar a su re-vinculación a servicios de la política social.

2. Marco Legal

La normativa vigente diferencia y acciona de manera fragmentada respecto del ámbito de reconomiento de derechos y del ámbito penal. Si bien podemos identificar avances legislativos en cuanto a la protección de derechos de niñxs y adolescentes, no sucede lo mismo respecto de la sanción de una ley marco en lo penal, en consonancia con la Convención Internacional por los Derechos del Niño (CDN) y otros tratados internacionales de DDHH. A pesar de ello, encontramos experiencias particulares, dependiendo también de lxs agentes que intervienen, que se hacen intentos de adecuar la normativa vigente a la luz de la CDN y demás leyes y tratados.

La legislación vigente del ámbito Nacional en materia de protección integral de derechos y Régimen penal son: Ley de protección integral de Niños, Niñas y adolescentes (Ley N° 26.061) y Régimen Penal de la Minoridad (Ley N° 22.278/80 y Ley N° 22.803/83).

3. Marco Institucional

3.1. El circuito judicial – penal que capta selectivamente adolescentes / jóvenes en la CABA

a. Generalidades

En el ámbito de la CABA, la competencia sobre los delitos penales cometidos por adolescentes / jóvenes la tiene el Fuero de Menores del Poder Judicial de la Nación, a excepción de las contra-

venciones y delitos con penas menores a las de robo en tentativa que tramitan en los juzgados de la CABA.

Los Juzgados y Tribunales orales que intervienen en las situaciones delictivas que lxs involucran, no han modificado la denominación de "menores" por la de "niñas, niños y adolescentes" (NNyA) para referirse a ellxs, como sí sucede en los ámbitos del poder ejecutivo que desarrollan programas o dispositivos destinados a esa población. Lxs adolescentes / jóvenes a lxs cuales nos referiremos en este trabajo tienen entre 16 y 18 años de edad.[477]

Existen siete (7) Juzgados Nacionales de Menores (JNM), los cuales están encargados de instruir las causas. En esta primera instancia se realiza la investigación y recolección de pruebas para determinar el sobreseimiento, la falta de mérito o el procesamiento de lxs adolescentes / jóvenes presuntamente involucradxs en situaciones consideradas como delitos por el sistema judicial penal y, si son procesadxs, las causas se elevan a juicio. Para esta otra instancia del proceso penal existen tres (3) Tribunales Orales de Menores (TOM), los cuales tienen la función de determinar la responsabilidad penal y aplicar una sanción. También intervienen las Fiscalías; las Defensorías Oficiales – quienes se ocupan de ejercer la defensa técnica de lxs adolescentes / jóvenes – y las Defensorías Públicas de menores e incapaces.

b. El circuito penal

Lxs adolescentes / jóvenes pueden ser captados por la justicia juvenil por haber sido detenidxs por las fuerzas de seguridad y estas dar intervención al juzgado de turno o por la existencia de una denuncia en su contra por encontrarse presuntamente involucradxs en alguna situación considerada como delito. Si resultan detenidxs por fuerzas de seguridad, son derivadxs al Centro de admisión (CAD) dependiente del Consejo de NNyA de la CABA, establecimiento exclusivo para alojar adolescentes / jóvenes con intervención judicial. Será el JNM de turno quien decida el egreso con la familia, el egreso con derivación institucional a hogares convivenciales o comunidades terapéuticas según evaluación o su derivación a otra instancia institucional del ámbito penal, la cual puede ser un centro socio-edu-

477 Según el nuevo código civil y comercial de la nación, vigente a partir del año 2015, una persona entre los 13 y 18 años de edad es "adolescente", pero según la Ley de Juventud se considera "joven" a las personas que tienen entre 15 y 29 años.

cativo de régimen cerrado (CRC San Martín y CRC Rocca) o abierto (Residencias socio-educativas Almafuerte y Simón Rodriguez).[478]

Las derivaciones institucionales del ámbito penal, en este caso, son medidas de privación de libertad, consideradas "excepcionales", cuya justificación puede tener variados fundamentos según surge de los expedientes tutelares que tramitan en los JNM: –el delito cometido o –la acumulación de causas penales o –situaciones de vulnerabilidad social que discursivamente se fundamentan en criterios que aluden a la necesidad de una evaluación más profunda para definir un abordaje "acorde a la situación".[479]

Al momento del ingreso al CAD, lxs adolescentes / jóvenes son entrevistadxs por un equipo interdisciplinario de esa dependencia, quienes realizan un primer análisis de situación y una sugerencia al Juzgado de turno respecto a las medidas a implementar (derivación a centros socio-educativos abiertos o cerrados; egreso con la familia o con la Guardia Permanente de abogados, lo cual puede ir acompañado de la sugerencia de intervención de programas actuación territorial, o derivaciones a asistencia en salud / salud mental). Sus sugerencias pueden ser tenidas en cuenta por el/la juez interviniente pero no son vinculantes. Dependiendo de diversas circunstancias, como por ejemplo día y hora; tiempo de permanencia en el CAD; delito imputado; antecedentes; si son llevadxs a declarar a sede judicial durante el tiempo de su detención, pueden ser entrevistadxs también por los equipos interdisciplinarios del juzgado de turno. Estos equipos también realizan un análisis preliminar de la situación y realizan sugerencias de medidas a tomar en el caso de considerarlo pertinente.

En el caso del egreso, este puede darse de dos maneras:

---

478 Estos establecimientos pertenecían hasta julio de 2016 a la DINAI, dependiente de la SENNAF. El día 20/07/16 se publicó en el boletín oficial el traspaso a la órbita del Gobierno de la CABA al Consejo de derechos de NNyA. El CRC San Martín se ubica en Parque Chacabuco, calle Fernández y Curapaligüe. En la misma manzana funciona la Residencia socio-educativa "Almafuerte". El CRC Rocca fue reubicado, luego de un episodio de conflicto donde un grupo de adolescentes fue reprimido por las fuerzas de seguridad a principios de 2016, en el edificio donde funcionaba otro ex CRC (el Agote) el cual se encontraba en desuso luego de su cierre y traslado de los adolescentes al CRC San Martín o Rocca. Este edificio se ubica también en la CABA en la zona de Palermo, calle Darragueyra y Charcas. La Residencia socio-educativa "Simón Rodríguez" se ubica en la zona de Villa Crespo, en calle Lavalleja 264.

479 Llegamos a esta enumeración de motivos para la privación de libertad de adolescentes/jóvenes a partir de la lectura hecha de expedientes tutelares en los cuales se hace mención explícita o implícitamente a esos motivos.

Si el CAD pudo hacer contacto con un familiar responsable, este puede acercarse al lugar para que se concrete a su cargo el egreso del/la adolescente / joven.

Si no pudo hacerse contacto con el grupo familiar o ningún referente puede hacerse presente en la institución, puede darse intervención a la Guardia permanente de abogados (GPA) con quienes se realiza el egreso del/la adolescente / joven. La GPA lo acompaña hasta su domicilio (si vive en CABA) o hasta un Parador del GCABA si vive en provincia o si el adolescente no desea que lo lleven a su casa o si no cuenta con esa posibilidad porque se encuentra en situación de calle u otra circunstancia. La decisión de acompañarlo hasta el domicilio o hasta un parador queda a criterio de lxs propixs adolescentes / jóvenes. En el caso de ingresar al parador, es también su decisión permanecer allí o retirarse en forma más o menos inmediata del lugar y por sus propios medios.

Al mismo tiempo que ocurre el reconocimiento de estxs adolescentes / jóvenes como supuestxs infractores a la ley penal, los informes de lxs diversxs profesionales intervenientes obrantes en los expedientes judiciales, lxs caracteriza mayoritariamente como sujetos que padecen situaciones de vulneración de derechos. De esta manera se evidencian en las prácticas de los actores intervinientes en el circuito penal, estrategias de control social tensionadas entre lo proteccional y lo correccional, es decir, la pretensión de atender la vulneración de derechos al tiempo de corregir comportamientos que se suponen peligrosos para el orden social. De acuerdo con el Régimen penal de Minoridad, lxs adolescentes / jóvenes con causa penal pueden ser dispuestxs provisionalmente por la autoridad judicial, es decir, permanecer "tuteladxs" por el/la juez, quién estará a cargo de que se realice un cierto control y seguimiento de su situación de vida socio-familiar. En todos los casos de disposición tutelar de un/a adolescente / joven se designa un equipo interdisciplinario dependiente del JNM a cargo para que cumpla funciones inherentes al llamado "tratamiento tutelar". Si bien persisten modalidades de intervención del paradigma tutelar (modos de mirar, entender y actuar en las diversas situaciones concretas), desde la sanción de la ley de Protección integral de derechos de NNyA, ley Nº 26.061, encontramos también importantes adecuaciones al marco legal de la Convención de NNyA del cual surge el paradigma de la protección integral.

Los equipos interdisciplinarios de los JNM son parte del cuerpo de delegadxs inspectores que depende administrativamente de la Prosecretaría de Intervenciones socio-jurídicas (PISJ) de la Cámara

Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Los profesionales que integran el cuerpo de delegadxs pertenecen a disciplinas del campo de lo social.[480] Desde la PISJ se los asigna a los JNM y continúan en funciones ante los TOM cuando las causas que involucran a lxs adolescentes / jóvenes son elevadas a juicio oral. Estos equipos inician un proceso de intervención con lxs adolescentes / jóvenes, en el marco del llamado "tratamiento tutelar" previsto en la ley 22.278. En el caso que en la etapa de instrucción (en trámite en los JNM) se declarare la inimputabilidad o el sobreseimiento del/la adolescente, se realiza el cese simultáneo del expediente tutelar y por lo tanto se interrumpe la intervención del equipo interdisciplinario. Si en estos Juzgados quedan imputadxs por el delito que se investiga, se efectiviza el procesamiento y la causa penal se eleva al TOM para la realización del juicio. En estos casos, los equipos interdisciplinarios continúan interviniendo con lxs adolescentes / jóvenes hasta el cese del expediente tutelar al cumplir la mayoría de edad.

En cuanto a las funciones que realizan los equipos interdisciplinarios se distingue una doble definición en cuanto al qué hacer y hacia quién está dirigida la acción: respecto de lxs adolescentes / jóvenes y respecto de la institución judicial. Con lxs adolescentes / jóvenes desarrollan una tarea de acompañamiento y orientación para su posicionamiento respecto del desarrollo del proceso socio-jurídico; una tarea de orientación en la identificación de las propias necesidades, expectativas y capacidades y una tarea de articulación institucional y sectorial para el acceso a la atención integral de sus derechos. Hacia la institución judicial, la función consiste en presentar informes periódicos respecto de la situación actual del/la adolescente y del desarrollo de los abordajes implementados. Estos informes dan cuenta, por un lado, del acompañamiento tutelar y, mientras dura la disposición, son de utilidad para el/la juez en el caso de tener que tomar alguna medida específica, como, por ejemplo, solicitar la intervención del organismo correspondiente en el tipo de problemática que se presente en la situación vida del/la adolescente. Por otro lado, al momento del juicio se evaluará la responsabilidad penal del/la adolescente en el hecho que se le atribuye y la imposición de pena o su absolución, teniendo en cuenta "los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa

480 La conformación de estos equipo está ligada a los procesos históricos de cómo se fue accediendo a los cargos dentro del Poder Judicial de la Nación. Actualmente la mayoría de lxs integrantes de los equipos interdisciplinarios tienen títulos habilitantes de Trabajo Social, Psicología, Abogacía, Psicopedagogía o Sociología.

recogida por el juez" (Artículo 4° de la Ley 22.278). Los resultados del llamado "tratamiento tutelar" se infieren de los informes de los equipos interdisciplinarios, los cuales deben dar cuenta del proceso realizado por lxs adolescentes / jóvenes durante el desarrollo del abordaje profesional, teniendo en cuenta los logros alcanzados según las características de la situación vital del/la adolescente y los objetivos propuestos por el equipo interdisciplinario en codiseño con lxs adolescentes / jóvenes. Esta modalidad se sustenta en la consideración de que lxs adolescentes / jóvenes son personas en proceso de formación, lo cual ha dado lugar a la existencia de una justicia especializada y al desempeño sostenido de los equipos profesionales. Según Guemureman[481], la implementación del llamado tratamiento tutelar y la consideración de su resultado para evaluar la necesariedad o no de imponer una pena, está vinculado más a una cuestión moral que a una gestión legal. En su libro, Velurtas considera que el sentido de las prácticas de dichos equipos pudo ser redefinido a partir del concepto de medidas socio - educativas en el marco de la protección integral, aunque manteniendo la figura de la disposición tutelar, "definidas como una medida jurídica que se aplica a lxs adolescentes que [presuntamente] cometieron algún delito, tiene por objetivo evitar castigos, pero contiene una dimensión coercitiva, por la cual el/la adolescente estaría obligadx a cumplirla, su objetivo no se reduce a penar […] sino a promover integración social". En el caso de la ley de menores vigente para los casos en análisis, estos procesos tienen lugar con anterioridad a la declaración de responsabilidad y/o imposición de pena. Retomando lo expuesto, podríamos decir que, si lxs adolescentes / jóvenes *cumplen* con las medidas socio-educativas *impuestas* pueden aspirar a la absolución al momento de la declaración de responsabilidad y posterior imposición de pena. En cuanto a la dimensión coercitiva, podemos decir que, si bien es cierto su contenido, también se apela a contar con la participación de las personas adolescentes / jóvenes, a su implicancia subjetiva, a realizar un codiseño de dichas medidas. Al respecto, Guemureman[482] critica la cuestión de que dichas medidas ocurren previamente al juicio, es decir que no guardan relación con la responsabilidad de su acción sino con la presunción de haber cometido un delito. A su favor, podemos argumentar que la intervención judicial ocurre, en gran

481 Citada en Velurtas, M. (2017) *Intervenciones y prácticas, el trabajo social en el campo de la justicia penal juvenil,* Bs. As., Editorial Espacio.

482 Guemureman, Silvia (2011) *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales de menores: os tribunales orales de la CABA*, Bs. As., Editores del Puerto.

cantidad de casos, en situaciones de adolescentes que se encuentran desvinculadxs de espacios de inclusión social, del sistema de protección de derechos, y entonces, estas medidas resultan también en una posibilidad de acceso o revinculación a dichos espacios.

En el reconocimiento de estxs adolescentes como supuestos infractores a la ley penal por un lado y como sujetos que padecen situaciones de vulneración de derechos por otro lado, se trasluce en las prácticas de los actores intervinientes en el circuito penal, la tensión entre objetivos de cuidado y objetivos de control. Aparecen imbricadas las políticas de seguridad con las políticas sociales, evidenciando una modalidad de abordaje del delito juvenil por medio del despliegue de prácticas tanto represivas como de prevención social. Mayoritariamente observamos que son los adolescentes / jóvenes varones pertenecientes a los sectores más afectados por procesos de desigualdad[483] quienes son captados en las redes del sistema judicial a partir de la presunción de ser responsables de haber cometido un delito.

4. Lxs adolescentes / jóvenes. ¿De quiénes estamos hablando? Cuestiones referidas a su posición social y las estrategias de integración social

Se trata de una población delimitada, en primer lugar, por un criterio cronológico, personas entre 16 y 18 años de edad son las que se encuentran en posición de ser captadas por la justicia nacional de menores con competencia en la CABA. También se suma un criterio geográfico, ya que serán aquellxs presuntamente involucrados en delitos cometidos en la CABA quienes se verán afectadxs por sus prácticas e intervenciones. Consideraremos a la población en esta franja etaria como adolescentes / jóvenes en tanto sujeto situado e histórico, el cual es construido a partir de la mirada particular de los agentes que intervienen en el circuito penal. La mirada de unxs construye a lxs otrxs a partir de sus representaciones e imaginarios sociales. Para comprender de quiénes estamos hablando nos basaremos en aportes teóricos y en la información obtenida de las prácticas profesionales y en las fuentes secundarias que surgen de informes y expedientes en el período comprendido entre 2015-18. Hablamos de un sujeto situado e histórico ya que entendemos que las condiciones socio-históricas del momento particular en el cual se desarrolle un sujeto específico y la posición social ocupada en una estructura

483 El origen de la desigualdad es estudiado por Wright (2009) a partir del análisis de clase y la noción de clases sociales. Según sus aportes, decimos que este grupo de adolescentes / jóvenes es emergente de relaciones sociales desiguales, de conflictos de clase.

social determinada, les impondrán condiciones a sus trayectorias vitales, limitando opciones y posibilidades. Pretendemos distinguir los entornos particulares en que este grupo de adolescentes / jóvenes desarrolla su existencia.

Según la información que surge de fuentes primarias y secundarias y de publicaciones realizadas por el CEDIM[484], lxs adolescentes / jóvenes que transitan por los JNM con competencia en la CABA son mayoritariamente varones, pertenecen a familias que desarrollan su existencia en zonas de desafiliación y vulneración social con precariedad en sus condiciones materiales de existencia. Con esto aludimos a que sus referentes adultxs establecen escasa o ninguna vinculación al mercado formal de trabajo, obtienen ingresos escasos e inestables, presentan baja calificación laboral y dificultades en sus trayectorias educativas. Esto último se repite en la situación educativa de los propios adolescentes, estando además expuestos a experiencias de violencia social y vincular. Otra característica es la precariedad habitacional y/o en el acceso a servicios urbanos. A todo ello se suman las fragilidades en el entramado del sistema de protección de derechos que no logra alcanzarlos de manera efectiva en función de sus necesidades y características. Los delitos por los que mayormente resultan imputados son los delitos contra la propiedad privada: robos y hurtos y/o en grado de tentativa en sus diversas modalidades.

Como mencionamos al principio, entendemos la temática como refracción de la cuestión social. Como tal es reconstruida a modo de problemática social, y, en consecuencia, objeto de intervención de las políticas sociales. Desde el discurso de las políticas sociales se pretende ofrecer oportunidades de inclusión social que permitan a los adolescentes / jóvenes desarrollar trayectorias de vida con acceso a los derechos de salud, educación y desarrollo social. Sin embargo, se hacen evidentes obstáculos para garantizar dicho acceso, poniendo en relevancia la problemática de la desigualdad social. Aquí resulta indispensable hacer una mención al concepto de cuestión social y la función de las políticas sociales. El concepto de cuestión social surge a mediados del SXIX cuando, a partir de la crisis del desarrollo industrial, se inicia un ciclo de estancamiento y depresión económica que da lugar a procesos de pauperización de los sectores de clase trabajadora. Para explicar la categoría de pau-

484 El Centro de Delegadxs inspectores de menores es una Asociación que nuclea a delegadxs de la Pro-secretaría de intervenciones socio-jurídicas que cuenta con un área de investigación y formación permanente para profesionales.

perismo se crea el concepto de cuestión social, ocultando en realidad la verdadera raíz del problema, la cual ubicamos en la explotación capitalista para la acumulación ampliada de capital. En nuestro caso, esto es relevante porque implica para las personas ocupar lugares desiguales en la estructura social y en consecuencia, verse afectadas por procesos de desigualdad en su desarrollo vital. A partir del surgimiento del concepto de cuestión social, el problema queda ubicado en sus manifestaciones y no en aquello que lo genera. El modelo de producción capitalista, a la vez que permite la acumulación de riqueza, genera profundización del pauperismo, debido a que, para la reproducción ampliada de capital, se hace necesario maximizar la explotación del trabajo, generando así el deterioro de las condiciones de vida de lxs trabajadores. Fue en ese momento que el Estado, en su función de garantizar la reproducción de las relaciones sociales, asume la intervención en las problemáticas sociales mediante la implementación de sus políticas sociales. En la actualidad, a partir de la crisis del sistema capitalista y la extensión del desempleo para amplios sectores de la sociedad, el sistema de políticas sociales se encuentra desfinanciado y empobrecido. Las propuestas para la llamada inclusión social se encuentran reducidas a políticas pobres para pobres, lo cual nos enfrenta a diversos obstáculos para el acceso a derechos. Es de destacar que en los informes de lxs agentes que intervienen en cada situación particular obrantes en los expedientes judiciales relavados, el acento para dar cuenta de estos obstáculos está mayormente puesto en la falta de motivación o compromiso de adolescentes / jóvenes o incapacidades de sus referentes adultxs que en el desmantelamiento de políticas sociales. De esta manera se asocia rápidamente las problemáticas de lxs adolescentes / jóvenes con responsabilidades de las familias sin cuestionar las responsabilidades de las políticas públicas[485]. Pretendemos confrontar dichos fundamentos dejando en evidencia las fragilidades del Estado en su papel protector de los derechos de esta población de adolescentes / jóvenes, las cuales se concretizan en los procedimientos cotidianos de los organismos intervinientes. Asumimos que es el Estado el responsable de la promoción de derechos y de la atención que requieren las diversas situaciones de vulneración.

485 Martínez Franzoni (2005:58) señala: “la familia endogeniza las “fallas” del mercado y la presencia o ausencia de apoyo estatal a través de una expansión o reducción de su papel en la producción del bienestar”.

Dichos informes realizan caracterizaciones de lxs adolescentes / jóvenes, sus familias y las situaciones de contexto en el cual desarrollan sus vidas teniendo en cuenta las siguientes dimensiones:

- Datos personales y familiares: edad, conformación familiar, educación, ocupación, ingresos, salud.
- Trayectoria educativa.
- Problemáticas de salud.
- Situación habitacional.
- Área social.
- Ocupación laboral (de lxs adultxs del grupo familiar y de NNyA si la tuvieran).
- Historia familiar.
- Desarrollo de las capacidades.
- Antecedentes institucionales y penales.

En los expedientes tutelares seguidos a lxs adolescentes / jóvenes también aparecen las medidas adoptadas por los juzgados respecto de sus vidas y, además, en algunas ocasiones, también aparecen referencias a intervenciones profesionales particulares que desarrollan otros actores institucionales, efectores de las políticas sociales dirigidas a esta población. Entre las acciones que desde el Estado se implementan respecto de la situación de vida de estos jóvenes (políticas sociales), se diferencia un aspecto tendiente a la restauración de derechos y otro aspecto relacionado a la cuestión normativa y de disciplinamiento. Al mismo tiempo que se comete un delito, incumpliendo la ley que intenta asegurar un determinado orden social, lxs adolescentes / jóvenes que transgreden dicho orden padecen situaciones de derechos vulnerados, desigualdades, injusticias sociales.

Como ya se dijo, las medidas judiciales del ámbito penal que se implementan, pueden ser privativas o no de libertad, acompañadas por la "disposición tutelar" de lxs adolescentes / jóvenes, lxs cuales quedan sujetos a un "tratamiento tutelar". Desde la acción tutelar se realiza su seguimiento / control y la articulación con los ámbitos proteccionales, ejecutores de políticas sociales, para el acceso a la atención integral de los derechos. Las desigualdades, injusticias y desprotecciones que padecen lxs adolescentes / jóvenes involucradxs en causas penales, se hacen evidentes en la situación de vida singular de cada unx y son pre-existentes a ser captadxs por el sistema penal. Siguiendo los aportes de Wright[486], quien estudia el origen de la des-

486 Wrigth, Eric O. (2009) "Comprender la clase. Hacia un planteamiento analítico integrado", New Left Review.

igualdad a partir del análisis de clases, reconocemos que la clase social es un factor de desigualdad y afecta todas las dimensiones de la vida, es por eso que nos resulta pertinente pensar la problemática de lxs adolescentes / jóvenes presuntamente involucradxs en causas penales vinculada a la estructura de clases y los determinantes sociales.

En los informes técnicos obrantes en los expedientes judiciales de lxs adolescentes / jóvenes, encontramos que se realiza una evaluación de su situación social, del momento actual e incluyendo sintéticamente elementos de sus trayectorias vitales, identificando las problemáticas y necesidades que afectan a lxs adolescentes / jóvenes y sus grupos de referencia y sus potencialidades. En función de la evaluación realizada desde los distintos escenarios institucionales, se planifican propuestas de intervención en las cuales se plantean objetivos respecto del posicionamiento en el proceso penal y objetivos de "inclusión social". Esto está suponiendo un punto de partida de exclusión, de estar fuera de la sociedad, se incluye a quien quedó por fuera, a quien está excluidx. En las sociedades capitalistas, es en el ámbito del mercado donde lxs miembrxs de las clases sociales establecen relaciones de intercambio e interacción. Tanto las pautas de producción como las de distribución establecen desigualdades según la posición social en la que se encuentran ubicadas las personas. Lxs adolescentes / jóvenes que nos ocupan, presentan una posición desfavorable para el intercambio en el mercado tanto desde un enfoque de atributos personales (que se refleja en los informes de los expedientes judiciales) como por su origen de clase y la estructura de oportunidades a las que pueden acceder. Podemos pensar que, ante la situación de desigualdad para el intercambio en el mercado, desigualdad en las oportunidades, desigualdad en las posibilidades de consumo y ante las exigencias de responder a pautas sociales y elementos de distinción a través de ese consumo, involucrarse en situaciones delictivas como el robo funciona para estxs adolescentes / jóvenes como una modalidad de inclusión social y de interacción entre lxs miembrxs de las clases. Poseen escasas posibilidades de acceder al consumo[487] vía el mercado y han encontrado en el robo amateur una alternativa para ello. El concepto de "delito amateur" es desarrollado por Kessler, G.[488] explicando que la falta de ingresos estables, la dificultad en el acceso a puestos laborales formales y una

487 Un consumo impuesto socialmente según el momento histórico, que es creado socialmente junto a la definición de ciertas necesidades sociales, pero que también se vuelve deseado por los sujetos de la época colectiva e individualmente.

488 Kessler, G. (2004) *Sociología del delito Amateur.* Bs. As. Paidós – Tramas sociales 25.

baja calificación laboral determinan ingresos globales por debajo de la Canasta Básica Total. Debido al pauperismo de las unidades familiares o domésticas, el delito en estos casos es "amateur" y representa en la mayoría una estrategia personal o familiar de sobrevivencia de complemento de ingresos en dinero o en especie.

Retomando lo planteado hasta ahora, creemos que existen determinaciones sociales que ubica a cierta población de adolescentes/ jóvenes en posición de ser captadxs por el sistema judicial y que desarrollan acciones que caracterizamos como delito amateur como manera particular de inclusión social. Desde la función estatal se desarrollan estrategias para el logro de la integración social. Estas pueden ser penalizantes de determinadas acciones consideradas como delitos y/o cierta oferta de propuestas de "inclusión / integración social", las cuales intentarán normalizar la acción de los sujetos con el objetivo de ajustarla al orden social. La combinación de ambas la encontramos en la intervención sobre la población de adolescentes / jóvenes con intervenciones judiciales.

5. Reflexiones finales

En la Argentina, en el año 2005 se sancionó la ley 26.061 de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Esta ley fue uno de los logros obtenidos a partir de las luchas llevadas a cabo durante largos años por diversas organizaciones sociales en materia de derechos humanos, particularmente en el ámbito de las infancias. Su sanción implicó un importante punto de inflexión en las políticas públicas implementadas para el sector y en las acciones concretas de los agentes judiciales. Tanto las políticas como las acciones llevadas a cabo para su implementación, pretenden tener un giro desde el paradigma tutelar hacia el paradigma de la protección integral, aunque en la práctica persistan, convivan, se opongan o se mixturen ambos paradigmas. Tal como venimos diciendo, el sistema penal impacta con sus intervenciones sobre aquellas personas menores de 18 años que se encuentran en posiciones profundamente desfavorecidas del sistema social en el que vivimos. La vulneración de derechos funciona como determinante social para la captación selectiva del sistema penal de adolescentes / jóvenes.

Pensamos las condiciones de desigualdad, determinadas por la pertenencia a una clase social, como un conjunto de condicionantes sociales que generan la posibilidad de que ciertos adolescentes sean seleccionados por el régimen penal juvenil. Según la forma que adquiere el Estado en un cierto período histórico y el consecuente dise-

ño que haga de sus políticas públicas, tendrá un papel fundamental en la selectividad del sistema. El neoliberalismo ha profundizado la desigualdad social, más allá del propio funcionamiento del sistema capitalista donde la desigualdad es inherente a él, por las tomas de posición asumidas en cuanto a la asignación de recursos económicos. Paralelamente se han fortalecido representaciones sociales que abonan un imaginario social individualista que responsabiliza a cada sujeto singular de la suerte que corra en su trayectoria vital. Estas cuestiones imponen un limitado acceso de la población aludida al ejercicio de sus derechos.

Los abordajes técnico-profesionales que desarrollan los equipos interdisciplinarios asignados para el seguimiento y acompañamiento de este grupo de adolescentes / jóvenes pretenden revincular sus trayectorias a espacios sociales que favorezcan el acceso a sus derechos. No hay que perder de vista que esto siempre acontece dentro de los límites estructurales existentes y reproduciendo los discursos moralizantes que circulan en torno a la comisión efectiva o presuntiva de haber cometido un delito. A pesar de ello, no es menor reconocer que las experiencias vinculares singulares que se generan en algunas ocasiones con lxs adolescentes / jóvenes favorece la restitución, al menos parcial, de mejores condiciones para su desarrollo vital.

6. Referencias bibliográficas

Chaves, M. (2014) "Haciendo trámites con los pibes y las familias: Barreras de acceso y micro políticas públicas" en *Escenarios,* Año 14, N°21 15 a 23.

Castel, R.; Kessler G.; Merklen D. y Murard N. (2013) Individuación, precariedad, inseguridad ¿Desinstitucionalización del presente?

Castel, R. (1986) "De la Peligrosidad al riesgo" en Wright Mills y otros (1986) *Materiales de sociología crítica,* Madrid, Ediciones de La Piqueta, pp. 219-243.

— (2004) *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Bs. As., Ed. Manantial.

— (1997) *Las metamorfosis de la cuestión social*, Bs As., Paidós.

Castel, R. y Haroche, C. (2003) *Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo. Conversaciones sobre la construcción del individuo moderno*, Rosario, Homo Sapiens.

CEDIM: Velurtas, M. (coord.) (2016) Acerca de niños, niñas, adolescentes y jóvenes que transitan en el sistema penal juvenil: características, contextos y derechos. Publicación CEDIM. Bs. As.

CEDIM: Velurtas, M. (coord.) (2017) ¿Qué ven cuando nos ven? de niños, niñas y adolescentes menores de 16 años, no punibles. Publicación CEDIM. Bs. As.

Clemente, A.; Molina, P. y Roffler, E. (2014) “Pobreza y acceso a las políticas sociales. El caso de los jóvenes en el conurbano bonaerense” en *Ciencias sociales Dossier* Año 2014 Nº 86 pág. 18 a25

Cohen, N. y Barba Solano, C. (Coords.) (2011) “Perspectivas críticas sobre la cohesión social. Desigualdad y tentativas fallidas de integración social” en *Aca. Latina*, Bs. As., CLACSO.

Cohen, S. (1988) *Visiones de control social*, Barcelona, Promociones y publicaciones universitarias.

Durkheim, E. (1892) “La división del trabajo social”. Publicado originalmente en *American Journal of Sociology*, vol. 40, n. º 3 (nov. 1934): 319-328.

Duschatzky, S. y Corea, C. (2011) *Chicos en banda: los cambios en la subjetividad en el declive de las instituciones*, Tramas sociales 15, Bs. As., Paidós.

Gabre, V. y Susel, J. P. (2010) “Subjetividad, Estructura y Sistema Penal” en *Lecciones y Ensayos*, N° 88.

Gentile, F. (2017) *Biografías callejeras. Cursos de vida de jóvenes en condiciones de desigualdad*, Bs. As., Grupo editor universitario.

Guemureman, S. (2011) *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales de menores: Los tribunales orales de la CABA*, Bs. As., Editores del Puerto.

Guemureman, S. (2015) *Adentro y afuera Juventudes, sistema penal y políticas de seguridad*, Grupo editor universitario – CLASO.

Kessler, G. (2004) *Sociología del delito Amateur,* Tramas sociales 25, Bs. As., Paidós.

Martinez Franzioni, J. (2005) “Regímenes de bienestar en América Latina: consideraciones generales e itinerarios regionales” en *Revista Latinoamericana de Ciencias sociales*, Vol. II, N° 2. FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, San José, Costa Rica: Costa Rica, diciembre.

Matzda, D. (2014) *Delincuencia y deriva. Cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley*, Bs. As., S XXI editores.

Marx, K. (1983) *El Capital*., Tomo I, México, Siglo XXI.

Medan, M. (2014) “Distintos mensajes estatales en la regulación de la juventud en riesgo” Revista *Astrolabio*, N° 13.

— (2011) “Sociabilidad juvenil masculina y riesgo: Discrepancias y acuerdos entre un programa de prevención del delito juvenil y sus beneficiarios”. Revista Última Década N° 35. Chile

Montaño, C. (1998): La naturaleza del Servicio Social. Un ensayo para su génesis, su especificidad y su reproducción. Brasil. Editora Cortez.

Netto, J. P. (1997) *Capitalismo Monopolista y Servicio Social*, Brasil, Editora Cortez.

Nercesian, I. (2017) “Debates en torno a los gobiernos posneoliberales. Un estado de la cuestión” en *Revista Pilquen*.

O’Donnell, G. (1977) “Apuntes para una teoría del Estado” en *Documentos CEDES/G.E. CLACSO* N° 9, Bs. As.

— (1982) *El Estado burocrático autoritario*, Bs. As., Prometeo libros.

Offe, Claus (1991) *Contradicciones en el Estado de bienestar*, Madrid, Alianza Editorial.

Puebla, D. (2008) *La construcción del Trabajo Social en el ámbito de ejecución penal*, Bs. As., Ed. Espacio.
Velurtas, M. (2017) *Intervenciones y prácticas, el trabajo social en el campo de la justicia penal juvenil*, Bs. As., Editorial Espacio.
Reygadas, L. (2004) "Las redes de la desigualdad: un enfoque multidimensional", *Rev. Política y Cultura* N°22, pp. 7-25, México.
Sautu, R. (2011) *El análisis de las clases sociales: teoría y metodologías*, Bs. As., Ed. Luxemburgo.
Wrigth, E. O. (2009) "Comprender la clase. Hacia un planteamiento analítico integrado", New Left Review.
Zaffaroni, E. R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2002) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar.

Leyes y normativa consultada

Ley N° 114 (1998) Protección integral de NNyA.
Ley N° 10903 (1919) Patronato de Menores.
Ley N° 24050 (1991) Ley de organización y competencia penal del poder judicial de la Nación.
Ley N° 22278 (1980) Régimen Penal de minoridad.
Ley N° 23849 (1990) Convención de los derechos del niño.
Ley N° 26061 (2005) Protección integral de los derechos de NNyA.

Fuente de datos oficiales

BGD. Base General de Datos de NNyA de la Corte Suprema de Justicia.
INDEC
Oficina estadística del Poder Judicial de la Nación.

Jóvenes en conflicto con la ley en Radio FM "De Adentro 94.3"

María Guadalupe Macedo y Anahí Yamila Apaza[489]

1. Los jóvenes, entre lo social, lo penal y lo mediático

Actualmente los jóvenes se encuentran en medio de una disputa entre dos paradigmas. Por un lado, el paradigma tutelar, correspondiente a la ley 10.903 de patronato de menores/ ley de Agote en la que se autoriza la intervención del Estado en la vida de los niños pobres, y el de la Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El paradigma tutelar establece, por ejemplo, diferencias en denominar a "niños, niñas y jóvenes" a los que están escolarizados, y cuando no asisten a la escuela son considerados "Menores niños/ adolescentes institucionalizados". También cuando se habla de Pobreza/ delito, los "menores" son los que viven en condiciones de pobreza y por lo tanto están dispuestos a delinquir, esto afirma el médico Luis Agote (1919), en palabras pronunciadas en la sesión de Diputados el 28 de agosto de 1919 (Ciafardo, 1992).

Por otro lado, el paradigma Integral fue plasmado en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada en el año 2005, que implica un avance profundo ya que busca fortalecer "las buenas prácticas" y las alternativas al encierro: mediación penal juvenil, programas de libertad asistida, medidas socioeducativas, fortalecimiento familiar. Esta ley se basa en la idea de defender los intereses superiores de los niños, máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos. Nos posicionamos desde este paradigma, es por eso que los denominamos jóvenes y no menores.

Para pensar la realidad de los jóvenes hay que tener en cuenta que los sistemas económicos de las sociedades capitalistas generan diferencias a nivel material, y simbólico produciendo escenarios de pobreza y exclusión, restringiendo a amplios sectores de la sociedad el acceso a educación, salud, vivienda y demás derechos. Esto

489 Universidad Nacional de Salta.

produce que se viva en situaciones de vulnerabilidad. Entonces el Estado caracteriza a esos sectores como posibles transgresores del orden social, porque que solo accederían al sistema por medio de lo ilegal, es decir que son considerados peligrosos.

> Cuando una persona se coloca en situación de vulnerabilidad es cuando el sistema penal la selecciona y la instrumenta para justificar su propio sistema de poder. Es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchísimos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal. (Zaffaroni R. E., 1990: 275)

Los talleres de radio se transforman en una instancia de ejercicio de los derechos de los jóvenes a partir de una perspectiva Comunicacional/Educacional, llevada a cabo en un ámbito penitenciario. Esto significa que son el resultado de una articulación con los avances en materia de Derechos Humanos, las investigaciones sobre los contextos carcelarios, (considerando la escases de material con respecto a la juventud privada de su libertad vinculada en radios CAJ) y las herramientas comunicacionales que pusimos en práctica. A raíz de esto "Radio FM De Adentro" en su dimensión educacional se basa en pensar que:

> La educación es un derecho que al ejercerlo reduce la situación de vulnerabilidad social, cultural, emocional de la persona privada de libertad, que permite crear proyectos de vida, cualquiera sea. No obstante, para que esto sea posible es dable decir que el derecho a la educación conlleva a valorar uno de sus componentes centrales: la educación en DDHH. (Mamaní Gareca & Magariño de Morentin, 2010)

La privación de la libertad vulnera una serie de derechos a aparte del derecho a la libertad de circulación y naturalizan la violencia institucional. Estas condiciones producen efectos en el cuerpo, en las emociones y a nivel psicológico de los jóvenes. Teniendo en cuenta que los jóvenes que están institucionalizados cometieron un delito, el que se encuentran "pagando" con la privación de la libertad. Situación que anexa otras también dolorosas como la soledad, la falta de los familiares, amigos, parejas, hijos, la angustia de la realidad

en la que se ven involucrados, la tristeza, el enojo, todo esto contribuye al desgaste de su persona durante el periodo de privación de libertad. Es por eso que las actividades comprenden crear un espacio de formación de vínculos, donde cada joven se sienta cómodo para hablar y contar lo que siente. Todo esto en un ambiente de disfrute: creando un espacio de contención y reflexión que tenga en cuenta el buen trato. Esta propuesta se dio a partir de un recorrido de la radio en años anteriores.

Se produjeron programas sobre derechos de los jóvenes, informativos, de literatura, entre otros; a partir de su mirada y su lenguaje, fruto de relaciones dialógicas. Y se logró la investigación de tales programas comprendidos en el periodo de abril de 2014 y diciembre de 2015, en los que los jóvenes debatieron, armaron un guion radial y pudieron grabar frente a los micrófonos, otros escasos también participaron de la edición.

Radio ¨FM de Adentro¨ es un mecanismo dialógico que le propone a los jóvenes alojados potenciar la imaginación y creación, fomentando una mirada social critica**,** ya que el proceso de Comunicación/ Educación actúa como método y práctica donde los jóvenes participan de manera dialógica. Funciona como herramientas de reflexión que permite sensibilizar y problematizar temáticas tratadas en la radio. Los jóvenes alojados identifican su realidad para llegar a un proceso de reflexión comprometida. Desde el universo vocabular de los jóvenes se expresa el significado que adquieren para ellos elementos centrales de su experiencia vital, como encierro, la radio, los amigos, las creencias, etc. Todo ello es el resultado de un proceso de intercambio dialógico en radio "FM De Adentro". Decidimos investigar la programación de "FM De Adentro" desde la perspectiva de Comunicación/ Educación, porque el contexto en el que se encuentra es complejo abriendo el juego a la expresión y al aprendizaje, siendo un espacio atravesado por la violencia y la exclusión.

Nuestra investigación parte desde lo popular como manera de posicionarnos frente al mundo, es una dimensión ética y política. Para ello tomaremos a Néstor García Canclini quien lo define como la posición frente a lo hegemónico, como expresión de lo cotidiano, en hábitos, modos y prácticas comunicativas. En este trabajo se consideran importantes los intereses de los sectores populares como construcción de sentidos frente a la invisibilización, frente a la exclusión en su sentido complejo, desde la posibilidad del intercambio dialógico de saberes.

Lo popular está ligado a la cultura y al contrario de conservar costumbres, se trata de tener en cuenta no solo la historia y los procesos sociales que se desencadenaron, sino también factores que hacen a un acceso desigual de la producción, la circulación y el consumo, donde por ejemplo las oportunidades laborales para las nuevas generaciones de jóvenes se vuelven escasas. En palabras de Canclini "alcanzar una visión amplia de lo popular es preciso situarlo en las condiciones industriales de producción, circulación y consumo bajo las cuales se organiza en nuestros días la cultura" (García Canlini, 1987: 8).

El espacio de lo popular está atravesado por una construcción de sentidos que no se da de manera armoniosa, sino en medio de conflictos y también de alianzas. En este aspecto depende la posición y la necesidad de los grupos para establecer demandas o acuerdos para llevar adelante las prácticas, relaciones sociales y modos de ser o estar en que la práctica popular elabora sus estrategias comunicativas, enuncia y se expresa a partir de códigos y canales. En este aspecto, "se trata de un campo de disputa y negociación por el sentido social" (García Canclini, 2000: 3). Una fuerte característica de lo popular se evidencia en una postura política ligada poner en juegos modos de garantías de su existencia. "Lo popular designa la posición de ciertos actores en el drama de las luchas y las transacciones" (García Canclini, 2000: 8). Plantea Canclini que la comprensión de lo diverso moldea las identidades a partir de focalizar y no de segregar ni estigmatizar lo que se está trazando en lo cultural.

Con respecto a este punto fue interesante el trabajo con los jóvenes ya que siempre demostraban ganas de seguir realizando producciones radiales, se resalta su predisposición y respeto por el espacio en el que consideran que no hay violencia, como lo hay en sus celdas, se destacan sus capacidades comunicativas cuando comenzaron a soltarse en el micrófono, (que sabemos que no es sencillo). Observamos la adquisición de capacidades comunicativas en los jóvenes que son la expresión, la lectura, la práctica del silencio, la indagación y el dialogo a partir de sus saberes, escucharse, creatividad, etc.

2. Los jóvenes en conflicto con la ley

Los jóvenes que se localizan en privación de libertad pertenecen a contextos de exclusión, se encuentran judicializados por haber cometido algún delito. Viven desde su infancia en situación de calle o en hogares del estado o cuentan con familias que tienen conflictos penales. La mayoría de ellos comparten las mismas problemáticas,

como las adicciones, familia fragmentadas, con distintos tipos de conflictos, acciones delictivas, entre otros. Por otro lado no desconocemos las circunstancias históricas que los atraviesan, en las que actualmente los encuentra conviviendo con un sistema penal juvenil atravesado por conflictos y disputas entre el Paradigma Tutelar y el Paradigma de Protección Integral de la niñez y la adolescencia.

Los jóvenes se encuentran viviendo una triple vulnerabilidad (social, mediática y judicial) incluso antes de ingresar al dispositivo. La vulnerabilidad refiere según lo planteado por Eugenio Zaffaroni a la capacidad disminuida que tiene una persona para afrontar la vida, está dada por carencias materiales y de formación que no le permiten afrontar situaciones problemáticas como el resto de la sociedad. Es la carencia que tienen las personas para afrontar el peligro, y conflictos, la fragilidad que tienen las personas y por esta pueden ser heridos generando vacíos e inestabilidad.

Los jóvenes privados de su libertad que forman parte del sistema penitenciario, se encuentran viviendo una triple vulnerabilidad: la social, penal y mediática.

> Cuando una persona se coloca en situación de vulnerabilidad es cuando el sistema penal la selecciona y la instrumenta para justificar su propio sistema de poder. Es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchísimos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal. (Zaffaroni R. E., 1990: 275)

Estas vulnerabilidades afectan el desarrollo integral del joven condicionando su crecimiento y acceso al mundo laboral educativo y social. Social: porque los jóvenes atravesaron situaciones de violencia antes de la institucionalización, como la falta de accesos a derechos básicos en su vida como alimentación, vivienda, educación, salud, etc.

- *Social*: se refiere a la situación de marginalidad, de periferia en la que viven y los condiciona en sus acciones objetivas y subjetivas, al momento de encarar por ejemplo procesos de aprendizaje. Es la imposibilidad de acceso a una condición digna de vida, son jóvenes que no tienen una vivienda digna, agua potable, servicio de cloacas, alimentación saludable y diaria, vestimenta adecuada, ni acceso a la educación. El contexto social en el que viven está marcado por la carencia material que

genera problemas de integración social y fragilidad en la formación de lazos sociales.

- *Penal*: porque la ineficacia del programa del sistema punitivo que es tan amplio, lleva a que los jóvenes sean perseguidos por su condición de "pobreza". Va en contra de lo establecido en tratados internacionales sobre la Convención de los derechos de los niños y en contra de la ley de Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (debido a que todavía hay residuos del paradigma tutelar anterior).
- *Mediática*: porque los medios de comunicación criminalizan a la juventud que atraviesa situaciones de vulnerabilidad. Construye un discurso estigmatizaste basado en el "temor" a la juventud de "barrios pobres".

Los jóvenes permanecieron invisibles para el Estado, sin embargo al momento de cometer un delito son institucionalizados, esto significa que no gozan de sus derechos de manera plena. Además reciben la condena del discurso mediático que se instala para criminalizarlos y convertirlos en un enemigo que hay que temer.

3. El dilogo y los saberes

Se parte de un intercambio sin desmerecer saberes, como por ejemplo acostumbran las lógicas educativas en cárceles asociadas a términos "RE": Re-educar, re-socializar, re-habilitar, etc.; que ponen su interés en borrar lo que es inherente a cada sujeto como la historia de vida que traen consigo, sus prácticas sociales, su lenguaje es por esto que de manera alejada de tales concepciones se trabajó en radio "FM De Adentro". Para Freire "Ahora, ya nadie educa a nadie, así como tampoco nadie se educa a sí mismo, los hombres se educan en comunión, y el mundo es el mediador" (Freire, 1974: 85). Alrededor de las prácticas en tales contextos encontramos que el proceso sostenido puede producir efectos en los jóvenes, que tiene que ver con trabajar la expresión.

Lo que ocurre en el espacio de la radio es un intercambio de saberes entre quienes se encuentran participando de manera voluntaria, ya que son los jóvenes los que deciden concurrir, ese intercambio se da a partir de lo que cada uno sabe y en la manera en que decide pronunciar al mundo.

> Basándose en el concepto de que no hay ignorancia absoluta, ni sabiduría completa, se precisa de

> una pedagogía de la comunicación a través de la cual aparece la obtención del universo vocabular, en el cual el hombre crea y recrea en la combinación de sílabas la formación de palabras, donde el hombre deja de ser masa, pasa a ser pueblo y decir su propia voz" (Peluffo-Paggi) en (Iovanovich, 2003: 274)

Se involucran los saberes de todos los jóvenes, sus historias, anécdotas, lo que ocurre en su cotidianeidad en la producción de micros en radio "FM De Adentro" que significa el acceso de los jóvenes a un espacio público en el que aparece no solo su voz sino su lenguaje o su manera de hablar. Lo anterior a partir de la categoría de universo vocabular de Paulo Freire, resuelve no intervenir en el lenguaje de los jóvenes.

En los medios de comunicación se ponen en evidencia los modos de vestir, los modos de hablar, la música, sus prácticas cotidianas, la cultura de jóvenes que son considerados violentos. Eugenio Zaffaroni denomina "criminalización mediática" a la construcción de la peligrosidad de los jóvenes pobres a quienes se responsabiliza de la fragmentación social y la segregación social. Es por eso que se los proyecta como "delincuentes" siempre preparados para "atacar" (Zaffaroni, 2011). Aquí se puede ver la importancia de las voces de radio "FM De Adentro" porque hay un relato propio, ya no se cuenta sobre los jóvenes, sino que son ellos los que se dan a conocer.

En este sentido se aborda "El derecho a la comunicación", el cual es un derecho humano fundamental porque implica la relación entre las personas. El derecho a la comunicación se expresa por medio de la palabra bajo la consideración social del ser humano, y a partir de este derecho se desglosan otros derechos como el acceso a la información y a medios de comunicación, derecho a la libertad de opinión, derecho a la libertad de información. En democracia está garantizado que toda persona tiene derecho a opinar y emitir información sin ser censurado o perseguido por sus opiniones y a la vez tiene el derecho de recibir información verídica de lo que sucede en su país. Loreti y Lozano entienden a la libertad de expresión como un bien público, plural, donde la intervención estatal tiene el propósito de regular la participación de los actores, dando las condiciones necesarias para que todos puedan expresarse (Loreti & Lozano, 2014). Esto significa crear un medio para que pueda haber acceso y que se establezca la oportunidad de dar a conocer distintos puntos de vista, donde prime la participación de todos los sectores de la sociedad, en

este particular caso emitir contenidos en "FM De Adentro" implica visibilizar las voces de muchos jóvenes que por sus condiciones, en otros medios son descalificados y estigmatizados, fomentando un espacio de diálogo y participación que permiten el espacio propicio para la construcción de saberes.

Participar es poder presenciar, tomar decisiones, estar informados, opinar, gestionar, ejecutar acciones de manera colectiva o individual en la sociedad. La constitución nacional establece que todos los ciudadanos tienen derecho a participar, por lo que es una garantía que tienen los jóvenes para poder hacer usos de este derecho.

Los jóvenes deben acceder a la participación social, que debe ir más allá del deber de votar, deben participar en procesos democráticos donde puedan expresar sus ideas sentimientos, preocupaciones, su manera de ver el mundo, su cultura. —la participación pretende democratizar la comunicación como lucha política alternativa al sistema comercial, masivo y trasnacional, de por si negativo. (Alfaro Moreno, 2000: 3)

Tomar la palabra, poder hacer escuchar la voz, permite revalorizar la palabra de los que son excluidos, oprimidos de la sociedad, Alfaro afirma ir permitiendo de esta manera generar procesos educativos de liberación de conciencia, llevando de esta manera que cada persona piense y decida sobre sus obrar. Estas prácticas participativas deben darse a nivel micro y macro social, donde lo educativo se convierta en una tarea comunicacional y las organizaciones se desarrollen hacia una utopía de liberación social. La participación debe esbozar lo político y lo educativo y contribuir a la formación de una mejor democracia. La participación debe llevar a la transformación social, contribuir a la formación de la conciencia que es el paso previo a la toma de otros compromisos. La participación debe tener una finalidad comunicativa que enriquezca y complejice la actividad política.

4. Bases de la investigación

La investigación de Comunicación/Educación implica mirarla desde la perspectiva del entramado cultural[490], en la que:

490 "Repensar la comunicación en la educación en el sentido que venimos proponiendo, significa reconocer esa comunicación, en la trama del desorden cultural, en los ámbitos educativos. Pero, inmediatamente, significa desordenar todo un imaginario que ha sido tejido alrededor de la representación de 'educación para la comunicación', poner en crisis ese imaginario y esa representación cristalizada y hacerlo, precisamente, desde la situación de las revolturas que revuelven el sentido de la educación misma". (Huergo, 2010: 12)

> Significan el reconocimiento del otro en la trama del "nos-otros". Significa un encuentro y reconstrucción permanente de sentidos, de núcleos arquetípicos, de utopías, transidos por un magma que llamamos cultura. (Huergo & Fernández, 2000: 29)

Es asimismo un proceso cultural que se muestra dinámico y cambiante, que experimenta también escenarios de resistencias. Partiendo de los jóvenes, de sus condiciones, y teniendo en cuenta su "universo vocabular" que engloba un cúmulo de construcciones discursivas desde sus voces.

El contexto de encierro ligado a la privación de la libertad es un ambiente propicio para la creación del aislamiento, la individualización y la violencia. Por lo que para lograr el acercamiento a la realidad impregnada de un entramado cultural y el encuentro con el otro, se pensó en una metodología que toma como base la grupalidad. A través del encuentro, la confianza, la palabra, el compartir, etc. Con el objetivo de descubrir cuáles son las sensaciones que se despiertan en los jóvenes que atraviesan situaciones de vulnerabilidades, en palabras de Castel, la "desafiliación":

> No necesariamente equivale a ausencia completa de vínculos, sino también a la ausencia de inscripción del sujeto en estructuras dadoras de sentidos. Se postulan nuevas sociales flotantes que ya no se inscriben en apuestas colectivas (…). Lo que les falta no es no es tanto la comunicación con los otros… como la existencia de proyectos a través de los cuáles las interacciones adquieran sentidos. (Castel, 1997: 421)

Los jóvenes que se encuentran privados de su libertad, viven en un contexto de exclusión y segregación, donde el servicio penitenciario busca la individualización de cada uno evitando de este modo la agrupación y la formación de colectivos que persigan fines comunes. La radio investigada que se encuentra dentro de este dispositivo se maneja a través de una lógica contraria donde cada joven asiste de manera voluntaria a radio "FM De Adentro 94.3".

Los escenarios sociales determinan la visibilidad de los jóvenes que son excluidos, como afirma Duchatzky & Corea (2002):

> La expulsión social produce un desexistente, un <desaparecido> de los escenarios públicos y de los intercambios. El expulsado perdió visibilidad, nombre, palabra, es una <nuda vida>, porque se trata de sujetos que han perdido su visibilidad en la vía pública, porque han entrado en el universo de la indiferencia, porque transitan por una sociedad que parece no esperar nada de ellos". (Duschatzky & Corea, 2002: 18)

4.1. ¿Qué piensan los jóvenes privados de su libertad?

En el análisis del Universo vocabular de los jóvenes, se observan distintas expresiones que representan su propia cultura y nos permiten construir un significado. Como punto de partida tomamos palabras que respondían de manera precisa al universo vocabular como forma de nombrar al mundo y comunicar. Cada una provenía de un contexto social que es enriquecido por su universo temático, que refiere a lo constitutivo de la juventud, lo que fue adquiriendo significación de acuerdo con cada programa. Las voces que se presentan en cada una de las producciones radiofónicas son diversas poseen distintos matices, ritmo, tonos, etcétera. Cuya dicción difiere de las exigencias de las radios comerciales. El contenido y la elaboración de los programas o micros radiales incluían las ideas y opiniones de los jóvenes, quienes se expresaban de manera libre.

Hay una serie de términos que reconocen que no se pueden decir, como aquellas que son consideradas malas palabras y que a lo largo del análisis aparecieron escasamente en los audios.

Para poder desarrollar el análisis, es necesario conocer y reconocer al universo vocabular de los jóvenes para investigar si existen procesos dialógicos que generen un aprendizaje positivo. Esto implica conocer al interlocutor, su contexto social, político y económico, para llegar a la comprensión de su lenguaje a partir de un intercambio cultural y de construcción de nuevos saberes. "Comunicación/ Educación popular o liberadora debe provenir del reconocimiento del universo vocabular de los grupos populares". (Huergo, 2013: 22)

Conocer y partir del reconocimiento del universo vocabular de los jóvenes privados de su libertad, permite reconocer su habla como legítima, no corrigiendo lo que se consideraría "errores" de pronunciación, (palabras que son rechazadas por la academia y el buen hablar). Donde se expresen libremente, constantemente se dialogue e intercambien conocimientos. "Problematizar a partir de lo

que es significativo para mi interlocutor, para colaborar con él en la ampliación de sus horizontes de significación" (Huergo, 2002: 4). Reconocer el universo vocabular es reconocer que el otro es capaz de hacer, decir, reflexionar y que puede ser protagonista activo en la sociedad.

Los términos centrales que nuclean o describen el universo vocabular y temático de los jóvenes son:

- *La droga*: para los jóvenes alojados es lo que lleva a las personas a destruir su vida. Expresan constantemente la situación de consumo que hay en sus barrios o que ellos mismos padecen, comunicando los aspectos negativos de la venta y el consumo. A partir de la expresión "hay que rescatarse" piensan que hay que dejar de consumir droga para lograr un bienestar, sin embargo no dejan de consumirla porque es un escape a situaciones a la que se ven expuestos como hambre, frio, falta de vivienda y recursos, problemas familiares y callejeros.
- *El barrio*: es el lugar que condensa sus experiencias y recupera aspectos de infraestructura institucionales y recuerdos con la comunidad vecinal. El barrio para los jóvenes privados de su libertad representa su identidad, está marcado por la pertenencia y el tránsito por sus calles. En torno al barrio los jóvenes establecen lazos de amistad, vecindad, de amor y códigos de convivencia dentro de este; esto lleva a reconocerlo, manifestarlo en distintos lugares y lleva a establecer rivalidades con quienes vienen de otros barrios ya que los ven como una invasión de territorio.
- *Amigos/ rancho*: son personas con las que establecen lazos de amistad y fraternidad. Los denominan como "rancho" a quienes consideran como su familia porque comparten momentos alegres y de conflicto. Con los amigos comparten códigos y pensamientos con respecto a la vivencia. Recorren lugares como plaza, canchas, piletas, fiestas, calle donde comparten aventuras. Para los jóvenes no cualquiera es un "rancho", sino que deben entender y compartir las situaciones que ellos están viviendo, logrando ganar su estima y reconocimiento. Determinan que no es un "rancho" aquella persona que no comparte sus pensamientos y tienen otra manera de vivir, por ejemplo el que vende droga.
- *La madre*: hay un vínculo muy fuerte entre los jóvenes y sus madres, ellos expresan su cariño de manera especial porque valoran su esfuerzo, los consejos, el afecto y la constancia, dicen

que es la única que no los dejará solos en esa situación de encierro. Observamos que hay un profundo respeto y admiración hacia su mamá. La mamá es fuente de un amor extraordinario para los jóvenes, por lo que lo expresan de manera constante a través de escritos, palabras y dibujos por los lugares en donde transitan, o en su cuerpo mediante tatuajes.

- *Creencias*: tienen que ver particularmente con Antonio Gil (Gauchito Gil) y San la Muerte, son seres que constituyen un apoyo para solucionar los problemas de la vida cotidiana. Se identifican con sus respectivas historias de vida y con el cumplimiento efectivo de su pedido. Se realizan rituales para honrarlos, que son transmitidos a través de la familia y amigos, y se naturalizan a lo largo de su vida. Su fe lleva a que se comprometan con los santos a partir de materializar las creencias por medio de grutas, tatuajes; Por ejemplo insertarse de manera intra-piel un hueso de un ser fallecido buscando protección.
- *Fiestas*: son celebraciones de cumpleaños, carnavales, corsos o fiestas patronales en honor a una virgen o santo de la religión católica, o bien de acontecimientos familiares donde está presente el sentimiento de alegría, de entrega y diversión. Siempre hay bebidas alcohólicas, comida y bailes al ritmo de caporales, cumbia y cuarteto. A los jóvenes les gusta participar de estos encuentros porque comparten con sus seres queridos. También concurren a boliches nocturnos más allá de ser menores de edad, donde van a sociabilizar.
- *Las chicas*: son mujeres jóvenes con las que establecen relaciones de amistad y de amor. En algunos casos son quienes ayudan a que los jóvenes dejen la droga o que se involucren aún más. Las chicas tienen su misma edad y transitan los mismos lugares, más allá de la situación de encierro, el encuentro con una chica resulta significativo para establecer una posible relación amorosa.
- *Policía*: representa la represión y el control, son antagónicos a los jóvenes privados de su libertad. Se sienten perseguidos y amenazados por la policía, por lo que son calificados con palabras como: “gorra, cobani, azul, botón, verdugo, pan dulce, vigilante”. Los jóvenes asegura que la policía entra con violencia a sus barrios, impidiendo que se puedan defender o los increpa bruscamente, muchas veces sin motivo alguno.
- *Violencia*: para los jóvenes consiste en el accionar policial y penitenciario, la agresión física hacia las mujeres o los niños,

el abuso sexual, el asesinato. Para ellos están naturalizados los enfrentamientos que incluyen gritos, amenazas, insultos y peleas todo esto no es considerado violencia. Saben que está mal, sin embargo al haberlo vivido o presenciado –casi siempre– lo reproducen.

- *Encierro penitenciario*: es comprendido como el pasaje en el Centro de Atención a Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal N° 1, donde viven alejados de sus familias y barrios, experimentando la soledad, la impotencia de sentirse limitados y el aislamiento social. Comparten códigos carcelarios o formas de vida propia de la cárcel, que involucran sus subjetividades para sobrevivir y tratar de sufrir lo menos que se pueda el efecto del encierro, y la violencia que se imprime sobre sus cuerpos. Es un ambiente violento, donde hay una puja de poderes: donde gana el más fuerte, el que tiene más tiempo en la institución, tiene mayor edad, tamaño físico o tiene experiencias en peleas callejeras.
- *La libertad*: los jóvenes afirman que es la vida fuera de la cárcel, donde pueden realizar las actividades que deseen sin ser controlados o vigilados. Es el estadio de la vida donde no son perseguidos y tienen control propio de sus decisiones.

La vida de los jóvenes está atravesada por situaciones y personas que marcan y forman su manera de habitar el mundo como la falta de trabajo, las estrategias de supervivencia al límite con la ilegalidad, violencia, escolarización precarizada, desprotección social, disolución de vínculos familiares, adicciones, el paso por el dispositivo carcelario y la relación con la policía, los vínculos con los amigos, el barrio, las fiestas, las creencias y las mujeres son experiencias que la viven al límite entre el sufrimiento y el placer. Cada joven lo resuelve de manera particular, con su propia subjetividad diferenciándose, a la hora de relacionarse con los otros.

Los jóvenes no se autoperciben como delincuentes, porque ellos consideran que todas las acciones que impliquen el robar por necesidad están justificadas desde la supervivencia, en cambio piensan que los que venden droga, asesinan y/ o violan son personas que condenan moralmente y por lo tanto piensan que son merecedores de castigos físicos. En la cárcel existen niveles de delitos según la causa penal que cumplen, por lo que existen tratos diferenciados.

Los jóvenes ven al mundo desde la presencia del pasado (de su infancia, su familia, el barrio etc.) limitando las posibilidades de pro-

yección de futuro sobreviviendo al presente. Entonces los jóvenes experimentan la vida como un constante desafío donde la libertad implica la posibilidad de elegir, poder decir y de tomar decisiones en su vida.

4.1.1. Capacidades comunicativas

Las capacidades comunicativas que se observan tienen que ver con narrar, expresar, comprender, leer, hacer preguntas, hacer silencio, escuchar, escribir, reflexionar cuyo proceso se dio para desarrollar la expresión. Estos se ponen en juego en la manera en que los jóvenes realizan sus trabajos. La capacidad comunicativa de los jóvenes de narrar, expresarse, comprender, leer, preguntar, escuchar, escribir, que permiten que cada uno de ellos se convierta en actor de la comunicación, fundamental para el proceso de aprendizaje colectivo. Los jóvenes en cada programa realizado tienen en cuenta a la audiencia por lo que el mensaje que ellos quieren trasmitir esta dado a partir de la estética propia de la radio y de su propia cultura pero no excluyendo al oyente sino haciéndolo parte, explicando sus posición ante el mundo.

Los jóvenes reconocen como propio al programa, dándole su propia lógica y estética, a partir de la utilización de su propio lenguaje. Por esta razón indagan, interpelan al oyente a través de su propia cultura, buscando construir nuevos saberes de manera colectiva. Esto lleva a que los jóvenes se conviertan en comunicadores/ educadores participando de manera autónoma en la elaboración de saberes.

Otra capacidad comunicativa adquirida durante la producción del programa "Zoológico" es la de poder expresarse libremente, pudiendo opinar e intercambiar saberes entre los participantes del programa. Permite la opinión crítica, de cada uno de los jóvenes de los temas trabajados, como también de las posturas, que cada uno de los participantes tiene.

Las relaciones que se establecieron de manera interpersonal se basaron en el respeto, en valorar al otro en su forma de ser y estar, y la mirada que se iba construyendo. El respeto es una capacidad comunicativa adquirida en la radio. Se presenta características basadas en el respeto, considera que un sujeto se siente reconocido o respetado al hacer algo por sí mismo, al tener la capacidad de cuidar de sí mismo, y de ayudar a los demás.

En este sentido la radio propicia un espacio íntimo para el intercambio, para fomentar el diálogo que en instancias implicaba perder el poder, con esto nos referimos a las barreras de la distancia, que

imposibilitarían una comunicación fluida. Es decir que es la manera que los jóvenes privados de su libertad tienen para expresarse y poder analizar al mundo en el que viven, es la herramienta que tienen para poder nombrar las situaciones, problemas, del lugar donde se encuentran inmersos. En cada programa los jóvenes toman la palabra y se realiza un intercambio activo de saberes y vivencias a partir del acto de creación y recreación. En radio "FM De Adentro" la participación de los jóvenes en el proceso de Comunicación/Educación, se da en un espacio de interacción grupal, horizontal y dialógico. Para Ricoeur, uno de los fundamentos del reconocimiento es el "poder-decir". Estas posibilidades de expresión y de sentirse oídos de los jóvenes les otorga reconocimiento.

El diálogo así se convierte en el actor principal del proceso de aprendizaje, ya que permite expresar la diversidad de pensamientos, y visiones que cada sujeto tiene de la realidad, expresar sus saberes y conocimientos adquiridos a lo largo de su vida, generando lugares de intercambio donde la palabra se convierte en creadora y transformadora. Se entretejen saberes, conocimientos, sueños, visiones, carencias, afectos, a través de la palabra, creando de esta manera una nueva realidad que debe ir más allá de la utopía y la pronunciación de esta, generando lugares de encuentro para poder concretarlos. Se producen espacios de socialización que se sustentan mediante la comunicación humana, que permite que los jóvenes alojados se afirmen como sujetos en el aquí y ahora dejando de lado la minimización que la sociedad les da.

En definitiva las posibilidades que derivan del diálogo se complejizan en la praxis entre acción y reflexión, donde la mirada parte del reconocimiento del lenguaje de los jóvenes alojados, entendiendo la manera en que se piensa con el lenguaje y como estructura los pensamientos. La existencia de la radio es una posibilidad material, para permitir esta construcción. Desde allí, desde ese mundo cultural, el diálogo es praxis que articula reflexión y acción.

El proceso de acción reflexión acción se da a partir de las palabras que son generadoras de trasformaciones auténticas, ya que permiten analizar al mundo y a partir de su propia praxis transformarlo. Un ejemplo de esto se da durante el programa "Zoológico", cuando se habla de los sueños, los jóvenes observan un video y arman un guion. Se reflexiona sobre su propia realidad, donde los jóvenes identifican la problemática de la droga con la que conviven, llegando en este momento a la reflexión de su propia vida. Es el espacio de intercambio y abstracción con otros sujetos sobre la praxis en la que

están insertos, es poder mirar críticamente al mundo analizarlo y generar respuestas y nuevas peguntas, que ayuden a generar espacios de cambio y transformación de las injusticas sociales en donde están insertos. Luego en el grabado del programa los jóvenes expresan su deseo por actuar para vencer la problemática y estar mejor.

Reflexionan sobre la familia, donde ponen énfasis en el afecto y cuidado a sus madres, abuelas, valorando su compañía. Los jóvenes se refieren a ellas como los referentes presentes en su vida por quienes desarrollan amor, admiración y protección.

La radio propició un encuentro para el intercambio de saberes y el desarrollo de capacidades comunicativas, como el diálogo, la espontaneidad, la escritura, lectura, la capacidad de preguntar/preguntarse y entrevistar. Esto lleva a la construcción de saberes, tomando como base el intercambio dialógico entre los jóvenes dando cuenta de aprendizajes y nuevos sentidos, como la utilización de computadoras y consolas, el armado de programas radiales, el grabado de voces, y la utilización del micrófono. Los jóvenes para referirse a los nuevos aprendizajes lo expresan mediante la frase "aprendimos cosas nuevas" esto puede incluir derechos humanos, genero, salud sexual, cuidado personal, actualidad, valores solidarios y cultura general.

El proceso que se generó en la radio a través de los programas "Noti Piola" y "Zoológico" permitió que los jóvenes puedan mirar críticamente distintas problemáticas sociales, es decir que se dio el espacio para la acción reflexión acción. Esto permitió que los jóvenes compartan la mirada que tienen sobre su realidad, para poder reflexionar de manera colectiva distintas alternativas para generar posibles acciones.

La radio se encuentra en un aula con equipamientos, es decir que la radio funciona como un lugar en donde se encuentran diferentes sujetos que provenían de diversos sectores sociales, con su universo vocabular, distintas percepciones del mundo y maneras de vivir. La radio funciona como espacio de inclusión y participación social. Los jóvenes alojados utilizan la radio como medio para comunicar desde sus creencias y valores. Se propone así reconstruir lazos sociales y disputar paradigmas naturalizados en la sociedad, esta que la excluye y condiciona. Es el lugar donde los jóvenes ponen en común su vida, la radio es el espacio físico en donde se encuentran, pueden dialogar y construir desde la colectividad.

Las ideas que circulan en este espacio de construcción de saberes, son pensadas, analizadas y puesta en marcha con todos los inte-

grantes de la radio, y a su vez Fernando Teruel, coordinador, impulsa la participación. Estas más tarde serán incorporadas para realizar un trabajo colectivo y se logra a través de tomar "lo grupal" como base para generar espacios de interacción y de participación de estos; en un contexto de fortalecimiento democrático, y de lucha por construir un pensamiento social más humano. Se trabaja en la participación ciudadana para encontrar una solución creativa a las problemática social que exponen los jóvenes, o que se viven dentro del contexto de encierro. Se busca que los jóvenes sean actores y no solamente destinatarios de manera pasiva o que sean constructores sin participación.

La radio "FM De Adentro 94.3" permite romper la barrera entre el adentro y el afuera. Funciona como un espacio de libertad en donde los jóvenes pueden adquirir, construir saberes y expresarse libremente. A partir de un proceso de transformación, de reconocimiento y de vínculos que sea capaz de sostenerse a lo largo del tiempo y se convierta en una herramienta para que puedan re pensar sus vivencias y adquirir, medios para enfrentar sus vulnerabilidades. La radio es el lugar en donde se ponen en diálogo saberes de manera libre, sin restricciones, donde los jóvenes y los estudiantes intercambian saberes y conocimientos.

4.1.2. La significación de la Radio "FM De Adentro" para los jóvenes privados de su libertad

La radio "FM De Adentro" es importante para adquirir saberes. La radio deja un aprendizaje que es remarcado por los jóvenes, y se refieren en términos de "cosas nuevas" de una aporte que puede enriquecer, profundizar en sus vidas. Es decir que se plantean a través del intercambio dialógico aprendizajes y nuevos sentidos que se producen en interacción con el otro diferente. Aprender consiste en un proceso que implica desaprender lo instituido por las instituciones sociales, como la familia, la escuela, la iglesia, los medios, y que llevaron a naturalizar prácticas que moldeaban los actos dentro de la sociedad. Por otro lado este proceso consiste en re-aprender desde una lógica crítica esos modos de actuar en lo social, basada en la intersubjetividad social, cultural y política.

Los jóvenes en "FM De Adentro" buscan contrarrestar al discurso hegemónico que los estigmatiza, porque no se ven identificados, por lo tanto expresan un desacuerdo. A partir de reconocerse como sujetos activos en la comunicación, y como agentes de producción de cultura, la radio para los jóvenes es un espacio de creación

de contenidos. La radio es la herramienta que poseen los jóvenes y su participación interpela desde sus vivencias, desde lo cotidiano, es lo que comprende sus características y sus saberes. Observando que hay formas de reconocimiento y de resistencia. Entonces la radio es para los jóvenes es un espacio de encuentro y libertad, donde se intercambian saberes, se conoce y se escucha al otro. La radio construye un discurso propio de los jóvenes, a la vez que disputa aquellos discursos que los criminalizan constantemente. Es decir que el discurso de los jóvenes es inclusivo en la medida en que da cuenta de su mirada, a partir de su voz.

La radio permite expresar, reflexionar y opinar desde sus saberes conectándose con el afuera. Es el lugar en donde los jóvenes privados de su libertad, encuentran la libertad que va más allá de las fronteras de la reja, ya que es un lugar en donde se pueden expresar sin restricciones, fomentando un espíritu creador donde la imaginación y el intercambio de saberes se da de manera constante. La radio "FM De Adentro" es una herramienta de aprendizaje, que permite contrarrestar la violencia institucional en la que viven permitiendo proyectarse más allá del encierro.

5. En síntesis

La radio tiene la finalidad de combatir la criminalización mediática de los jóvenes, evidente en la programación, el contenido y el discurso de los programas en los años 2014 y 2015, donde los jóvenes se cuentan, se expresan y se muestran. Es decir, que se da a conocer una realidad diferente a la que comunican los medios hegemónicos.

Se propicia un espacio de encuentro, donde el reconocimiento de los jóvenes como actores sociales es importante para poder derribar los muros de la exclusión y marginación que viven. Son protagonistas de Comunicación/ Educación, porque a través de la radio transmitieron sus valores, creencias y cultura a partir del Universo Vocabular.

Se construyen lazos sociales entre diversos actores tomando como base al diálogo y escucha del otro propiciando el intercambio y la expresión de capacidades comunicativas, que implican lectura, escritura, silencios, habla, diálogo e interrogación, teniendo en cuenta el pensamiento crítico de la realidad social.

La experiencia recupera a través de la creatividad y la imaginación, la propia cultura, fortaleciendo la comunicación humana a través de las relaciones activas de interlocución entre todos donde nos

encontramos influenciados y comprometidos en cuanto a nuestras subjetividades. Esto significa actuar desde la innovación con alternativas y oportunidades de expresión generadas dentro del espacio radiofónico, construyendo nuevas maneras de aprender. Los jóvenes privados de su libertad viven en una sociedad de consumo que los limita a ser solo repetidores de patrones de comportamiento y cultura, quitándole su capacidad de creación e innovación. La propuesta de la radio FM "De Adentro" brindó la posibilidad de abrir un espacio de expresión y creación fortaleciendo la imaginación de los jóvenes. Rompe la lógica de repetición sumergiéndolos a una constante búsqueda.

Las actividades de Radio "FM De Adentro" están destinadas a generar espacios que fortalecen la expresión, la manera de ser, de estar, de contarse, de vivir. A través de un sitio que piensa al contexto de encierro como un lugar de no violencia, de intercambio de realidades y construcción grupal que se transforma en libertad. La estructura social desigual y la situación del acceso a los bienes culturales, está vinculada al derecho de la libertad de expresión y la comunicación que dificultan la democratización, ya que son los pilares que propician el debate público. La radio crea condiciones para que los jóvenes tengan herramientas para poder comunicar sus preguntas y sus argumentos de manera creativa, expresando su universo vocabular y temático construyendo colectivamente mejoras en la democracia.

Una reflexión crítica a cerca de su realidad fue posible hacerla audible en la radio, es decir contar con sus palabras su experiencia de vida, sus conflictos y la manera de buscar soluciones o alternativas. Los jóvenes sueñan y pueden expresarlo, en un espacio de encuentro y grupalidad.

La percepción de libertad en la radio refiere a la libertad de circulación que tiene las ideas, y las palabras de los jóvenes que se encuentran privados de su libertad. De ahí la relevancia de indagar a cerca de sus percepciones en ese espacio, interrogantes que dieron lugar a una búsqueda en torno al universo vocabular y temático, desde la mirada de Comunicación/Educación.

Los jóvenes manifiestan que la radio es un espacio propio en donde aprenden "nuevas cosas" de manera libre, es decir que es donde se construyen conocimientos de manera colectiva, respetando las opiniones y vivencias de cada uno. Es un lugar en donde se expresan y comparten obteniendo conocimientos de manera alternativa a la tradicional. Reconocen los jóvenes que la radio es un espacio de

libertad, aprendizaje, respeto y de no violencia donde ponen su voz y sus palabras para ser escuchados

Lo que contribuye a construir procesos de sostenimiento y de transformación que van definiendo la propia identidad, y la del grupo, rompiendo las fronteras de las "rejas", que tratan de separar a los jóvenes como ese otro diferente por su condición, por su lugar. Es decir la radio permite compartir, abrirse, expresarse y sentirse mejor utilizando la palabra.

Los jóvenes en conflicto con la Ley Penal que se encuentran en contexto de encierro producen Comunicación/ Educación popular en Radio "FM De Adentro", por la posibilidad que brinda el medio de acceso e inclusión en los talleres como alternativa al castigo. Es un mecanismo dialógico que lleva a cada uno de los jóvenes alojados a potenciar la imaginación y creación, fomentando una mirada social crítica. Desde la perspectiva de Comunicación /Educación, lo popular actúa como el lugar que permite a los jóvenes participar de manera dialógica. Funciona como herramienta dentro de un proceso de reflexión que logra, a través de la sensibilización y problematización, que los jóvenes privados de su libertad identifiquen su realidad, comuniquen y elaboren propuestas para transformarla.

6. Bibliografía

Ciafardo, E. (1992) *Los niños en la ciudad de Buenos Aires (1890-1910)*, Buenos Aires: CEAL.

Freire, P. (1965) *Educación como práctica de libertad,* Santiago de Chile, Tierra nueva.

Freire, P. (1974) *Pedagogia del oprimido,* San Pablo, Siglo XXI.

Huergo, J. y Fernández, M. (2000) *Cultura escolar, cultura mediática/intersecciones (Vol. 1). U. Pedagógica Nacional.*

Iovanovich, M. L. (2003) "El pensamiento de Paulo Freire, sus contribuciones a la educación" en CLACSO, *Lecciones de Paulo Freire, Cruzando fronteras* (págs. 259-324), Buenos Aires.

Loreti, D., & Lozano, L. (2014) *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Mamaní Gareca, V. y Magariño de Morentin, J. (2010) IV Congreso latinoamericano de Ciencias Sociales y Humanidades. "Imágenes de la Muerte" (pág. 20). Niterói, Río de Janeiro, Universidad Salgado de Oliveira -UNIVERSO.

Zaffaroni, E. (2011) *La palabra de los muertos,* Buenos Aires, Edisa.

Abordajes restaurativos con adolescentes desde el Centro de Mediación y métodos alternativos de abordaje y solución de conflictos del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Stella Maris Isabel Margetic[491], *Patricia Claudia Mazzeo*[492] *y Laura Valeria Sajoux Jalowicki*[493]

1. Introducción

El presente artículo tiene como propósito explicar los distintos abordajes que se desarrollan con adolescentes en el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CMMAASC), sus características y modalidad. Este cuenta con distintas comisiones abocadas a temas específicos las que se encuentran integradas por profesionales del Cuerpo de Abogados Mediadores y del Equipo Interdisciplinario especializados en cada una de las temáticas. En ellas se realiza investigación y desarrollo de abordajes apropiados en cada especialización que luego es replicado a todo el centro. Se trabaja en un marco de evaluación permanente, observación y diagnóstico. Se realiza permanente revisión de la práctica reconsiderando y reformulando los procesos, las intervenciones y las nociones conceptuales.

Desde el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de nuestro Centro, intentamos teniendo en cuenta las particularidades de esta época en la cual se registran altos índices de violencia y en donde las instituciones resultan ser insuficientes para

491 Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos. Comisión especializada en Abordaje de Adolescente.

492 Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos. Comisión especializada en Abordaje de Adolescente.

493 Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos. Comisión especializada en Abordaje de Adolescente.

contener y resolver la problemática de los jóvenes, realizar un abordaje integral y específico de los conflictos en los que intervenimos, articulando con los diferentes efectores, a fin de lograr respuestas y soluciones concretas, factibles y que puedan ser sostenidas en el tiempo.

2. Marco normativo

Con la reforma constitucional de 1994, la Ciudad de Buenos Aires adquirió un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, lo que dio lugar a una organización judicial independiente de la Justicia Nacional. El art. 39 de la Constitución de la Ciudad, sancionada en el año 1996, recepta el paradigma de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos activos en el ejercicio de sus derechos. Asimismo, establece las cuestiones de infancia como prioridad de las políticas públicas. En diciembre de 1998, precediendo a la Ley Nacional 26.061, se sancionó la Ley 114, de Protección Integral de los Derechos Niñas, Niños y Adolescentes, la que fuera reglamentada por el decreto 1760/2000. Su sanción marcó un gran avance, puesto que reconoció a los niños, niñas y adolescentes los derechos enumerados en la Constitución Nacional y en especial en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), a la vez que comprometió al gobierno local a garantizar el cumplimiento de estos. Acorde asimismo por lo señalado en toda la normativa internacional.[494] Consecuentemente, determinó como prioridad la protección y asignación de recursos públicos destinados a hacer efectivos estos derechos.

494 Los Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 C.N.) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus art. 5.5 (tribunales especializados) y 19 (medidas de protección) .
b. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores – Beijing Regla 11.
c. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
d. Regla 2.3 y 2.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) – flexibilidad y proporcionalidad y desjudicialización.
e. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil – Reglas 5, 6, 57 y 58 de las Directrices de Riad.
f. Proyecto de Directriz 15 de las Directrices de Acción Sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal.
g. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño (10/07, 12 y 14/13).
h. Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a la materia como la Opinión Consultiva N° 17/2002, Párrafo 135 (medios alternativos).
i. Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa, impulsada y aprobada por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), la Cumbre Judicial Iberoamericana y los organismos internacionales que las conforman.

Determinó, entre otras, las siguientes garantías: el niño debe ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad; la igualdad en la relación procesal, la asistencia de un abogado/a especializado/a en niñez y adolescencia, y el derecho de ser oído personalmente por la autoridad competente, tanto en la instancia administrativa como judicial.

Por otra parte, establece medidas de protección especial de derechos, entre ellas: acciones sociales de protección a través de unidades descentralizadas, preferencia por las formas alternativas de convivencia como sustitutos de la internación –la que solo procederá de manera excepcional–, y la desjudicialización de la pobreza. Para su implementación, crea el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad y las Defensorías Zonales que constituyen sus Organismos descentralizados. En el año 2007, la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sanciona el Código Procesal Penal, ley 2303.

En el mismo año, la ley 2451 regula el Régimen Procesal Penal Juvenil, adecuando así la legislación local a las exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos de la infancia. La cual se encuentra operativa desde el 9 de junio de 2008 y se aplica cuando sus autores resultaren ser personas entre 16 y 18 años de edad. Un avance significativo de la ley es que fija vías alternativas de resolución de conflictos, apela a mecanismos que minimizan la intervención penal y potencia la construcción subjetiva de la responsabilidad del joven incluyendo prácticas restaurativas como el proceso de mediación el cual se encuentra regulado entre los arts. 54 a 74 de esta y de la remisión, estableciéndolos en su Título VIII.

Este régimen se aplica a los delitos que fueron transferidos de la Justicia Nacional a la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y no deroga el Código Procesal Penal local, que rige siempre y cuando no sea modificado por el nuevo régimen de forma, ni afecte derechos reconocidos en la ley 26.061. Los lineamientos y principios enunciados por la ley 2451, en concordancia con los estándares internacionales mencionados, son:

Garantías Sustantivas

a. Principio de legalidad: sobre la base de él se enuncia que nadie puede ser condenado sin que se realice un juicio previo, basado en una ley anterior al hecho que se investiga.

b. Principio de inocencia: implica que se presume la inocencia de toda persona sometida a proceso, quien debe ser tratada

como tal en todo momento, hasta que una sentencia firme declare su responsabilidad penal (art. 13).

c. Principio de especialidad: Los magistrados que tienen competencia serán los Jueces del Régimen Penal Juvenil que deben ser distintos a aquellos que actúan con personas mayores de edad. Esto se debe a la especificidad de la materia y a que deben ser personas idóneas para el trabajo con población infantojuvenil.

d. Derecho a la integridad: La identificación o detención de una persona que tenga entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años, de la cual se presuma su participación en un delito, se debe realizar con las precauciones necesarias para evitar que se afecte su dignidad (art. 14) y la deben ejecutar funcionarios policiales capacitados debidamente.

e. Derecho a la intimidad y privacidad: se debe actuar protegiendo la intimidad del imputado y manteniendo la privacidad de este (art.19).

f. Publicidad y confidencialidad: las actuaciones deben ser reservadas y se prohíbe la difusión de la identidad o de algún dato identificatorio del joven o de su familia (conf. art. 9). Asimismo, se garantiza la confidencialidad de los expedientes penales, no pudiendo acceder a ellos personas ajenas al proceso o sin autorización (art. 35).

Garantías procesales

g. Claridad y celeridad: los actos procesales deben ser expresados en lenguaje claro y sencillo que pueda ser entendido por la persona menor de dieciocho (18) años de edad. Asimismo el Juez no dará lugar a maniobras dilatorias. (art.10).

h. Prohibición de persecución a no punibles: Nadie puede ser sometido a la intervención del Ministerio Público ni a la jurisdicción de los/as Jueces/zas Penales Juveniles si no tiene la edad requerida por la ley penal para ser considerado punible (art.12).

i. Derecho de no autoincriminación: Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, la negativa no puede ser valorada como indicio de culpabilidad. Toda admisión de los hechos o confesión debe ser libre y bajo su expreso consentimiento (art. 15).

j. Derecho de defensa: Debe contar con la asistencia de la defensa pública o particular especializada en la materia, desde el

inicio del proceso hasta el fin de la ejecución de la sentencia (art. 16).

k. Principio de contradicción: implica el derecho a ser oído, lo cual significa que el joven puede manifestarse y participar directamente en cualquier momento del proceso (art. 28). Debe ser informado en forma inmediata de la acusación que se formula contra él, de su derecho a la defensa (art. 29), de las características del proceso penal juvenil y las medidas que pueden adoptarse (art. 30). También debe contar con la facultad de ofrecer elementos de prueba e interrogar a los testigos y peritos (art. 31).

l. Imposición de pena: Solo puede ser considerada como último recurso (art. 25).

m. Interpretación: Todas las normas que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de los derechos de las partes o establezcan sanciones procesales se interpretan restrictivamente. (art. 26).

n. Restricción de la libertad: Las medidas que se tomen en este sentido tienen carácter excepcional, como último recurso y por el menor tiempo posible. Cuando ello ocurriera, solo pueden cumplirse en establecimientos especialmente destinados a esos efectos (arts. 27 y 28).

o. Prisión preventiva: Su carácter es excepcional, de cumplimiento en un centro especializado y con un plazo determinado por el Juez, que no exceda los sesenta (60) días corridos.

p. Principio de oportunidad: El proceso acusatorio está a cargo de un fiscal especializado, quien puede iniciar el proceso e impulsar la acción penal. También, puede decidir no hacerlo si considera que no es conveniente la persecución penal, ya sea porque existen otros mecanismos más eficaces para resolver el conflicto, o bien porque el sometimiento a un proceso e imposición de una pena resultan innecesarios.

q. In dubio pro reo: siempre en caso de duda debe resolverse a favor del imputado.

r. Persecución única: nadie puede ser perseguido ni condenado más de una vez por el mismo hecho.

El Régimen Penal Juvenil contiene ciertas características especiales y específicas, como por ejemplo la participación e intervención obligatoria de los padres/tutores y/o responsables de los jóvenes

y de la Asesoría Tutelar en todas y cada una de las audiencias de mediación en las que participen adolescentes de entre 16 y 18 años.

Asimismo, es necesario contar con la participación de un Equipo Técnico Interdisciplinario. (art.67 RPJ). Así, la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la CABA, mediante resolución nro. 1.401/2016 creó este Equipo Técnico que trabaja de manera conjunta y articulada con el CMMAASC.

El Centro de Mediación cuenta con mediadores especializados tal como lo exige la normativa internacional respecto a la especialidad con la que deben contar los operadores que intervengan en los procesos penales juveniles.

3. Adolescentes las particularidades de su abordaje

El adolescente requiere abordajes de acuerdo con su edad cronológica tanto como al tiempo lógico de su constitución. Así como prácticas específicas distintas de las que se utilizan con un adulto, particularmente los mecanismos de escucha y los dispositivos pertinentes para la lectura de su subjetividad.

"Adolescencia" es una abstracción que permite estudiar ciertos aspectos generales, determinados comportamientos personales, familiares y sociales de las personas en su transición de la infancia a la fase adulta, de la dependencia infantil, a la emancipación propia de los adultos. Tanto la pubertad, en tanto proceso psicofísico, como la juventud, plenitud del desarrollo biológico; serán incluidas en "adolescencia".

Lo más importante a ser resaltado en esta etapa son los aspectos psíquicos intra – personales o de identidad y la inserción del adolescente en la sociedad y cómo se relaciona con otros y si esos espacios sociales le facilitan (o no) el pasaje a la autonomía.

> Señala la Observación General Nro. 10 parr10 "(…) Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de niños, niñas y adolescentes y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. (…)".

Los profundos procesos contradictorios que conforman la personalidad del joven en conflicto con la ley penal, sus inseguridades y el vacío propio de esta etapa vital, son el resultado conflictivo entre el joven, su entorno social y la norma.

El estado no debe estigmatizar al joven en un lugar negativo cumpliendo solo la acción de penar y culpar, ni desentenderse de la implicancia social de los hechos potenciando la amenaza de destrucción. Sino por el contrario, desde el Poder Judicial se puede dar otra respuesta que promueva la responsabilización y socialización del joven sin dejar de lado el tratamiento del acto delictivo.

> "Si bien los adolescentes toman decisiones impulsivas, su plasticidad, su etapa madurativa y su facilidad para el cambio hacen posible que –con un buen acompañamiento– puedan tomar decisiones para modificar el rumbo de su vida y alejarse del conflicto penal. Es decir, a la hora de tomar decisiones son muy permeables al contexto en el que se desarrollan. Por eso las medidas que se tomen con los adolescentes (tanto las positivas como las negativas) son determinantes en su desarrollo neurocognitivo y emocional".[495]

Considerando lo desarrollado se sostiene que el Estado debe producir en esa "alerta social" que es el delito y que tiene como protagonista al joven, efectos diversos a la pena como único destino, manteniéndose por supuesto en el marco del contexto judicial, y recurriendo al principio de oportunidad, que habilita entre otros, a la utilización de prácticas restaurativas, más allá de lo específicamente legislado en la ley 2451 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. La importancia de la Justicia restaurativa

La justicia restaurativa surgió como una forma distinta de abordar los delitos, intentando responder a ciertas limitaciones del proceso judicial tradicional, especialmente en Justicia Penal Juvenil. Se centra más en las necesidades que en los castigos, con un marcado interés por atender las necesidades de las víctimas que históricamente se vieron desatendidas por la justicia.

495 UNICEF 2017, pág. 4 "Ideas para contribuir al debate sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil".

Muchos autores[496] han estudiado y definido la justicia restaurativa. Dada la perspectiva internacional de este documento, tomaremos como base la definición aportada por las Naciones Unidas[497] en la que se define desde una perspectiva amplia la justicia restaurativa como:

> "Una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad".

Este enfoque nos invita a hacernos otras preguntas que nos suscitan nuevas reflexiones "¿Cómo entendemos lo que paso? ¿Qué factores son pertinentes? ¿Qué respuestas son factibles y apropiadas? El lente a través del cual observamos determinara como enfocamos tanto el problema como la solución".[498]

La justicia con enfoque restaurativo puede entenderse como una mirada diferente de la justicia juvenil.

> "• Mirada que aborda de manera integral y respetuosa al adolescente o joven infractor, a las víctimas directas o indirectas y a la comunidad.
> • Que propone una nueva visión humanista sobre el rol de las propias instituciones que forman parte del sistema de justicia y de sus operadores.
> • Que visibiliza al adolescente haciéndolo sujeto de derecho y de garantías.
> • Que hace del proceso penal un proceso fundamentalmente educativo y pedagógico que permita llegar a la responsabilización.
> • Que entiende la responsabilidad no solo en términos jurídico penales, sino también como un proceso de crecimiento personal que permite comprender a los adolescentes y jóvenes las consecuencias de sus actos, y que promueve la empatía con aquellas víctimas que se hubieran visto afectadas por sus hechos.

496 Zehr (2003), Braithwaite (1989), Christie (1977), Walgrave (2011), Marshall (1999).

497 UNODC, 2006. Manual sobre Programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal.

498 Zher, H. (2012) *Cambiando de lente: Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*. Pág. 171.

• Que la víctima es entendida como sujeto de derechos y de garantías y es una parte clave para la resolución del conflicto.
• Que sus intereses legítimos y sus necesidades van a ser atendidas, y que de igual modo va a evitar el estigma y la revictimización.
• Que desde este enfoque se va a tomar muy en cuenta la participación de la comunidad, de sus recursos institucionales, sociales e individuales.
• Que estos recursos son puestos a disposición de la resolución pacífica y efectiva del conflicto derivado de la acción delictiva, pero que se hará uso de ellos de una manera articulada y coordinada.
• Por último, que el enfoque restaurativo propone y propondrá siempre la reparación y la paz social, como objetivo principal frente al concepto de retribución".[499]

Este enfoque apunta a que la justicia sea más sanadora y transformadora, disminuyendo las posibilidades de futuras ofensas; a generar un diálogo directo o indirecto entre las víctimas y ofensores cuando sea apropiado; a estimular la colaboración y la integración tanto de las víctimas como de los ofensores en vez de la coerción y el aislamiento; a demostrar respeto hacia todas las partes: víctimas, ofensores, colegas del sistema de justicia.

Es un enfoque que considera las necesidades y obligaciones de todas las partes involucradas en el conflicto. Aquí participan todas aquellas personas o partes con algún interés o rol directo en el caso, esto incluye al Estado, el ofensor, a la víctima y a otros miembros de la sociedad.

Entiende que las víctimas deben contar con información real, que puedan narrar los hechos e incluso realizarlo frente a sus ofensores para así poder hacerles entender el impacto que tuvieron sus acciones, que puedan ser parte e involucrarse en el proceso y que depende el caso, pueden obtener del ofensor la reparación del daño ocasionado.

499 Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal. https://intercoonecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf página 9. Consultada 15 de mayo 2020.

Entiende también que los ofensores deben desarrollar una responsabilidad activa; esto es que reconozcan el mal que han causado, que comprendan las consecuencias de su accionar, que logren desarrollar empatía con las víctimas y reparen el daño causado, al tiempo que puedan sanar las heridas de su pasado que hayan contribuido a la conducta delictual actual, que tengan oportunidad de tratar todos sus problemas, que fortalezcan sus habilidades y destrezas personales y que logren adquirir motivación para finalmente reinsertarse en la sociedad y lograr llevar a cabo su proyecto de vida.

Respecto a lo que a las comunidades se refiere, al tener sus propias necesidades y obligaciones como consecuencia directa de la comisión del delito, necesitarán que también se las considere como víctimas en el proceso, asumiendo sus responsabilidades y proyectando estrategias para crear y sostener sociedades más sanas.

Para la justicia restaurativa lo fundamental es centrarse en el daño causado, que el ofensor asuma una responsabilidad activa y cumpla con las obligaciones que se generan (que comprenda el daño y lo enmiende) y que todas las partes que tengan un interés legítimo, ejerzan roles importantes dentro del proceso judicial.

Los modelos de prácticas restaurativas se diferencian en la cantidad y categoría de sus participantes y el estilo de trabajo del facilitador:

- *Las conferencias víctima-ofensor:* involucran a las víctimas y a los ofensores y generalmente los representantes de la sociedad no participan. Se trabaja individualmente con cada una de las partes y en el caso en que todas presten su consentimiento se reúnen en una conferencia. El facilitador es quien organiza, dirige y guía el proceso de manera equitativa. Generalmente se logra firmar un acuerdo de restitución. Asimismo, pueden participar los familiares de víctimas y ofensores quienes servirán de apoyo, cumpliendo un rol secundario.
- *Las conferencias familiares*: amplían el círculo de participantes incluyendo a familiares u otras personas claves para los involucrados y tal vez a funcionarios del sistema de justicia. Los familiares del ofensor son muy importantes al igual que los miembros relevantes de la comunidad. La familia de la víctima también es invitada a participar. También puede estar presente un representante de la justicia penal.
- *Los círculos*: son prácticas restaurativas en las cuales participan la víctima, el victimario, familiares o allegados de ambos, profesionales (judicatura, policía, trabajadores sociales, psicólogos), abogados, representantes de la sociedad, etc. Todas estas

personas tienen la oportunidad de narrar sus vivencias, expresar sus sentimientos, debatir y llegar a acuerdos.

Tienen una dinámica especial para el diálogo. Se utiliza un objeto para determinar el turno de participación, lo cual crea un efecto equilibrador y una mayor responsabilización de los participantes regulando sus intervenciones. Cada persona tiene su turno para hablar mientras que las demás escuchan y reflexionan sin producirse interrupciones.

5. Compartiendo lo que hacemos

Para el CMMAASC, resulta primordial promover y desarrollar dentro de la intervención jurídico-penal el modelo restaurativo como una manera de gestionar, desarrollar y aplicar las competencias actuales y futuras del Poder Judicial, especialmente con aquellos jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley penal.

El abordaje para el tratamiento del delito es integral, donde todos los afectados por el conflicto puedan ser restaurados abarcando por un lado lo que correspondería a la "tramitación del acto delictivo" de lo concerniente al "proceso de incorporación social" , este desdoblamiento se vuelve clave ya que detrás del conflicto penal podríamos encontrarnos, no solo con posibles cuestiones de núcleos familiares patológicos, sino también con comunidades atravesadas por el efecto de la segregación y la exclusión al sistema que está garantizado en la Ley Nacional 26.061 y Ley 114 de la Ciudad autónoma de Buenos Aires. Y ahora también recomendado por el Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos Resolución Nro.813-2018 del Ministerio de Justicia de la Nación Argentina aprobado 19 de septiembre 2018.

Asimismo, a través de este abordaje se promueve la voluntaria participación de la víctima del delito. Es decir que su rol no es el de un simple espectador sino que tiene la posibilidad de sentirse parte, asumiendo un rol protagónico en el proceso. La victima generalmente tiene otras necesidades, inquietudes e intereses no contemplados en un sistema de justicia penal puramente retributivo. Por ejemplo, la posibilidad de obtener la reparación por los daños de toda índole padecidos en virtud del hecho ilícito del autor del delito ya que la eventual sentencia condenatoria que podría acaecer en el proceso penal no satisfará a la víctima respecto de sus pretensiones restauradoras.

En el entendimiento de que el conflicto que se ventila en el marco de un proceso penal donde una o ambas partes son adolescentes no dista ser un conflicto complejo es que el abordaje se realiza a

través de un equipo interdisciplinario de profesionales. Un sistema complejo está compuesto por varias partes interconectadas o entrelazadas cuyos vínculos crean información adicional. Como resultado de las interacciones entre elementos, surgen propiedades nuevas que no pueden explicarse a partir de las propiedades de los elementos aislados. Dichas propiedades se denominan propiedades emergentes. En contraposición, el sistema complicado también está formado por varias partes pero los enlaces entre estas no añaden información adicional, nos basta con saber cómo funciona cada una de ellas para entender el sistema.

En un sistema complejo, en cambio, existen variables ocultas cuyo desconocimiento nos impide analizar el sistema con precisión. Así pues, un sistema complejo posee más información que la que da cada parte independientemente. En todo Equipo Interdisciplinario, entendido este como un sistema complejo, se conforma una dinámica vincular con otros –personas y experiencias– en la cual las diferencias se incluyen y enriquecen a cada uno de los integrantes del Equipo y al trabajo que realiza[500].

Pero en una mayor aproximación conceptual del trabajo que realiza el equipo del Centro de Mediación, se podría decir que el abordaje resulta ser transdisciplinario. En efecto, la transdisciplina implica utilizar técnicas, métodos y conocimientos propios de una ciencia determinada para aplicarlos a otra. En el sentido que enfatiza el ir más allá de las disciplinas, las atraviesa y desarrolla un pensamiento complejo que vence la limitación y fragmentación de cada una de las disciplinas por separado.

En nuestro equipo de trabajo, cada uno de los profesionales aporta la expertis y conocimiento propio de su ciencia pero siempre con la mirada puesta en la aplicación al abordaje restaurativo ya que todos los profesionales se encuentran especializados en este tipo de procesos.

Las *prácticas restaurativas* que utilizan los profesionales del CMMAASC encuentran espacio en diferentes contextos pudiendo resultar estos alternativos o complementarios al proceso penal y/o previo o posterior a cualquier proceso judicial, así contamos con:

I) Mediación Penal según lo estipulado en el ley 2451 que regula el Régimen Procesal Penal Juvenil.

500 Alicia De la Fe. y Soledad Berraondo. Nuestra experiencia de equipo interdisciplinario libro *El proceso de Mediación en el poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* Buenos Aires, ed. Jusbaires, 2015.

II) Encuentros Restaurativos:

1. Por decisión judicial, durante la ejecución de medidas alternativas (remisión, suspensión de juicio a prueba, juicio abreviado) o después del condena durante la ejecución de la sentencia.
2. Que no suponen la existencia de una causa judicial.

III) Abordajes Restaurativos derivados por el Ministerio Tutelar de la CABA.

I) Mediación penal

En la mediación penal se trabaja con las partes en conflicto para ayudarlas a que ellas mismas puedan cambiar la calidad de su interacción de negativa y destructiva, a positiva y constructiva, mientras debaten y exploran diversos temas y posibilidades de resolución. Se busca, además de la reparación de los daños ocasionados, el tratamiento de las causas que los provocaron.

El mediador como conductor del proceso evalúa que las partes estén en condiciones de mediar, a modo de ejemplo se puede mencionar la capacidad para reflexionar, involucrarse en el conflicto y reconocer al otro como diferente con sus propios intereses, diferentes de los suyos y también válidos.

El proceso de mediación como se implementa desde el CMMAASC se encuentra regulado en la Ley 2451 en el régimen Procesal Penal Juvenil entre los artículos 54 al 74.

La Finalidad de la Mediación se encuentra establecida en el art. 55 siendo esta:

- Pacificar el conflicto
- Procurar la reconciliación entre las partes
- Posibilitar la reparación voluntaria del daño causado
- Evitar la revictimización
- Promover la autocomposición con pleno respeto de las garantías constitucionales.

Y sus principios, establecidos en el Art. 56 son:

a. La neutralidad del/de la mediador/a
b. Voluntariedad de las partes para participar de la mediación
c. Confidencialidad de la información y la documentación divulgada en la mediación
d. Celeridad
e. Informalidad
f. Gratuidad

Características propias de la Mediación en nuestro Centro.

La mediación supone un espacio cuidado, donde las partes trabajan responsablemente en la construcción de alternativas de solución para su conflicto con el otro; esto pueden hacerlo en reuniones conjuntas o en reuniones privadas o caucus, siendo en ocasiones por la voluntad de las partes, y en otras la decisión del mediador acorde a su experiencia y conocimiento. Las entrevistas preliminares son siempre individuales y por separado.

Respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas. Se usa como alternativa dentro del proceso penal vigente. Trata de reparar el daño sufrido por la víctima. Ambas partes tienen la posibilidad de ser escuchadas, expresar sus necesidades y determinar la mejor manera de resolver sus conflictos. En estos términos se requiere considerar las particularidades singulares de los jóvenes protagonistas de un conflicto penal.

Como programa de justicia restaurativa, nuestro centro de mediación penal, tiene como objetivo al acercar a la víctima con en su ofensor, que puedan escucharse y reflexionar sobre el conflicto, sin tener como meta el acuerdo, sino, satisfacer las necesidades de las partes en ese momento.

Los acuerdos a los que llegan las partes, son siempre escritos y pueden incluir disculpas, tareas, promesa de comportamiento futuro, compensación/reparación económica del daño, tareas comunitarias entre otras, siempre teniendo en cuenta las necesidades y posibilidades de cada una de las partes. Por supuesto que en el caso de no acuerdo, o ejercer su derecho de no participar en la mediación jamás resulta perjudicial para el/la Joven infractor.

El diseño que propone el instituto de la mediación en la Ley 2451, con la multiplicidad de operadores que intervienen Defensor Oficinal Juvenil Art. (37), Asesor Tutelar (Art. 40), los Padres (Art. 62), con la intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario (art.67) requiere de la eficaz articulación del equipo de mediadores quienes siempre actúan en duplas con un abordaje transdiciplinario y con una estrategia de intervención en Red. Esto que implica un proceso de construcción permanente tanto singular como colectiva, que acontece en múltiples espacios y asincrónicamente; a través de la interacción permanente, el intercambio dinámico y diverso entre los actores de un colectivo (familia, equipo de trabajo, barrio, organizaciones tales como el hospital, la escuela , la asociación profesionales, el centro comunitario, entre otros) y con integrantes de otros

colectivos, posibilita la potenciación de los recursos que poseen y la creación de alternativas novedosas para favorecer la formulación del proyecto de la vida y su articulación al tejido social.

II) Encuentro Restaurativo

Esta práctica restaurativa es un espacio de dialogo y reflexión donde un Equipo Facilitador trabaja interdisciplinariamente realizando una serie de entrevistas individuales y/o grupales con una, y/o cada una de las partes (tanto del joven infractor como la víctima) y/o terceros significativos, focalizando en el daño percibido, la responsabilización y la reparación de este. Puede ser utilizada en cualquier etapa del proceso penal, en forma alternativa o complementaria a este.

Los principios que rigen el "Encuentro Restaurativo" son voluntariedad, confidencialidad y neutralidad, los cuales permitirán la flexibilidad y colaboración necesarias para trabajar con la modalidad que se sugiere, en un contexto de justicia restaurativa.

El objetivo de este abordaje, es poder establecer cuál es la verdadera necesidad de cada una de las partes (tanto del joven infractor como de la víctima y sus respectivos entornos familiares/sociales), o solamente del Joven infractor en el caso de no tener una víctima identificada para que puedan o pueda vislumbrar hacia el futuro la armonía alterada por la comisión del o los delitos. Generar un espacio en el que las personas involucradas inicien un proceso de cambio, puedan ampliar la mirada sobre sí mismas y estimular su posibilidad de reflexionar sobre el hecho y sus consecuencias, responsabilizándose sobre este, generando alternativas para reparar los daños sufridos.

Este programa no es un fin, sino un medio para que la justicia se realice más plenamente, contribuye a que las partes asuman la propia conducción en la realización de su proyecto personal, que es una de las tareas más dignificadoras para el ser humano.

Como puede apreciarse las prácticas restaurativas responden al delito con una lógica totalmente diferente a la lógica del sistema de la justicia tradicional. Potencia la participación activa de las personas involucradas, respetando el lenguaje y la lógica que les es propia permitiéndoles elaborar sus propios acuerdos, pautas y compromisos.

El dispositivo de abordaje se encuentra dividido en diferentes etapas, siendo estas las siguientes:

1) *Preliminar*

a) Conformación del Equipo Facilitador: se selecciona una dupla de profesionales pertenecientes a la Comisión Especializada en Penal Juvenil.

b) Reunión con los funcionarios derivantes: el equipo designado se reúne con el funcionario derivante para conocer las circunstancias de la causa y los intereses del área.

c) Consulta del legajo judicial: se consulta el legajo judicial para conocer el contexto en que se dieron los hechos, y particularidades de las partes.

2) *Admisión*

a) Entrevistas preliminares con las partes: el equipo designado mantiene por separado entrevistas con cada una de las partes, en el caso de que todas las partes o personas involucradas puedan ser identificadas y/o hayan manifestado su disposición de participar para informarles sobre las características de es este dispositivo de abordaje, recabar si están dadas las condiciones para trabajar y su voluntad de participar.

b) Evaluación: el equipo realiza un informe en el que evalúa las condiciones e informa al área derivante si el caso es admisible para ser trabajado en la modalidad del encuentro.

3) *Análisis y diagnóstico*

a) Contacto con el/la joven infractor: una vez admitido el caso, se mantiene entrevista preliminar con el/la joven a los efectos de visibilizar su problemática singular y se comienza a trabajar necesidades e intereses, expectativas.

b) Identificación de terceros significativos: en esa entrevista se procura identificar en la red vincular quienes son aquellas personas que tienen una influencia en su vida y que pueden colaborar con su transformación.

c) Identificación de operadores institucionales intra y extrajudiciales: asimismo se identifica en la red institucional aquellas que puedan trabajar en conjunto para colaborar al proceso de transformación.

4) Diseño y ejecución del abordaje

a) Entrevistas semi-dirigidas con la/s parte/s, y terceros significativos: buscan lograr empatía y recabar información con el fin de encuadrar el abordaje apropiado en cada caso.

b) Dinámica participativa (literaria, cinematográfica, audiovisual): se utilizan distintos recursos según las necesidades que surjan, que puedan ayudar a movilizar la responsabilización de la persona, la solidaridad, el registro del otro, estimular el cambio posible. A través de diversas herramientas describiendo detalles del suceso, escribiendo cartas, concientización acerca del alcance los efectos de las acciones, línea tiempo, mapa de impacto, revisando la historia, viendo los aspectos en común.

c) Acompañamiento para el fortalecimiento de recursos y responsabilización: siempre se acompaña el proceso que se estimula con encuentros programados o con la red armada para ese fin. A través de diversas herramientas donde se trabaja la confianza, la comprensión, la compasión, el cuidado de las heridas.

d) Foco en el futuro: haciéndolo de otra manera. Fundamentos y recursos. Propósito y poder. Esperanza, humanidad, fortalezas, restitución, entendimiento.

e) Articulación con instituciones, y también con los operadores involucrados: se trata de diseñar una red de contención.

5) Etapa evaluativa

Esta etapa no corresponde necesariamente a un momento secuencial sino que se va a ir realizando dinámicamente desde este del comienzo del abordaje hasta su cierre.

a) *Revisión de la práctica*: el equipo designado revisa su práctica en relación con el caso particular junto con la comisión especializada: herramientas utilizadas, avances, limitaciones, dificultades que pudieron aparecer, logros.

b) Realización de ajustes: se proyectan los cambios necesarios en el abordaje y enfoque. Se ajustan las herramientas.

c) Elaboración de informes: se realiza un registro lo trabajado en cada encuentro.

6) Cierre del Encuentro

a) *Devolución*: encuentro final de cierre con los participantes donde se analiza en forma conjunta lo trabajado en el proceso en cuanto a logros y limitaciones.

b) *Elaboración y firma de un Acta Compromiso*: en el caso en el que la/s parte/s así lo deseen se firmará un Acta Compromiso.

c) *Informe*: se realiza un informe final de todo lo trabajado hasta el cierre del Encuentro para ser entregado al derivante.
d) *Seguimiento*: siempre en el marco de la voluntariedad se coordina un seguimiento con los participantes para acompañamiento y el sostenimiento de los logros alcanzados. Como se mencionó anteriormente esta práctica restaurativa puede utilizarse en forma alternativa o complementaria al proceso penal. Y en diferentes etapas de este, aun cuando este se cierre/archive.

De esta manera, este abordaje puede ser utilizado por decisión judicial por ejemplo cuando se resuelva una remisión[501] o una suspensión del juicio a prueba[502] Teniendo en cuenta las disposiciones 11.2 y 11.4 de las Reglas de Beijing, que contemplan la posibilidad de efectuar una remisión en favor del joven, derivándolo a su familia y/o autoridades extrajudiciales, que deben acompañarlo e insertarlo en programas adecuados a la problemática que presenta, a fin de alcanzar su desarrollo integral y reinserción en la sociedad, sin el estigma de estar sujeto a un juicio penal. La recomendación de la regla 11.4, que establece que "Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas", ya que ellas procuran evitar futuras transgresiones a la ley mediante la supervisión y orientación correspondiente y entrañan una avenencia mediante la reparación a la víctima, lo que debería realizarse bajo un adecuado acompañamiento.

Cumpliendo con esta recomendación, cuando se resuelve la remisión del caso, se considera especialmente apropiado según las particularidades de este, derivar al joven a este Centro para poder participar de un Encuentro restaurativo, en el cual tendrá la posibilidad de responsabilizarse y reflexionar sobre el hecho, conocer y fortalecer sus capacidades, restablecer relaciones, generar buenas actitudes y también la posibilidad de compensar a la víctima, teniendo en cuenta siempre la voluntariedad de los participantes. Y en idéntico sentido puede utilizarse como pauta o regla en la suspensión del juicio a prueba.[503]

501 REMISIÓN Art. 75.- Ley 2451

502 SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA Art. 76.- Ley 2451.

503 Art. 77.- Ley 2451.

> En esta perspectiva: "(…) Uno de los objetivos de esta línea de acción es promover la participación ciudadana, la inclusión de la palabra y la perspectiva de los adolescentes en el desarrollo de la propuesta de remisión. Está pensado el joven como sujeto activo y protagonista de sus decisiones, capaz de diseñar un plan de acción de acuerdo con sus intereses, y la posibilidad de continuar o insertarse dentro de las instituciones de la comunidad, acompañado por adultos referentes.(…)".[504]

Resulta importante también la posibilidad de poder dar una respuesta adecuada cuando no se inicie la causa judicial por resultar no punible el presunto infractor adolescente.

Estas prácticas restaurativas pueden perfectamente ser ofrecidas tanto a la víctima como al infractor no punible otorgándoles la posibilidad de sanar y recomponer la conflictiva en la que se encontraron.

El CMMAASC, es un órgano administrativo no jurisdiccional, por lo tanto no se judicializaría al adolescente, efectuándose un abordaje absolutamente voluntario y ajeno al proceso penal.

En esta misma línea de pensamiento la Dra. Noris Pignata[505] nos ilustra:

> "Incorporar métodos restaurativos para abordar los conflictos en los cuales puedan involucrarse los jóvenes, sean estos delitos o no. En el supuestos caso de jóvenes no punibles por razón de edad, que se vean involucrados en un delito contra la vida, grave contra la integridad de las personas, o contra la integridad sexual, es importante que la respuesta del sistema de protección integral sea inmediata, se aborde el conflicto, se convoque a todos aquellos referentes de la víctima y del victimario, y de ser posible se planifique la utilización del método de conferencias, para poder ponerle palabras a los actos que visibilizaron el conflicto.
> No dar ninguna respuesta no solo es impunidad, agrede a la víctima, sino que además no tiene nin-

504 Kochen Schub, Alternativas de resolución del conflicto. Revista "Debate Público. Reflexión de Trabajo Social" Miradas sobre la intervención. Año 5 – Nro. 9.

505 Noris Pignata – Aporte al Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en el marco del Programa Justicia 2020.

gún contenido educativo para el adolescente que participa, los seres humanos debemos aprehender de nuestros actos, sean que estos generen en terceros bienestar o malestar.
El hecho que no sea punible por razón de la edad, no lo excluye de ser responsable ante la víctima por lo que hizo, incluso ante la sociedad, por lo tanto el Estado debe hacerse cargo de trabajar este tema, no desde el sistema penal, sino desde el sistema de protección integral, garantizando todos sus derechos, tanto a él como a la víctima.
Ambos deben tener la oportunidad de reparar y sentirse reparado, o por lo menos entender en ambos casos cuales fueron las motivaciones que tuvieron, para poder manejar las emociones que se desatan en el interior.
No dar una respuesta desde el Estado es un mensaje con ningún contenido educativo, transmite a todos los involucrados la sensación que no es importante para nadie, y termina favoreciendo la venganza privada y el revanchismo".

III) Abordajes restaurativos derivados por el Ministerio Público Tutelar CABA

En el CMMAASC desde hace tres años trabaja en forma colaborativa con el Ministerio Público Tutelar, específicamente con el Equipo de Abogados del Niño, brindando asistencia en aquellos requerimientos en donde el menor adolescente, en su calidad de actor procesal conforme lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación, recurre a fin de obtener el patrocinio jurídico para hacer valer sus derechos. En virtud de ello, el Equipo de Abogados del Niño, al tomar la entrevista inicial y advirtiendo que el conflicto traído es susceptible de resolución mediante el abordaje restaurativo desarrollado en nuestro Centro, ofrece al menor dicha modalidad y nos convoca para tomar intervención.

Es de destacar, que en esta instancia se trata de casos generalmente civiles en donde el actor es víctima de alguna vulneración en sus derechos.

Esta característica, la diferencia del resto de las intervenciones que realizamos desde el Centro de Mediación, en tanto que las antes

mencionadas son en el marco de la ley Penal, ya sea que el adolescente interviene en calidad de infractor o de víctima.

El objetivo del abordaje es brindar un espacio de dialogo, en el que el joven pueda exponer sus intereses y necesidades a la otra parte del conflicto en un espacio cuidado, con la dirección de operadores judiciales neutrales y especializados a fin de analizar las posibles soluciones a este y evitar de esta manera recurrir a la instancia judicial.

Es de destacar la importancia de dicho abordaje ya que el adolescente encuentra un tratamiento adecuado a sus necesidades, en donde se realiza una exploración de su estado emocional y el impacto que el conflicto tiene en su vida, la escucha activa se torna un elemento esencial ya que esta se realiza libre de todo prejuicio, sintiéndose el adolescente cómodo a la hora de relacionarse con el Equipo. Esta característica obedece plenamente al derecho de ser oído, que si bien es consagrado por la normativa internacional, este muchas veces no es podido ser acogido en su plenitud por las características propias de los procesos judiciales debido al aglomeramiento de expedientes, falta de tiempo, vencimiento de plazos, etc.

Una vez transitado este camino, se le propone al adolescente, reunirse con la otra parte. Observamos que cuando este accede, lo hace empoderado, seguro de lo que necesita, con confianza de que esta en el camino correcto hacia la solución de su conflicto, ya que ha contado con el tiempo necesario para sentir confianza en el abordaje propuesto.

Podemos afirmar que como resultado de nuestras intervenciones, las partes en la mayoría de los casos han podido arribar a un acuerdo y de no ser este posible, han logrado mejorar la relación, sea de padre e hijo, alumno docente, hermanos, etc.

Consideramos que este proceso en fundamental para los adolescentes ya que transitar el camino del dialogo para la resolución de sus conflictos contribuirá a una sociedad más pacífica.

6. Algunas reflexiones y desafíos para tener en cuenta

Evaluar el camino recorrido, resulta útil para poder auto observarnos a fin de poder mirar nuestro presente y futuro con realismo y la esperanza confiada que siempre se puede hacerlo mejor, prestar un mejor servicio de justicia.

Los grandes desafíos que se visualizan son:

- Que las diferentes operadores del Ministerio Publico Fiscal, de la Defensa y Tutelar como así mismo los jueces se apropien de la riqueza y multiplicidad de herramientas que se ofrecen

desde el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de conflictos del Consejo de la Magistratura de la Ciudad para el abordaje con adolescentes víctimas o victimarios para dar una mejor respuesta apropiada en los casos que así lo ameriten.

- Brindar la oportunidad a los justiciables de participar en procesos donde ellos mismos pueden ser parte de la solución y ser protagonista de la restauración y sanación de los lazos sociales haciendo realidad lo que tan sabiamente propone el Dr. Alberto Binder "que la finalidad de la Justicia es garantizar la Paz". No solo para las materias y competencias que hoy tenemos, sino y particularmente para entender la imperiosa necesidad de incorporar mecanismos no solo restaurativos sino también terapéuticos para el abordaje tan complejo de personas que con consumo problemático de sustancias psicoactivas cometan actos delictivos, problemática que afecta con más dureza a los más jóvenes y en particular a los más vulnerables debido a sus múltiples carencias económicas, de acceso a salud, a educación y a una vivienda digna.

El fin, dar una respuesta, humanizar la justicia Humanizar la justicia, incorporando estas prácticas que consideran a los infractores en su marco personal y no como piezas de un expediente al que hay que sentenciar. Prácticas que manejan un ritmo propio y que permiten garantizar la escucha, la empatía y en la mayoría de los casos, la sanación de las heridas.

7. Bibliografía

Binder, A. (1997) *Política Criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, Ad. Hoc.

De la Fe, A. y Berraondo S. (2015) "Nuestra experiencia de equipo interdisciplinario" en *El proceso de Mediación en el poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Jusbaires.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2004) *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

Kochen Schub, "Alternativas de resolución del conflicto" en *Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, Miradas sobre la intervención. Año 5, Nro. 9.

Pignata, Noris en su Aporte para el Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en el marco del Programa Justicia 2020.

Zher, H. (1997) *El Pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, California, Editorial Good Books.

(2012) *Cambiando de lente: Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, 3° ed., Waterloo, Ontario, Herald Press.

Jóvenes y justicia penal. Una aproximación etnográfica a las respuestas institucionales frente al delito juvenil en Santiago del Estero

Federico Medina[506]

1. Introducción

En mi investigación de doctorado[507] he descrito/analizado desde un enfoque etnográfico el proceso de producción social e institucional por medio del cual determinados jóvenes de un barrio popular son construidos como peligrosos/criminales y, por ende, pasibles de constantes intervenciones por las agencias policiales y judiciales que integran el sistema penal. Se trata de una investigación que se inscribe en el campo de estudios disciplinares de la antropología jurídico-política, que ha tomado aportes de la sociología del sistema penal juvenil y que, finalmente, abreva en aquellas investigaciones que han explorado determinadas relaciones sociales hacia el interior de áreas urbanas populares.

He explorado las relaciones sociales que acontecen en El Poli, un barrio popular[508], en donde viven los jóvenes, ubicado en la ciudad de Santiago del Estero. En ese escenario, estudié la eficacia productiva de las intervenciones policiales y la articulación de estas con

506 Doctor en Humanidades (UNT), Abogado (UNT), Becario Postdoctoral del CONICET, Docente Adjunto de la Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud de la Universidad Nacional de Santiago del Estero (UNSE) e Integrante del Equipo de Estudios Socio-Jurídicos en Derechos Humanos del INDES (CONICET/UNSE).

507 Tesis titulada: "Recorridos frecuentes. Una etnografía en el campo penal juvenil de Santiago del Estero, Argentina", (tesis de doctorado en Humanidades). Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Se trata de un trabajo que ha sido dirigido por Carla Villalta (UBA) y fue evaluado por Leticia Barrera (UBA/UNSAM), Sofía Tiscornia (UBA) y Patricia Arenas (UNT).

508 La expresión "barrio popular" ha sido tomada en esta investigación para indicar la composición social del integrada mayoritariamente por clase trabajadora, presentando altos niveles de pobreza e indigencia, pero además para señalar las condiciones de habitabilidad extremadamente vulnerables así como un acceso deficitario a los servicios públicos considerados esenciales, en línea con otras investigaciones antropológicas que también se han realizado en estos escenarios (Pita, 2010; Segura, 2012; Cozzi 2018). Los nombres propios y lugares que describo en este artículo son de fantasía. El uso de las cursivas queda reservado para las propuestas conceptuales que elaboré.

demandas vecinales de punitividad como factores que contribuyen a la producción simbólica de categorizaciones de peligrosidad/delincuencia sobre determinados jóvenes del barrio. Me preocupé por no esencializar las trayectorias y posiciones de los jóvenes e indiqué insistentemente la inscripción de sus recorridos en una trama de relaciones que articula a actores sociales con institucionales, ocupándome de señalar como ese proceso social/institucional de producción de un joven como "criminal" se cristaliza inicialmente en una "versión policial" (Pita 2010)[509], lo que luego influye notoriamente sobre las actuaciones que se desarrollan en el ámbito policial como posteriormente en la justicia penal.

He realizado trabajo de campo entre 2016 y 2018, lo que implicó un permanente ir y venir entre distintos ámbitos espaciales: del barrial al policial, de allí al judicial y nuevamente al barrial una y otra vez. Esto demandaba un constante traslado de escenario, para lo cual fue necesario elaborar una etnografía "multiespacial" a partir de "seguir el conflicto" (Marcus, 2011:121)[510] de esos jóvenes varones que eran denunciados como responsables de delitos "contra la propiedad" (hurtos y robos).

Inscrita en esta investigación, me concentraré en la "fase judicial" de esos recorridos, para dirigir mi atención al funcionamiento de la justicia penal en relación con delitos contra la propiedad imputados a jóvenes incluidos dentro del régimen penal juvenil. En particular, me interesa describir y analizar las relaciones de articulación, tensión y disputa entre los diferentes modos de imposición de sanciones y el control/supervisión sobre las conductas juveniles que ejecutan los denominados Juzgados de Garantías, por una parte, y la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas del Poder Judicial, por la otra.

Comprendo que este tipo de estudios sociales, pueden dialogar y complementarse con los estudios jurídicos que se han elaborado en el ámbito penal juvenil (Beloff, 2004, 2016; Freedman, 2005; Costa Saraiva, 2007; entre otros)[511] en tanto el abordaje antropológico micro-social permite producir descripciones detalladas y análisis ri-

509 Pita, María Victoria (2010) *Formas de vivir, formas de morir. El activismo contra la violencia policial*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

510 Marcus, George (2011) "Etnografía en/del sistema mundo. El surgimiento de la etnografía multilocal". *Alteridades*, Vol. 11, Núm. 22, pp.111-127.

511 Beloff, Mary (2004) *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
Beloff, Mary (2016) ¿Qué hacer con la justicia juvenil?, Buenos Aires, Ad-Hoc.

gurosos que se ocupen del impacto de las intervenciones judiciales sobre adolescentes "en conflicto con la ley penal" recuperando las perspectivas nativas tanto de agentes judiciales como de jóvenes que atraviesan con frecuencia por estas burocracias estatales.

Desde esta perspectiva teórica, el ámbito judicial puede ser concebido a partir de los trabajos realizados por María José Sarrabayrouse Olivera (2004, 2011)[512], quien analiza este campo a partir de la trama de relaciones sociales que dinamiza sus prácticas y rutinas burocráticas, lo que hace posible detener la mirada sobre esas tensiones y relaciones de articulación que acontecen hacia el interior del ámbito judicial. En esta misma línea, también Josefina Martínez (2005)[513] se ha ocupado del tema para analizar el mundo judicial examinando los procedimientos formales, las formas de trato y reglas que caracterizan a estos ámbitos concluyendo que esta forma de organización también involucra una cosmovisión jerárquica de las relaciones sociales a la vez que fija formas de vinculación rígidas y exclusivas a este tipo de burocracias. Además, ha sido de mucha utilidad también la noción de "espacio judicial" desarrollada por Leticia Barrera para pensar como este ámbito. "(…) No solo se despliega en términos materiales, sino que además se recrea en las percepciones y significados que les atribuyen sus actores" (2012: 130).[514]

Pero además del análisis de las interacciones entre agencias judiciales, la perspectiva adoptada ha permitido ubicar a la justicia penal dentro de una trama de relaciones que comprende a otros actores tanto institucionales como sociales involucrados en la problemática

---

Freedman, Diego (2005) "Funciones normativas del interés superior del niño". *Jura Gentium Rivista di filosofía del diritto internazionale e della política globale,* Volumen II, pp. 114-127

Costa Saraiva, Joao Batista (2007) "El perfil del nuevo juez de la infancia y adolescencia" en *Justicia y Derechos del Niño N° 9*. Santiago de Chile: UNICEF, pp. 233-243.

512 Sarrabayrouse Olivera, María José (2004) "La justicia penal y los universos coexistentes. Reglas universales y relaciones personales" en Tiscornia, Sofía (Comp.) Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica, Buenos Aires, Antropofagia, pp. 203-238. Sarrabayrouse Olivera, María José (2011) *Poder Judicial y Dictadura. El caso de la morgue judicial*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

513 Martínez, Josefina (2005) "Viaje a los territorios de las burocracias judiciales. Cosmovisiones jerárquicas y apropiaciones de los espacios tribunalicios" en Tiscornia Sofía y Pita María Victoria, *Derechos humanos, tribunales y policías en la Argentina y Brasil. Estudios de Antropología jurídica,* Buenos Aires, Antropofagia, pp.167-185.

514 Barrera, Leticia (2012) *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

penal juvenil, lo que he denominado como *campo penal juvenil*[515], adaptando el concepto de "campo jurídico" de Bourdieu (1976).[516]

De este modo, voy a recuperar algunas experiencias realizadas durante el trabajo de campo realizado en la justicia penal de la ciudad de Santiago del Estero.

Al analizar las trayectorias juveniles desde una perspectiva procesual (Nader, 1998; Sigaud, 2004; etc.)[517], esto ha hecho posible mirar el problema en coordenadas de significación más amplias que la gramática del expediente judicial, para indagar en el contexto socio-cultural de la conflictividad socio-penal juvenil.[518] Me interesa estudiar cuales son las características que adquiere la intervención judicial cuando "recibe" las actuaciones policiales en tanto "versiones policiales" (Pita 2010); es decir quiero explorar cuales son los reales alcances con los que cuenta la intervención judicial para mo-

515 Para abordar este problema he construido la noción de *campo penal juvenil* (Medina, 2018a, 2018b, 2018c) que me ha permitido comprender los diferentes momentos y lugares institucionales que recorren los jóvenes como parte de un mismo campo compuesto por múltiples actores, saberes y disputas de poder. El modelo bourdieano para analizar el juego de relaciones que acontecen en cada escenario posibilitó focalizar en las posiciones que los agentes ocupan en ese campo, para luego analizar las maneras en que interactúan unos con otros y cómo los traslados de escenarios reconfiguran las posibilidades de acción de cada agente: el policía en el barrio tiene un margen de acción y una lógica de funcionamiento diferente de cuando interactúa en las comisarías o cuando se posiciona como "auxiliar de la justicia" trasladando y custodiando a un joven que espera por declarar o participar de una audiencia en la burocracia judicial. A diferencia de otros planteos que incorporan la teoría de los campos para analizar un juego de relaciones entre actores principalmente estatales (Sinhoretto, 2009; Axat, 2013; Barrera,2012), en esta investigación la preocupación por considerar a los actores barriales como "agentes" de ese campo ha motivado incluir los "razonamientos prácticos" (Duff, 2015) o formas de habitus como "sentido práctico" que se construyen entre jóvenes, madres y activistas que pretenden impugnar las intervenciones policiales y las actuaciones de las fiscalías penales.

516 Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther (1976) L*a fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*, México D.F, Editores Siglo del Hombre.

517 Nader, Laura (1990) [1998] *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca.* Oaxaca: Instituto Oaxaqueño de las Culturas, Fondo Estatal para la Cultura y las Artes. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. Sigaud, Lygia (2004) "Armadilhas da honra e do perdão: usos sociais do direito na mata pernambucana". *Mana*, 10 (1), 131-163.

518 El intento por recuperar el contexto sociocultural y la trama de relaciones en la que se construyen los procesos judiciales junto a la consideración de las posiciones de poder diferenciadas que posee cada agente, puede ser entendido como una amalgama entre los paradigmas "procesual", encarnado principalmente por Laura Nader desde 1950, y el paradigma del "poder y la historia", que atravesó los debates en la antropología jurídica desde 1980 en adelante (Sierra y Chenaut, 2002). En efecto, estas autoras caracterizan a este segundo paradigma como aquel que pretendió dar cuenta de cómo los "diferenciales de poder dan forma al despliegue normativo y legitiman determinados modelos y prácticas culturales a expensas de otras" (Sierra y Chenaut, 2002: 138).

rigerar las clasificaciones /categorizaciones con las que los jóvenes llegan a este escenario burocrático, marcado por las interacciones entre policías y fiscales en tanto actuaciones previas a las audiencias judiciales. En este ámbito de interacciones, no solo cobrarán sentido las prácticas y concepciones de jueces, fiscales, defensores en tanto actores típicos del mundo judicial, también podrá apreciarse la relevancia de la denominada OMAS.

Para que se comprendan las descripciones y análisis que pretendo elaborar, es preciso que previamente describa con mayor detalle el contexto institucional y normativo en el que se inserta este trabajo.

2. Contexto institucional: jueces de adultos con competencia penal juvenil

Este artículo se inserta dentro un contexto institucional judicial caracterizado por la modificación de un régimen procesal penal de tipo "inquisitivo" y su reemplazo formal por otro de tipo "adversarial" instaurado con la ley provincial N° 6941. Este sistema adversarial, también llamado "acusatorio", implicó una renovación en la delimitación de los roles de los actores institucionales que intervienen en un proceso penal. El sistema actual separa la doble función del juez instructor (investigar y juzgar) para depositar el peso de la investigación en el Ministerio Público Fiscal y el juez pasa a llamarse "juez de garantías" con la única función del juzgamiento y control de garantías en esta primer etapa que ahora se denomina "investigación penal preparatoria".

Dentro de la burocracia judicial local, esta tesis se limita a los juzgados de garantías (ex juzgados criminales y correccionales de instrucción) ubicados en la jurisdicción de la ciudad capital de Santiago del Estero (5 juzgados en total). Cabe hacer notar que, pese a la declarada exigencia que involucra la vigencia del llamado "principio de especialidad", (Beloff, 2007)[519] el cual demanda que existan estructuras institucionales específicas para "adolescentes en conflicto con la ley penal", en esta provincia la responsabilidad penal por los delitos cometidos por adolescentes es juzgada por los mismos juzgados que intervienen con relación a adultos. Es decir, se trata de tribunales ordinarios que tienen competencia en todo tipo de causas por delitos comunes sin distinción de la edad de los imputados, por

519 Beloff, Mary (2007) "¿Son posibles mejores prácticas en la justicia juvenil?" en *Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño. Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil,* Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, SENAF y UNICEF, pp. 31/40.

lo que no se trata de los llamados "Juzgados de Menores"[520] o en su versión actualizada "Juzgados Penales Juveniles o de Responsabilidad Penal Juvenil".

En esta investigación he intentado dar cuenta de cómo los "jueces de garantías", también ejercitan funciones que no se consideran como típicas de la "competencia penal". Es decir, no solo se ocupan de las infracciones penales cometidas por adolescentes, sino que además se encargan de otro tipo de asuntos y cuestiones relativas a las vidas de los jóvenes que han sido interpretadas dentro de la idea de la función "tutelar" (Villalta 2013)[521] de la justicia penal de jóvenes.

En este ámbito, aparentemente renovado por la reforma procesal penal mencionada, la indagación etnográfica se encuentra con múltiples posibilidades para observar la dimensión escénica de la actuación judicial (Kaufman 1987)[522] ya que numerosos "actos procesales" que antes se registraban/materializaban en un expediente, ahora se llevan a cabo en el formato de audiencias orales con presencia de las partes.

No es que lo escrito se haya extinguido, sino que, en tanto manifestación documental de las burocracias judiciales, recibe otra denominación. Hoy ya no se habla de "expedientes" sino de "legajos". El "legajo" hoy no tiene un modo de confección muy diferente al expediente con relación al origen de la información que contiene (si pensamos en el circuito de alimentación entre lo policial y lo judicial o los expedientes que no tienen actuaciones policiales previas). Por su parte, tampoco son muy distintos los diferentes recursos discursivos con los que la jerga jurídica va organizando sus "fojas" ni la lógica que "dota a los hechos del conflicto de una gramática especializada" (Martínez, 2004:5)[523] en virtud de la cual el rol de los funcionarios judiciales como depositarios finales de ese saber jurídico sigue prevaleciendo.

---

520 En la provincia de Santiago del Estero, los denominados "juzgado de menores" fueron abolidos con la sanción de la ley provincial 6915 de protección integral de la infancia y adolescencia, reservando su "competencia penal" a los juzgados criminales de instrucción (hoy Juzgado de Garantías) y sus atribuciones denominadas como "asistenciales y de familia" quedaron a cargo de la Subsecretaria de Niñez, Adolescencia y Familia, creada bajo la órbita del Poder Ejecutivo.

521 Villalta, Carla (2013) "Un campo de investigación: las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina". Revista Civitas, Porto Alegre, Vol. 13, Núm. 2, pp. 245-268.

522 Kaufman, Esther (1987) Un ritual jurídico: el juicio a los ex comandantes. Tesis de Maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Buenos Aires, FLACSO.

523 Martinez, Josefina (2004) "Expedientes". Sistemas judiciales-CEJA & INECIP.

El cambio de denominación parece más bien ajustarse a la modificación estructural de los sistemas procesales por los que se persigue un delito, en donde el expediente refiere a la tradición escriturista y el legajo a la oralidad que el sistema adversarial pretende instaurar. Si bien puede decirse que la escriturismo ha perdido terreno en manos de la oralidad, lo cierto es que aún perdura una alta burocratización en la idea del legajo máxime considerando que sigue siendo principalmente alimentado por lo que produce el saber policial. Y así, se llega a las audiencias de conversión con "paquetitos atados" (Eilbaum 2008:54)[524], producto de las versiones producidas entre la policía y la investigación preliminar llevada adelante por las fiscalías.

En siguientes líneas intentare elaborar algunas reflexiones para dar cuenta de cómo esos "paquetitos atados" en donde constan las versiones policiales influyen en el devenir de la actuación judicial, generando decisiones que operan como dispositivos que no solo determinan el marco de acción de los sujetos sociales que interactúan en un proceso judicial, sino que además producen una verdad que se proyecta sobre las realidades de esos sujetos.

Para eso, voy a referirme a las denominadas "audiencias de conversión" en tanto primer acto procesal de tipo ritual que desemboca con la toma de una decisión judicial de este tipo.

3. Acerca de las decisiones que se toman en las "audiencias de conversión"

En el plano personal, esta investigación ha sido elaborada desde la condición dual descripta por Leticia Barrera como "investigador nativo" (2012:32)[525]: en tanto etnógrafo y en tanto abogado haciendo de un trabajo "legal" el trabajo de campo de una investigación antropológica. En el ámbito judicial, constituirme como una suerte de "investigador nativo" ha representado una serie de ventajas que aseguraron la factibilidad de la investigación. Esto me ha permitido hacer uso de un cúmulo de relaciones previas con actores judiciales de diferente rango que hicieron factible el acceso al campo, en tanto me facilitaron la posibilidad de contar con instancias privilegiadas de observación participante, acceder a documentos judiciales, tales como legajos, resoluciones, acordadas, reglamentos de funciona-

524 Eilbaum, Lucia (2008) *Los casos de policía en la justicia federal de la ciudad de Buenos Aires: el pez por la boca muere,* Buenos Aires, Antropofagia.

525 Barrera, Leticia (2012) *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

miento interno, así como mantener distintas entrevistas y conversaciones informales. Se trató, de una aparente ventaja en la pesquisa, que tuvo como contracara el hecho de que en diferentes instancias del trabajo de campo haya tenido que dar razones claras de cómo había reposicionado mi lugar en el campo en tanto en el "ámbito de la administración judicial, no es sencillo mantener abiertamente una posición diferente a la estandarizada" (Pradel, 2017:20).[526]

Posicionado de este lugar, la exploración de las trayectorias juveniles en el mundo judicial ha estado orientada analíticamente por la noción de *recorridos frecuentes*. Esta noción me ha permitido dar cuenta de manera dinámica cómo acontecen las interacciones entre estos los escenarios barriales, policiales y judiciales, en tanto las características del paso de los jóvenes por uno de estos ámbitos no pueden comprenderse de manera disociada de su tránsito por los otros. Con esta noción, he buscado recuperar la trama barrial y con ello dar cuenta de las interacciones que ocurren en el barrio en tanto contexto social que antecede y hace posible el ingreso de los jóvenes en el circuito policial/judicial.

Una vez insertado en la fase judicial de estos recorridos, me he ocupado en un primer momento de una instancia clave de la producción institucional de un sujeto juvenil como "peligroso/delincuente", que como ya lo indiqué, está constituido por las "audiencias de conversión". En efecto, luego de la intervención policial que priva de libertad a un adolescente, las audiencias de conversión se presentan como la primera instancia judicial formal en donde los jueces de garantías deben decidir si "convierten" esa privación de libertad en una "detención" de acuerdo con los parámetros de la ley procesal penal local, o bien si dictaminan la libertad del joven bajo condición de cumplir con determinadas medidas "alternativas" que son controladas y supervisadas por la OMAS, como segundo escenario judicial de relevancia.

Como se sabe, los jueces que intervienen en estas audiencias actúan en el marco de la etapa de "investigación preparatoria" del proceso penal, por lo que solo pueden discernir si se han respetado o no las garantías procesales que se deben seguir en estos procesos. Los juicios de valor de estos jueces "acercan o alejan" los denunciados a la etapa de "juicio oral", pero nunca determinan si tienen efectiva responsabilidad penal (ni condenan ni absuelven) por el hecho

526 Pradel, Eliana (2017) Una aproximación a representaciones e interacciones entre jóvenes en situación de detención y operadores judiciales en la ciudad de Villa Mercedes, San Luis, Argentina. Tesis de Maestría en Criminología y Sociología Jurídico-Penal. Barcelona: Universitat de Barcelona.

delictivo denunciado. Esto último, es una facultad exclusiva de los jueces del juicio oral. Y esto, aunque parezca elemental desde una perspectiva procesal penal, desde el análisis antropológico permite elaborar otras reflexiones. Es decir, siendo que los jueces de garantía no poseen competencia especifica penal juvenil que les permita seguir el derrotero de estos jóvenes y por ende funcionan de manera desconectada entre sí, devienen en actores estatales de notable peso simbólico dirigiendo procesos de veridicción en sentido foucaultiano, para producir verdades jurídicas provisorias sobre las conductas de los jóvenes. Empero, estas verdades jurídicas provisorias al repetirse una y otra vez terminan acumulándose unas sobre otras y con ello sedimentando las categorizaciones/calificaciones policiales que se construyen sobre los jóvenes.

Las primeras conclusiones que arroja el análisis del material empírico recabado, evidencia que las audiencias judiciales realizadas bajo este formato por lo general se apoyan mayoritariamente en lo que se ha establecido en la "versión policial" de los hechos penales que involucran a adolescentes. Esto, por caso, es explicitado inclusivo de manera abierta al iniciarse formalmente una audiencia de conversión con la lectura de una parte policial inserto dentro del texto elaborado por las fiscalías penales, lo que inclusive, controvierte la supuesta oralidad que pregona el sistema adversarial y actualiza una y otra vez la dependencia de las actuaciones policiales.

Las conclusiones elaboradas en relación con las intervenciones judiciales en este ámbito, permiten corroborar que pese a las buenas intenciones de algunos actores judiciales, los márgenes de acción de los jueces de garantías, y, en muchos casos, su vocación de interiorizarse por la situación social de muchos adolescentes privados de libertad, no logran moderar un tipo de intervención donde por lo general reafirman una categorización barrial y policial ya impuesta a un joven. Esto se vincula con la cuestión de "como llegan los jueces a las audiencias de conversión". En efecto, en las diferentes entrevistas mantenidas con jueces y juezas, sostienen que el sistema de la oralidad no les permite conocer ningún detalle de la investigación preliminar hasta que llegan a las audiencias, al punto que la propia reglamentación legal establece que las declaraciones indagatorias se toman en sede del Ministerio Público Fiscal. Afirman que deben llegar sin ningún conocimiento de todo lo que ha acontecido de manera previa a las audiencias. Se trata, de alguna forma, de presentarse casi "ciegos" al momento central de la oralidad en el proceso tal como está concebido. Esta sería una primera forma de "ceguera", que repo-

sa en un fundamento normativo específico de acuerdo con la actual distribución de funciones del régimen penal local en el que no tienen a su cargo la investigación del hecho delictivo que se denuncia.

El punto, que aquí interesa prestar atención, es que esta "ceguera", en relación con los *recorridos frecuentes* de jóvenes tiene, según los jueces, un efecto doble, por cuanto se extiende también al devenir de las audiencias: los jueces dictan medidas "para evitar" que los jóvenes sigan en condición de encierro y luego también son "ciegos" con respecto al resultado de sus decisiones. En efecto, disponen "medidas alternativas", traducidas en determinadas pautas de conductas y actos a cumplir por los jóvenes ya en condición de libertad, pero que luego no pueden controlar, y no tienen información si es que han sido cumplidas, ni pueden evaluar las dificultades fácticas que se presentan para que los jóvenes las cumplan, etc.

El problema que se presenta es que en la mayoría de las trayectorias juveniles los procesos judiciales suelen repetirse una y otra vez con lo cual las etapas "post-decisión judicial" de medidas alternativas se superponen con la investigación de un supuesto nuevo hecho. Mientras los jóvenes son investigados por nuevos delitos, y en muchos casos esto implica permanecer encerrado en una comisaría, sincrónicamente deben cumplir con medidas alternativas que se les ha impuesto en una audiencia de conversión ya celebrada con anterioridad. Y así, es habitual que toda esa trama de los recorridos, anterior y posterior a una audiencia, se mantiene velada a la perspectiva de los jueces.

Con esto, he intentado evidenciar como análisis del movimiento de los jóvenes por el ámbito judicial ha sido de utilidad para identificar como circula el saber empírico policial reconfigurado como saber judicial, para producir/reafirmar las categorizaciones negativas que pesan sobre los jóvenes. Es decir para verdades jurídicas en tanto resultado final de una administración estatal de conflictos que produce sujetos, los jóvenes, pasibles de ser abordados por estas burocracias.

4. La intervención de la OMAS

Una segunda instancia de las intervenciones judiciales sobre jóvenes señalados como responsables de delitos contra la propiedad, tiene lugar por lo general en la OMAS. Como lo señalé, las características de la intervención judicial descriptas dificultan cum-

plir con un "seguimiento" de las medidas[527] impuestas sobre jóvenes, así como de las propias trayectorias delictivas que experimentan. En las entrevistas, tanto los anteriores jueces de "instrucción" como los actuales jueces de "garantías" han expresado sus limitaciones para "seguir" la trayectoria de jóvenes que han ingresado bajo su órbita y luego lo hacen en la de otro juez y así sucesivamente hasta "perderles el rastro".

El análisis de las intervenciones de la OMAS, también exige detener la mirada en las consecuencias que nuevamente puede acarrear la falta de "especialización" de los órganos judiciales intervinientes, lo que paradójicamente se ha agravado con la implementación del sistema adversarial. Se trata de la forma en que se ejecuta el llamado "tratamiento tutelar"[528] previsto por el régimen penal juvenil vigente.

527 A esta altura se impone elaborar algunas aclaraciones en relación con estas medidas. Las denominadas "medidas alternativas" que se aplican, en rigor consistieron en pautas de conducta que debían ser cumplidas en un "tratamiento tutelar" y funcionaron como "condiciones" para la liberación de los jóvenes, quienes se hallaban detenidos en comisarías. No se trata precisamente de las "medidas alternativas" promovidas desde la tendencia moderna de la llamada "justicia restaurativa". Es decir, como medidas que se proponen eludir el sistema penal a través de soluciones que impliquen una administración del conflicto por fuera de la burocracia judicial o bien que signifiquen modos anticipados de terminar el proceso (Beloff, 2007). Por el contrario, los casos estudiados han permitido dar cuenta de cómo el significado de las "medidas alternativas" toma sentidos diversos según el contexto y la trama de actores institucionales que las ejecutan, y que, en algunos casos, su propia implementación puede ocasionar una nueva aplicación selectiva de una decisión judicial, que para decidir si una persona sale de su condición de encierro evalúa las "condiciones familiares" como requisito. En este sentido, se ha dicho que "…como hemos visto en el análisis de las formas en que se implementan las medidas alternativas, en algunos casos estas pueden contribuir a recrear por otros medios la selectividad del sistema penal, ya que las medidas alternativas serán aplicadas a los adolescentes que tengan familia, escolaridad, y que no estén comprometidos con el consumo de sustancias ilícitas" (Villalta, Graziano, Gesteira, Grinberg, & Fernández Tuñón, 2017). Para profundizar respecto a cómo las decisiones judiciales de este ámbito penal se hallan particularmente atravesadas por valoraciones morales sobre las "familias" y el "afuera" de los jóvenes se recomienda consultar el trabajo titulado "Entre inercias burocráticas y evaluaciones sobre las familias: adolescentes privados de libertad en Buenos Aires, Argentina", de Medan, Marina; Villalta, Carla y Llobet, Valeria y publicado en la Revista "Estudios Socio-Jurídicos," 21(1), Universidad del Rosario, Bogotá, 2019, 293-326.

528 En el decreto ley 22.278, conocido como "Régimen Penal de la Minoridad", establece que, ante la denuncia de un delito, el juez pasa a ser representante y responsable del menor y así ejerce sobre el adolescente la denominada "disposición tutelar". Esta medida puede implicar tanto el encierro, como el regreso a su casa con seguimiento del juzgado. Se trata de una "especie de custodia que ejerce el juez. Cuando se "dispone" a un niño y/o joven se restringe la "patria potestad" que hasta ese momento les correspondía a los padres, y el juez pasa a ocupar el lugar de responsable del menor" (Villalta, 2004: 290). Durante la vigencia de los juzgados de instrucción penal, la práctica judicial de Sgo. Del Estero indicaba que el "tratamiento tutelar" se realizaba, en muchos casos, en el mismo expediente en donde se sustanciaban las actuaciones penales de la causa, es decir las que tenían que

Con la vigencia de la figura del "juez de instrucción", los límites y alcances de las facultades para llevar adelante este tratamiento estaban claros en la medida que recaían sobre su figura. Con esa situación, el seguimiento del joven mientras la causa se instruía en su "turno" le correspondía al juez interviniente.

Con el cambio de sistema procesal la función de seguimiento de medidas impuestas por los "jueces de garantías" en el marco de un tratamiento tutelar recayó en la OMAS como dependencia específica creada a esos fines dentro del poder judicial y ubicada en el mismo edificio en donde los jóvenes concurren a participar de las audiencias y otros actos procesales.

El recorrido de los jóvenes por esta oficina se transforma en una práctica acostumbrada dentro del *campo penal juvenil* local, que puede revelar como los sentidos y valores que se ponen en juego por los operadores judiciales que deciden (jueces) y supervisan/evalúan (en su mayoría trabajadores sociales) las medidas alternativas se imbrica con categorías locales y rutinas institucionales de larga duración, así como con construcciones de sentidos sobre la peligrosidad/anormalidad de los jóvenes y sus familias.

Una de las cuestiones relevantes que se presenta en relación con el seguimiento de las medidas, es la discusión con respecto a qué es lo que ocurre cuando los jóvenes no cumplen con las medidas tutelares impuestas por los jueces: ¿Deben ser informadas por la OMAS a los jueces que las han decidido o al Ministerio Público Fiscal que conserva el "ejercicio de la acción pública" y se presenta como el principal interesado en la continuidad de una medida restrictiva impuesta?

En una entrevista, una jueza aludía a este factor como un nuevo obstáculo para llevar adelante el seguimiento de "los chicos":

> "Intento hablar siempre con sus familias, involucrarme con cada caso, hacer un seguimiento, pero si la OMAS notifica al Ministerio Público Fiscal

ver con la comprobación de los hechos delictivos. No obstante, algunos jueces optaban por separar y adjuntar el "tratamiento" bajo la forma de un "incidente por cuerda separada", es decir un complemento del expediente principal que tiene tramitación autónoma y luego se incorpora a este. Finalmente, esta separación de funciones judiciales entre la investigación del hecho delictivo denunciado, y el tratamiento tutelar por el otro, se explicita con mayor nitidez en aquellos diseños institucionales que han separado las funciones creando dependencias judiciales específicas para estos fines. En este sentido, se inscribe el trabajo de (Graziano 2017) quien elabora su investigación en una "Secretaria Tutelar" de un Juzgado de Menores de la ciudad de Buenos Aires.

y a mí no, no tengo como saber qué pasa con las medidas que yo misma he dictado".[529]

En esa misma entrevista hizo referencia a que la propia directora de la OMAS sostuvo frente a algunos jueces que "No tenía por qué notificar los incumplimientos al juzgado sino a las fiscalías intervinientes". Las dificultades referidas implican, en los hechos, que el "tratamiento tutelar" solo pueda ser controlado de manera muy limitada o casi nula por los jueces que dictan las medidas. En este reparto de roles, dado que parte del "control" de las medidas solo recae en el Ministerio Público Fiscal, esto genera que el seguimiento de las causas de los jóvenes solo sea mirado, desde esta perspectiva, en su faz "negativa" o de incumplimiento. Es decir, si el joven cumple con las medidas por lo general el juez no es notificado. Y si el joven no cumple con las medidas impuestas, tampoco se notifica al juez que decidió esas medidas, sino que solo se informa al Ministerio Público Fiscal para que reactive la investigación y probablemente pida que el joven sea nuevamente privado de libertad.

Así, la continuidad del trayecto de un joven que ha egresado con una medida alternativa solo parece interesar en la medida en que nuevamente esa persona sea pasible de una intervención institucional que determine un nuevo encierro. Todo otro aspecto referido a una decisión judicial que ordenó cumplir con un tratamiento por adicciones, recuperar la escolaridad o realizar "trabajo comunitario", queda sin ser notificado al juez que decidió la medida.

Si los jueces que disponen las medidas no pueden controlarlas porque dicha función recae en la OMAS y esta solo notifica de las vicisitudes de estas medidas al Ministerio Público Fiscal, la pregunta que surge es: ¿qué rol cabe en todo este entramado al Ministerio Público de la Defensa? Tratándose de un delito "leve" como los que caracterizan a las trayectorias aquí analizadas, no se advierte que la defensa pública tenga algún rol en el seguimiento de estas medidas, es decir que ni siquiera son informados de las vicisitudes que puedan presentarse durante la ejecución de esas medidas. Solo será notificado en caso de que se constate el incumplimiento de una medida y en esa situación la fiscalía haya pedido una nueva audiencia para solicitar la detención del joven. Por lo tanto, en los hechos puede ocurrir que durante el desarrollo de las medidas alternativas los jóvenes se quedan sin defensa técnica y material.[530]

529 Extracto de diario de campo de entrevista con jueza Mercedes, de fecha 12/5/2018.

530 Estas conclusiones han sido obtenidas a partir de análisis del rol de la defensa en los casos de delitos contra la propiedad cometidos por jóvenes, lo que no alcanza, claro está a

Todo este proceso de toma de decisiones institucionales se materializa en una serie de medidas que la OMAS debe hacer cumplir y frente a las cuales se topa con un sinfín de dificultades de distinto orden. El control y supervisión de estas medidas pone con relación a la OMAS con un conjunto de instituciones de variada índole lo que permite identificar un campo compuesto por una gran cantidad de actores, posiciones y relaciones sociales entabladas a propósito del cumplimiento de estas. Para ejecutar sus funciones, los operadores de esta oficina deben ponerse en contacto con instituciones provinciales y nacionales del ámbito del consumo problemático de estupefacientes, con organismos provinciales de protección de derechos de la infancia y adolescencia (Subsecretaría de Niñez y Adolescencia), establecimientos escolares donde los jóvenes deben retomar con sus estudios, la policía, actores y organizaciones de la sociedad civil y barriales, etc. De esa forma, las intervenciones de las trabajadoras sociales que forman juicios de valor sobre los jóvenes están directamente ligadas a una serie de recursos (tales como programas de reinserción escolar o instituciones públicas o privadas donde los jóvenes además de desintoxicarse puedan efectivamente internarse para escapar de un cuadro de adicciones, etc.) que se presentan con muy baja disponibilidad en la provincia[531], lo que depara escasos resultados de cumplimiento de las medidas impuestas por los jueces.

"Hacemos lo que podemos", es una frase que se reitera en la OMAS. Empero, dentro del renovado sistema procesal penal también es un relato que ha sido reproducido en numerosas ocasiones por las propias juezas entrevistadas: "Hacemos lo que podemos, pero los jóvenes ya vienen criminalizados por la policía…y bueno… entendemos bien que muchas veces tienen un problema de salud, necesitan trabajar sus adicciones y que la justicia penal en esto no

---

otro tipo de delitos de mayor gravedad.

531 Esta cuestión ha sido advertida en el informe titulado como "Justicia Juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad y alternativas al proceso judicial en Argentina" elaborado por UNICEF, en donde se indica como una circunstancia que acontece en numerosas provincias y entre ellas se incluye de manera específica a Santiago del Estero: "Complementariamente, la falta de dispositivos específicos y de recursos materiales y humanos capacitados ha sido señalada reiteradamente en diferentes localidades como una de las mayores dificultades a la hora de aplicar medidas alternativas. A ello se adiciona que la falta de recursos del Poder Ejecutivo limita en distintas provincias la instrumentación de medidas alternativas al proceso penal, ya que se carece de recursos de acompañamiento y/o de profesionales formados que puedan dedicarse a realizar un seguimiento de las probation, por ejemplo, o a articular instancias de diálogo y mediación de conflictos. Esta situación ha sido referida tanto en la provincia de Corrientes, como en Entre Ríos, Misiones, Santiago del Estero, Jujuy, Santa Cruz y San Luis, entre otras" (UNICEF, 2018: 35).

ayuda", me decía una de las juezas entrevistadas.[532] Un testimonio que puede ser enlazado con el de uno de los activistas entrevistados quien sostiene que las fiscalías son "empleadas" de la policía y todo ya viene "cocinado" desde antes.

Pese a todo esto, la actuación tanto de los jueces, como de las operadoras sociales de la OMAS parece solo explorar por la superficie del conflicto y justificarse bajo la repetida expresión de "hacemos lo que podemos". Y así, la profundidad de esta trama social de los jóvenes cuyos recorridos frecuentes los llevan una y otra vez por la burocracia judicial, se mantiene opaca a los procesos de toma de decisiones que en el escenario judicial acontecen.

5. A modo de cierre

En este trabajo, he ejercitado una perspectiva etnográfica sobre las particularidades que adquiere este campo estatal en particular para centrarme en las tensiones que cotidianamente acontecen en este ámbito así como en las interacciones que se verifican entre los agentes judiciales y adolescentes "en conflicto con la ley penal" quienes son construidos como objetos de intervención para así "complejizar nuestra mirada sobre las formas que actualmente, y en contextos específicos, asumen las técnicas de gestión de la infancia pobre y de sus familias" (Villalta, 2013: 262).[533]

He elaborado algunas conclusiones sobre las características de intervenciones judiciales de dos organismos, en un proceso que he comprendido como el estudio de la "reafirmación" o consolidación simbólica de un sujeto "criminal" producido por las interacciones que preceden a la llegada a la burocracia judicial. Esta afirmación parte de dos fundamentos identificados a partir del desarrollo del trabajo de campo. Por una parte, por el hecho constatado de que son las interacciones en el barrio y las comisarías, previas a la intervención judicial, las que producen a sujetos como pasibles de la intervención de las burocracias estatales del sistema penal. Y sucesivamente, que la intervención inicial del Ministerio Público Fiscal luego del período policial "exclusivo" desarrollado en un "cuarto nivel de justicia" (Sinhoretto 2009)[534] tampoco ha logrado contrarrestar el proceso de

532 Extracto de diario de campo de entrevista con jueza Florencia de fecha 12/4/2018.

533 Villalta, Carla (2013) "Un campo de investigación: las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina". Revista Civitas, Porto Alegre, Vol. 13, Núm. 2, pp. 245-268.

534 Sinhoretto, Jaquelinne (2009) "Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça". Anuario Antropológico, (2), pp. 109-123.

producción de estos sujetos, sino que por el contrario en muchos casos sus intervenciones han reforzado las actuaciones policiales en el barrio.

En ese contexto, la realización de "audiencias de conversión" y la incorporación con la reforma procesal penal del "Juez de Garantías", encaminadas a "asegurar el derecho de defensa del imputado" pareciera que solo pueden funcionar como mera confirmación de un proceso de producción de un sujeto ya acontecido. Estas conclusiones no se dirigen a relativizar la responsabilidad social de "jueces de garantía" en la validación de determinadas formas de hacer policial sobre jóvenes. En lugar de ello, se orientan a relacionar su rol no solo con el espacio social en donde interactúan sino también con la trama de poder que entre fiscales y policías se desarrolla de modo previo a sus intervenciones. Una trama que, en muchos casos, condiciona los rumbos de acción posible de la actuación judicial.

La inclusión del análisis de las interacciones en la OMAS se dirigió a mostrar cómo a las decisiones judiciales ocurridas en las "audiencias de conversión" le sigue una nueva etapa de interacciones, requisitos y medidas, en donde se actualizan las disputas entre policías, fiscales, jueces, jóvenes y sus madres. En este escenario específico del ámbito judicial, una de las más notorias cuestiones ha sido evidenciar cómo los procesos penales contra los jóvenes se suceden, acumulan y superponen uno tras otro. También se observa que existe una desordenada delimitación de roles entre jueces que disponen medidas a controlar por la OMAS y fiscales que propugnan por nuevas detenciones de jóvenes que están cumpliendo una medida alternativa.

Finalmente, este trabajo empírico pretende contribuir al proceso de transformaciones y reformas que se orientan a adecuar la justicia juvenil a estándares de derechos humanos en un contexto marcado por el crecimiento progresivo de discursos punitivistas que nos obligan a redoblar los esfuerzos tanto en el campo académico como en el ámbito del diseño y ejecución de intervenciones estatales. En este sentido, los enfoques antropológicos sobre el funcionamiento de la justicia penal juvenil, o como en el caso de estudio, de jueces de adultos con competencia penal juvenil, se proponen iluminar aquellas tramas de relaciones que incluyen procesos de negociación, disputas, tensiones y articulaciones entre actores de carne y hueso, que en muchos casos ejecutan rutinas y prácticas burocráticas desde concepciones y lógicas de acción muy diferentes a las aspiraciones normativas en materia de derechos humanos en el ámbito penal ju-

venil. Lejos de considerar a estas prácticas y rutinas como los grandes impedimentos para la consecución de las transformaciones institucionales, creemos que este análisis permite reconceptualizarlas como verdaderos datos etnográficos que permiten comprender en profundidad cómo funcionan las instituciones penales.

6. Bibliografía consultada

Axat, Julio. *Una voz no menor. Apuntes etnográficos sobre la justicia penal juvenil.* La Plata: Tesis de Maestría en Ciencias Sociales, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de la Plata, 2013.

Barrera, Leticia. *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial.* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012.

Beloff, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires: Editores del Puerto.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

_____"¿Son posibles mejores prácticas en la justicia juvenil?". En *Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño*. Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil, de SENAF y UNICEF Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 31-40. Buenos Aires: UNICEF, 2007.

_____ *¿Qué hacer con la justicia juvenil?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016.

Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther. *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico.* Mexico D.F, Editores Siglo del Hombre, 1976.

Costa Saraiva, Joao Batista. «El perfil del nuevo juez de la infancia y adolescencia» *Justicia y Derechos del Niño N°9. Santiago de Chile, UNICEF*, 2007: pp. 233-243.

Cozzi, Maria Eugenia. *De ladrones a narcos. Violencias, delitos y busquedas de reconocimiento en tres generaciones de jóvenes en un barrio popular de la ciudad de Rosario.*Buenos Aires: tesis de Doctorado en Antropología Social, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 2018.

Duff, Antony. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad.* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

Eilbaum, Lucía. *Los casos de policia en la justicia federal de la ciudad de Buenos Aires: el pez por la boca muere.* Buenos Aires, Antropofagia, 2008.

Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas.* Barcelona, Gedisa, 2001.

Freedman, Diego. "Funciones normativas del interés superior del niño". *Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, Volumen II*, 2005: pp. 114-127.

Graziano, Florencia. *Pequeños juicios. Moralidades y derechos en la administración judicial para menores en la ciudad de Buenos Aires.* Buenos Aires, Antropofagia, 2017.

Josefina, Martinez. "Viaje a los territorios de las burocracias judiciales.Cosmovisiones jerárquicas y apropiaciones de los espacios tribunalicios". En *Derechos humanos, tribunales y policias en Argentina y Brasil. Estu-*

dios de Antropología jurídica, de En Tiscornia Sofia y Pita Maria Victoria (comp.), pp.167-185. Buenos Aires, Antropofagia, 2005.

Kaufman, Esther. *Un ritual jurídico: el juicio a los ex comandantes. Tesis de Maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales,* Buenos Aires, FLACSO, 1987.

Marcus, George. "Etnografía en/del sistema mundo. El surgimiento de la etnografía multilocal". *Alteridades, Vol. 11, Núm. 22*, 2011: pp. 111-127.

Martinez, Josefina. "Expedientes" *.Sistemas judiciales-CEJA & INECIP.*, 2004.

Medan, Marina, y Carla y Llobet, Valeria Villalta. "Entre inercias burocráticas y evaluaciones sobre las familias: adolescentes privados de libertad en Buenos Aires, Argentina" *Revista "Estudios Socio-Jurídicos," 21(1), Universidad del Rosario, Bogotà*, 2019: pp. 293-326.

Medina, Federico. "Tratamiento mediático de jóvenes y delitos en Santiago del Estero, Argentina. Un análisis contextual de la noticia en tanto discurso a partir de un estudio de casos durante el año 2014". Trazos/ Universidad Católica de Santiago del Estero, 2018a.

_____"El castigo penal y la "disposición" como categorías nativas productoras de sentidos". *Tramas/Maepova Revista del Centro de Investigaciones Sociales y Educativas del Norte Argentino de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Salta,*, 2018b: 67-83.

_____"Recorridos frecuentes. Una perspectiva etnográfica sobre las interacciones de jóvenes en el barrio, las comisarías y los tribunales de justicia en Santiago Del Estero, Argentina" *Dilemas, Revista de estudios del conflicto y el control social de la Universidad Estatal de Rio de Janeiro*, 2018c: pp. 453-473.

Nader, Laura. *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca. Instituto Oaxaqueño de las Culturas, Fondo Estatal para la Cultura y las Artes. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología S.* Oaxaca: Instituto Oaxaqueño de las Culturas, Fondo Estatal para la Cultura y las Artes. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 1998.

Pita, Maria Victoria. *Formas de vivir, formas de morir. El activismo contra la violencia policial.* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

Pradel, Eliana. *Una aproximación a representaciones e interacciones entre jóvenes en situación de detención y operadores judiciales en la ciudad de Villa Mercedes, San Luis, Argentina.Tesis de Maestría en Criminológia y Sociología Jurídico-Penal.* Barcelona: Universitat de Barcelona, 2017.

Sarrabayrouse Olivera, Marìa Jose. La justicia penal y los universos coexistentes. Reglas universales y relaciones personales. En *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*, de Sofia (Comp.) Tiscornia, pp. 203-238. Buenos Aires, Antropofagia , 2004.

_____ *Poder Judicial y Dictadura. El caso de la morgue judicial,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

Segura, Ramiro. "Elementos para una critica de la nocion de segregacion residencial-socioeconómica:desigualdades,desplazamientos e interacciones en la ciudad de La Plata". *Quid-Revista del area de estudios urbanos del Instituto Gino Germani*, 2012, Num. 16: pp. 106-132.

Sierra, Maria Teresa y Chenaut, Victoria. “Los debates recientes y actuales en la antropología juridica: las corrientes anglosajonas”. .» En *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho.*, de E. (Comp.) Krotz, PP. 113-169. Barcelona, Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2002.

Sigaud, Lygia. “Armadilhas da honra e do perdão: usos sociais do direito na mata pernambucana”.» *Mana, 10 (1)*, 2004: pp. 131-163.

Sinhoretto, Jaquelinne. “Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça”. *Anuario Antropologico*, 2009: pp. 109-123.

Villalta, Carla. “Una filantrópica posición social: los jueces en la justicia de menores”. En Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica, Equipo de Antropología Política y Jurídica, de Sofía Tiscornia (comp.), pp. 281-326. Buenos Aires, Antropofagia, 2004.

_____”Un campo de investigacion: las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina”. *Revista Civitas, Porto Alegre, Vol. 13, Núm. 2*, 2013: pp. 245-268.

Villalta, Carla, Graziano, Florencia, Gesteira, Soledad, Grinberg, Julieta, y Fernandez Tuñon, Cecilia. «“Burocracias, derechos y nuevos procedimientos: las medidas alternativas en la justicia penal juvenil”. *Ponencia presentada en VI Jornadas de Antropología Social del Centro*, 2017.

Fuentes

Informe “Justicia Juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad y alternativas al proceso judicial en Argentina” elaborado por UNICEF, septiembre de 2018.

Prácticas Profesionales Interdisciplinarias Interinstitucionales, en Red, desde la perspectiva de Derechos, en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, con enfoque Restaurativo

David Perelmuter[535] *y María Cecilia Marcone*[536]

" El sujeto de la experiencia es el que sabe enfrentar lo otro en tanto que otro y está dispuesto a perder pie, a dejarse tumbar y arrastrar por lo que le sale al encuentro: el sujeto de la experiencia está dispuesto a transformarse en una dirección desconocida".
(Larrosa Jorge, Pedagogía Profana 2000)

Lo que sigue constituye la sistematización del Proceso de Ezequiel, joven alcanzado por el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires.

1. Aspectos Procesales/Cómputo de Pena

Ezequiel fue detenido con fecha 23 de diciembre de 2012 y se dictó la medida de prisión preventiva. Con fecha 18 de febrero 2014 se dictó veredicto y sentencia mediante la cual se condenó al joven a la pena de 7 (siete) años de prisión de efectivo cumplimiento; promulgamiento que fuera apelado por la Defensa Técnica, y que luego fue parcialmente confirmada por la Sala Segunda de la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, resolutorio mediante el cual se redujo con fecha 15 de julio 2014 la pena originalmente impuesta a la de 6 (seis) años y 6 (seis) meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas del proceso. Por consecuencia de lo anteriormente detallada, la pena impuesta se cumplió el día 23 de junio 2019.

535 Defensor Oficial del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de Lomas de Zamora.

536 Trabajadora Social del CREU Lomas de Zamora .Dependiente de la Dirección Provincial de Institutos Penales/Organismo de Niñez de la Prov. De Bs.As.

2. Instituciones en el Proceso

Ezequiel ingresa el 23 de diciembre de 2012 al Centro de Recepción, Ubicación y Evaluación de Menores Lomas de Zamora, en donde permanece hasta el 26 de febrero de 2016, en ese momento y por medio de una morigeración solicitada por su Defensa, es trasladado al Centro de Contención Almirante Brown, hasta el mes de diciembre de 2018, cuando se le otorga mediante solicitud de su Defensa, la libertad asistida.

La finalización del proceso se cumplió en un domicilio de referente externo afectivo/legal, presentado en el proceso y autorizado por el Juzgado competente.

3. Diseño normativo en el Campo del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil

- Convención Internacional de Derechos del Niño
- Ley Nacional de Infancia 26061 y Decretos Reglamentarios
- Ley Provincial de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños 13298 y Decretos Reglamentarios
- Ley de la Responsabilidad Penal Juvenil 13634 y Decretos Reglamentarios
- Disposiciones Ministeriales
- Lineamientos procedimentales de la Subsecretaría de Niñez y Adolescencia
- Ley de Violencia Familiar 12569

4. Historia, evolución y actualidad

Ezequiel ingresa al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil con 17 años de edad y cumple su condena en el Creu Lomas de Zamora, Institución de carácter cerrado. En ese momento tiene el seguimiento Profesional del equipo Técnico permanente de dicha Institución. Comienza allí el camino de reflexión e internalización de las normas propio y característico de esas instancias. Si bien no contamos con acceso a los informes del legajo de ese momento, en comunicación con la psicóloga actuante del caso refiere: “Ezequiel fue un chico permeable a las indicaciones, con capacidad reflexiva, de superación personal y predispuesto al diálogo. Se observaba capacidad resiliente, y proyectaba en función de ese perfil su futuro”.

Queremos destacar la particularidad de este caso, ya que las estrategias Profesionales de intervención tuvieron que plantearse

evaluando la condena extensa, lo cual generalmente dificulta las posibilidades concretas de proyección en los jóvenes.

En la nombrada Institución, Ezequiel retoma sus estudios secundarios y, a medida que pasaba el tiempo, se consolidaba su evolución positiva, tanto en lo vincular con sus pares, como así también siendo referente para los adultos a cargo. Realizaba tareas y actividades de todo tipo, con actitud colaboradora.

Respecto al acompañamiento familiar, Ezequiel contaba con un buen marco afectivo externo, conformado por su padre, madre y hermanos, lo cual constituía como base para profundizar el trabajo intra muros respecto a los límites de tipo emocionales.

En febrero de 2016 y por presentación de su Defensor Dr. David Perelmuter, se le otorga a Ezequiel la morigeración de medida, siendo trasladado al Centro de Contención Glew, este dispositivo aloja a jóvenes varones y es de carácter abierto.

De la evaluación de ingreso en ese dispositivo se desprende de las anotaciones de la psicóloga actuante "Entiende que debe cambiar su estilo de vida y lo va a cambiar" "le gustan los Deportes, jugaba bien al fútbol. Le gustaría realizar el curso de Guardavidas; dice que se compromete a realizarlo para finalizarlo y obtener el título" (9 de marzo de 2016).

Ezequiel continuó sus estudios Secundarios en el nivel que le correspondía y los finalizó en 2017. En el año 2018 comienza el Profesorado de Educación Física en el Instituto de Formación Docente y Técnica Nº18.

La trayectoria de Ezequiel en el Centro de Contención evolucionó hacia su autonomía, transcurriendo los días entre sus estudios y sus actividades varias, también resaltamos que el joven realizaba tareas como ayudante de albañil de quien es hoy en día su referente externo. Se posicionó rápidamente como referente de sus compañeros. El joven participó también de Jornadas Educativas, viajando a distintos encuentros en comité con el área de Educación y sus pares.

En espacio de acompañamiento Psicosocial en la instancia del Centro de Contención, Ezequiel se mostraba predispuesto, reflexivo, con un claro espíritu de superación, logrando sostenerlo diariamente.

Se desprende de Informe Profesional, del último período del joven (que fue considerado como marco probatorio): "Es de destacar que su formación académica ha sido la visión que orienta su futuro. En este sentido su perseverancia y continuos deseos de superación fueron marcando este proceso de progresiva autonomía, donde la responsabilidad en su trabajo ha hecho la diferencia permitiéndole

sostener organizadamente su devenir cotidiano en lo personal, con sus pares en el Centro…" "El joven posee un alto compromiso en sus tareas y actividades".

En el mes de diciembre de 2018, se realiza articulación laboral mediante gestión de su Defensor Dr. David Perelmuter , de la Trabajadora Social del Equipo Técnico del Centro de Contención y del Director del mismo; con el Municipio de Almirante Brown, considerando la particularidad de Juan en su formación en la disciplina Deportiva .El joven firma contrato para la Escuela de Verano de dicho Municipio, como ayudante de Profesor de Educación Física, dentro de la Colonia de Vacaciones, en el área de Discapacidad.

En forma contemporánea, su Defensor presenta la solicitud de Libertad Asistida, la cual es otorgada, motivo por el cual Ezequiel comienza a residir en el domicilio de su referente legal externo, quien fuera en ese momento a su vez empleador respecto a las tareas de albañilería.

Más allá que el acompañamiento Profesional de la Trabajadora Social del Centro de Contención había finalizado en función de la modificación de la medida procesal de la causa de Ezequiel, acordamos con su Sr. Defensor Dr. David Perelmuter, la continuidad en el acompañamiento, debido al conocimiento del caso por parte de la Licenciada.

La inserción laboral de Ezequiel continuó durante todo el verano 2019, superando las expectativas de los referentes Municipales a cargo de su contratación motivo por el cual el joven, finalizado el período estival de la Colonia de Vacaciones, logra revalidar su contrato de empleo, formando parte actualmente del programa de Deportes de la Municipalidad de Almirante Brown, destacamos que fue uno de los pocos jóvenes que lograron sostener su contrato, con indicadores informados por los responsables que se enmarcan en el cumplimiento, respeto, colaboración y entrega al trabajo.

Al día de hoy, Ezequiel sostiene su contrato en el Municipio de Almirante Brown, área de Deportes, especializado en Discapacidad y Deporte adaptado, paralelamente a la continuidad de su formación académica en el Profesorado de Educación Física.

Como última articulación Profesional, destacamos que finalizando el mes de abril 2019, ya con Ezequiel egresado del Centro de Contención, se solicita al Programa Autonomía Joven de la Provincia de Buenos Aires, la inserción por excepción del joven en el programa, ya que cuando este se encontraba inserto en las Instituciones antes mencionadas , no había sido solicitada su incorporación . Este

programa tiene limitación de edad hasta los 21 años y, al momento de ingresar como Trabajadora Social del dispositivo y solicitar la inclusión en noviembre de 2019, fue rechazada por ese motivo. Mediante articulación con su Defensor David Perelmuter, los responsables del programa, autoridades de la Secretaría de la Niñez y adolescencia y el Equipo Técnico del Centro de Contención, se obtiene la excepción, evaluando las partes la lógica óptima de inserción integral que se viene realizando con el joven.

5. Apreciaciones profesionales a modo de conclusión

Intentamos en esta presentación dar cuenta de nuestras prácticas con enfoque a la restitución de derechos, en el ámbito de la Responsabilidad Penal Juvenil. Creemos de vital importancia el compartir las experiencias de trabajo, con el objetivo de poder ponerlas en cuestión, problematizarlas y evaluar resultados, desde la reflexibilidad Profesional.

En estas instancias, consideramos relevante citar dos de los artículos iníciales de la Ley 13634, que guía nuestra intervención desde un enfoque de Derechos:

ARTÍCULO 6.- El niño al que se atribuya haber infringido leyes penales o se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y 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, la importancia de promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad.

ARTÍCULO 7.- 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 aun cuando sea provisional tendrá carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada.

Nuestras prácticas diarias transcurren en contextos adversos, donde la subjetividad de los jóvenes se encuentra en estado de fuerte vulneración, junto a diversos factores históricos, sociales y culturales de igual característica; consideramos entonces que es de carácter fundamental la intervención desde Prácticas interdisciplinarias, “la interdisciplina nace para ser exactos, de la incontrolable indisciplina de los problemas que se nos presentan actualmente. De la dificultad de encasillarlos. Los problemas no se presentan como objetos, sino como demandas complejas y difusas que dan lugar a prácti-

cas sociales inervadas de contradicciones e imbricadas con cuerpos conceptuales diversos" (Stolkiner, A. 1997). Es este enfoque interdisciplinario e interinstitucional el que permitió construir el acompañamiento del joven, desde una lógica de inserción integral; desarrollando nuestra intervención desde una perspectiva de articulación entre las dimensiones de lo universal, particular, singular; dado que la entendemos como muy significativa para que las situaciones de intervención profesional adquieran otra dimensión que las distancie de prácticas fragmentarias, inmediatistas y rutinarias y que constituyan intervenciones eficientes, eficaces y oportunas.

Ezequiel transcurrió 6 años de su Proceso en Instituciones del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, en primera instancia en un Centro Cerrado para luego continuar en un dispositivo de carácter abierto. Si nos detenemos en la Evaluación de ingreso del joven, con fecha 9 de marzo 2016, en donde la Psicóloga actuante indica: "Entiende que debe cambiar su estilo de vida y lo va a cambiar" "le gustan los Deportes, jugaba bien al fútbol. Le gustaría realizar el curso de Guardavidas; dice que se compromete a realizarlo para finalizarlo y obtener el título", podemos encontrar 3 años después el cumplimiento del objetivo delineado, sostenido por su proyecto Educativo, su empuje personal y el acompañamiento desde las intervenciones Profesionales de los distintos dispositivos Institucionales en los cuales transcurrió su proceso, lo cual devino en la construcción de su subjetividad fortalecida, orientada a proyectos vitales saludables.

Ya en la finalización del Proceso Judicial de Ezequiel, evaluamos su articulación laboral en forma integral, ya que más allá de cubrir una necesidad económica de trabajo, es de destacar el impacto simbólico que produjo en el joven de la oportunidad de su tarea como ayudante de Profesor de Educación Física en el área de discapacidad.

A modo de conclusión de este trabajo y del Proceso Judicial de Ezequiel, nos encontramos frente a un resultado que consideramos como guía para nuestras prácticas, dentro de enfoques de abordaje de Intervención Profesional restaurativos , considerando que "El proceso de restauración busca habilitar a la víctimas , al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que participen directa y activamente con la vista puesta en la reparación y la paz social, basándose en parte de las 3 "erres": Responsabilidad, Restauración y Reintegración , que significa lo siguiente:

- Responsabilidad por parte del ofensor, porque cada persona debe responder por sus acciones u omisiones.

- Restauración de la víctima quien necesita ser reparada. Requiere abandonar su posición de dañado, así como toda la sociedad.
- Reintegración del infractor, quien necesita restablecer los vínculos con la sociedad, que a su vez, requiere del buen desempeño de todos sus integrantes para su correcto funcionamiento (Bauché/Prada; Diente de León, pág. 213).

Acompañamos el abordaje integral de los adolescentes desde campos de prácticas restaurativas, que reorienten la construcción de subjetividad dañada y atravesada por la transgresión, hacia horizontes de proyectos de vida comunitarios, saludables y pacíficos para toda la sociedad.

Destacamos, también, la importancia de las intervenciones y articulaciones Profesionales desde la interdisciplinaria, de forma interinstitucional y de trabajo en Red, lo cual facilitó el abordaje y acompañamiento del joven en la construcción de una actitud responsable y reflexiva, como motor fundamental de su futuro en la Sociedad.

El sistema de justicia penal de menores en la era de las reformas

Marina Alejandra Postiglione[537]

"Ya sean los derechos de aquellos que no tienen derechos o los derechos de aquellos que tienen derechos. Ya sea una construcción vacía o una tautología, y, en ambos casos, un truco engañoso, tal es la traba que ella construye. Funciona solo a costa de soslayar qué evitaría el dilema. Hay, en efecto, un tercer supuesto, que pondré del siguiente modo: los Derechos del Hombre son los derechos de aquellos que no tienen los derechos que tienen y que tienen los derechos que no tienen".[538]

1. Introducción

La directriz del trabajo yace en el enunciado inicial citado, juego de palabras que afirman que todos tenemos derechos por el hecho ser personas, adquiridos en virtud del proceso de subjetivación. *Ergo*, su reconocimiento no hace al hecho de su existencia, sino al de su defensa, a pesar de poseerlos, no son salvaguardados si la ley no los contempla en su texto, por ello la necesidad de la reforma.

Se ha preferido redactar el presente artículo abordando primeramente un marco teórico sobre la legislación actual a nivel nacional en materia de minoridad, para adentrarnos a posteriori en el análisis de los temas más relevantes de los proyectos actuales de reforma a nivel en la Nación y en provincia de Santa Fe. Ello a los fines de que el lector ahonde su conocimiento permitiéndole sumergirse en inconmensurables interrogantes sobre cómo debería direccionarse una reforma, respondidos a medida que profundice su lectura. Que el lector pueda conocer, cuestionarse, tomar una postura y acción respecto al tema, es el principal objetivo.

537 Abogada y Profesora egresada de la Universidad Nacional de Rosario.

538 Jacques Rancière, *"¿Quién es el sujeto de los derechos del hombre?", Revista Derecho y Barbarie,* N° 3, (Buenos Aires, 2010), 13.

Este ensayo exhaustivo permitirá, además, una mejor comprensión y reflexión respecto al posicionamiento del menor con respecto a las herramientas de defensas de sus derechos, procurando realizar un aporte a la problematización del ejercicio profesional y a la transformación de la realidad en la que vivimos.

En la búsqueda de una exposición sistemática se emplea un método deductivo partiendo de las nociones conceptuales genéricas hasta arribar a un análisis de particularidades.

Encontrar respuesta a interrogantes es uno de los desafíos de este trabajo, entendiendo que resultará incompleto cualquier análisis que no contemple la realidad como un todo. Debemos comprender qué discutimos cuando se plantea la baja de la edad de imputabilidad del menor y reflexionar desde una perspectiva socio-jurídico-cultural, desde el garantismo, un modelo acusatorio y en protección de los Derechos Humanos.

2. Actualidad del sistema penal de menores argentino

En los últimos años se ha actualizado en la Argentina la materia minoridad mediante la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del año 2005, que derogó la ley 10.903, denominado sistema tutelar por la doctrina, abrogando por la protección integral de la adolescencia, receptando la concepción de sujetos de derechos a niños, niñas y adolescentes y consagrando el principio rector en la materia: el Interés Superior del Niño. Ello como consecuencia de la incorporación al derecho interno de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1990, adquiriendo jerarquía constitucional en 1994.

La mencionada ley otorga un marco normativo más moderno para emprender las reformas presentes, creando instituciones administrativas y judiciales que se activan frente a la amenaza o violación de sus derechos, como el Consejo Federal de la Niñez, Adolescencia y Familia, la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y el Defensor. De este modo y mediante la adecuación de la normativa interna a los estándares internacionales se reconocen los Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero este sistema moderno coexiste con el Régimen Penal de la Minoridad del decreto-ley 22.278 dictado en el año 1980 (reformado por la ley 22.803), régimen de la dictadura militar que mantiene su carácter netamente tutelar, estigmatizante, inquisitivo, de defensa social, con un menor como objeto de tutela, represión y no como sujeto de derecho. Es así que el sistema penal de menores argentino

actual adopta lo más atrasado en la materia penal y la tradición tutelar y castiga sin garantías ni derechos.

La ley 22.278 establece que no son punibles las personas que no hayan cumplido la edad de dieciséis años al momento de cometer un ilícito. Tampoco lo son aquellas personas que no hayan cumplido la edad de dieciocho años en referencia a los delitos de acción privada, o pública reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación.[539]

Huelga agregar, que se reconoce al juez la atribución de disponer del menor en situación de peligro material o moral, abandono, falta de asistencia o problemas de conducta, hasta la edad de dieciocho años, habilitándolo a intervenir con medidas incluso de restricción de derechos por tiempo indeterminado e inclusive de privación de libertad.[540] Dejando así en evidencia, la violación de garantías constitucionales, de la Convención de los Derechos del Niño, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

En lo concerniente a los menores entre los dieciséis y dieciocho años, establece un régimen de punibilidad de adultos que comprende los delitos de acción pública con más de dos años de prisión del Código Penal, sin distinción de penas y sin las garantías mínimas de las que gozan los adultos. Para la aplicación de pena debe, haber sido declarada su responsabilidad penal según las normas procesales, cumplido la edad de dieciocho años y sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año prorrogable hasta la mayoría de edad. Teniendo el Tribunal la facultad de reducir la pena de acuerdo con las normas de la tentativa, según los resultados de valoración y del tratamiento tutelar.[541] A saber, esta normativa ha permitido el dictado de penas de prisión muy largas a adolescentes antes de cumplir la mayoría de edad.

Incluso, esta deja al arbitrio del Juez decidir si entrega al menor a los padres o disponer de un tratamiento tutelar hasta la mayoría de edad, que se le aplique pena y aún encierro, sin una sentencia que garantice el debido proceso.

En consecuencia, el sistema debe reformarse con prisa, derrocar la concepción de objeto de tutela del menor y su alcance punitivo si-

539 La ley 22.278, *Régimen Penal de la Minoridad,* Buenos Aires, 1980.

540 Ibid.

541 Ibid.

milar a los de los mayores, siendo adaptado a la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (ley 26.061), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del Riad).

3. Hacia una reforma del sistema de justicia penal de menores

La urgente necesidad de una reforma a la que abrogamos se ha puesto en marcha, luego de 40 años de la sanción del Régimen Penal de Menores, dejando en evidencia la discusión meramente política de su demora, sosteniendo un sistema anticuado, tutelar y con las prácticas judiciales más represivas.

El derecho también es acción política, como menciona Hannah Arendt: "Si la esencia de toda acción, y en particular de la acción política, es engendrar un nuevo inicio, entonces la comprensión es la otra cara de la acción, esto es, de aquella forma de cognición…".[542] Por ello deben dejarse de lado las cuestiones meramente políticas para avanzar hacia su reforma.

Tal ha sido la demora que el país ha sido hasta denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por condenas de prisión perpetua de niños y responsabilizando al Estado argentino por mantener en vigor un sistema de justicia con el mismo trato que los adultos.

En tanto, una reforma ha de considerar la prevención, antes de consumarse el delito, la proporción y racionalidad de las penas atento al sujeto implicado. Así también, el seguimiento de los Institutos de Menores donde se hallan privados de libertad, respetando los derechos y garantías de los adolescentes.

En lo que atañe al presente, vamos a inmiscuirnos entonces en el contenido de los Proyectos Legislativos para comprender en qué consta la construcción de este nuevo sistema.

En los últimos años se han presentado distintos proyectos en el Congreso Nacional, en 2009 uno ha recibido media sanción en el Senado, pero luego ha perdido estado parlamentario por no debatirse

542 Hannah Arendt, *De la historia a la acción,* Barcelona: Paidós, 1995, p. 44.

a tiempo oportuno. Un nuevo proyecto presentado en el año 2019 ha sido tratado y consta en la reforma íntegra del Sistema Penal de Menores que desarrollaremos a todas luces.

El nuevo sistema permite un abordaje integral, diferenciado al de los adultos, e interdisciplinario. Se ajusta a estándares internacionales y fija garantías básicas que resguardan los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Así en la búsqueda de que los adolescentes que causen daños sean reprimidos con una sanción, pero que se empoderen con las medidas socioeducativas a cumplir.

En primer lugar, propone una modificación de la edad de imputabilidad de los delitos a menores, tema a desarrollar en profundidad posteriormente. Es así que serán imputables los menores de quince años que cometieren un delito reprimido con pena máxima de quince años o más de prisión según el Código Penal (contemplando los delitos de homicidio doloso, violaciones, secuestro extorsivo robo con arma, lesiones gravísimas). En tanto, los mayores de dieciséis a dieciocho años serán imputables en el caso de cometer un delito de acción pública reprimido con pena mayor de dos años de prisión, exceptuando los casos de pena de multa o inhabilitación como pena principal.[543]

Se añade un artículo normando la tentativa sobre el hecho de la no consumación del delito o el desistimiento voluntario por parte del menor. Manteniendo también la presunción del menor de quince años, en caso de no tener certeza acerca de la edad.[544]

En un segundo capítulo, se enuncian principios reforzando un sistema acusatorio y eliminando la partida tutelar de la ley anterior, apostando por una finalidad de fomentar en el adolescente el sentido de la responsabilidad por sus actos, orientarlo hacia la integración social, comprendiendo un abordaje integral, interdisciplinario y restaurativo. Más aún, plasma en la ley el principio del Interés Superior del Niño de la CDN en vista a procurar su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Establece también la brevedad del proceso ordenando que su duración máxima no deberá exceder de tres años contados desde la investigación penal preparatoria juvenil. Luego, regla los requisitos de la privación de libertad, tema a desarrollar en posterioridad, atento que la actual normativa ha

543 Proyecto de Ley Sistema Penal de Responsabilidad Juvenil, Buenos Aires: Poder Ejecutivo Nacional, 2019.

544 Ibid.

permitido la imposición de penas altas a niños y encierros sin debido proceso.[545]

En tercer lugar, legisla los criterios de oportunidad, aplicados en la práctica actualmente sin estar normados, siendo aquellos en los que el Fiscal puede prescindir del ejercicio de la acción penal, salvo que el delito tuviere previsto la pena máxima de diez años de prisión. Recordemos que para la aplicación de estos se observan las circunstancias y causas del hecho, el resarcimiento de daño y la víctima.[546]

Un capítulo posterior regla de forma acertada la extinción de la acción, la prescripción (de cinco años para las penas privativas de libertad y de dos años para las que no las comprenden), la interrupción y suspensión de la prescripción; ello salvando lagunas del derecho de la normativa anterior. Se han mantenido las mediaciones, acuerdos y conciliaciones como medidas de resolución de conflicto. Muy importante es la incorporación a la ley de la suspensión del proceso a prueba o probation. Recordemos que el adolescente al cual se le imputa un delito es acreedor de penas del CP, pero aún no gozaba de las garantías procesales que sí poseen los adultos. Por lo que la incorporación del instituto es otro hecho a la suerte del proceso.[547]

El quinto capítulo establece taxativamente las sanciones de las que será acreedor el menor en caso de cometer un ilícito. Las primeras enunciadas son sanciones socioeducativas, que propenden a una asistencia para la inclusión, asesoramiento por un equipo interdisciplinario con seguimiento, programas educativos, formación ciudadana y capacitación laboral. Las segundas, sanciones disciplinarias que implican amonestaciones, prohibición de determinadas actividades o resarcimiento del daño para con la víctima. Ambas aplicables en un máximo de tres años. Las terceras y más gravosas, son las privativas de libertad como la privación de libertad domiciliaria, durante el fin de semana, en centro abierto o en centro especializado en detención. Las dos primeras por el máximo de 48 horas. La sanción en centro abierto se cumplirá la primera etapa en encierro y la segunda libre mediante monitoreo. Con respecto a los centros cerrados, se prohíben las penas perpetuas; para los adolescentes de quince años en caso de un delito reprimido con pena de prisión de quince años o más, por un plazo máximo de quince años; para el caso de los menores de dieciséis a dieciocho años, en caso de comisión de un delito de pena privativa de libertad de diez años o más. Imponiéndose esta

545 Ibid.

546 Ibid.

547 Ibid.

cuando las sanciones socioeducativas o disciplinarias no resultaren adecuadas.[548]

El capítulo seis enuncia pautas que el Juez deberá considerar para la aplicación de una adecuada sanción al menor; las que equivalen a circunstancias personales, familiares, sociales, de salud, y conveniencia para el desarrollo educativo o laboral en una sanción, el bien jurídico lesionado, el daño a la víctima y las causas y circunstancias del delito. Asimismo, el Juez cuenta con la posibilidad de atenuar la sanción si así fuese posible fundamentado en la madurez intelectual y afectiva del menor, la actuación por presión de persona de la cual se dependa y el comportamiento luego del hecho.[549]

Adiciona un séptimo capítulo sobre medidas de coerción procesal para el caso de indicios suficientes sobre la comisión de un hecho y en el que se pueda presumir el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. En su caso, la prisión preventiva no podrá exceder de un año, revisándose su situación cada tres meses. Artículo apropiado de la actualización del Sistema Penal de Mayores.[550]

El capítulo ocho, regla la participación de un equipo interdisciplinario, en este punto deseo resaltar que la reglamentación se dicta para cumplirse. Muchos agentes comprenden la máxima importancia de su labor involucrándose debidamente, ya que si se logra inmiscuir al adolescente es muy posible que evolucione, en el caso que estas labores no se desarrollen adecuada y comprometidamente, es un nivel que nos estamos quitando y quitándole al menor para lograr que tome conciencia del cometido. Por ende, la importancia de que, si el menor es encerrado, fundamental es un acompañamiento real para fomentar la reinserción y no apartamiento social del menor.

El capítulo decimotercero establece la situación de las personas inimputables. Determinando que aquellos que sean acreedores de sanción, sean acompañados para comprender el cometido, y en el supuesto de un delito con pena mayor a diez años de prisión, deberán participar de entrevistas, mediaciones, acuerdos, mediante una labor interdisciplinaria de profesionales. Ese acompañamiento o los informes obligatorios que deben emitir estos agentes, deben ser reales y no un mero trámite administrativo.

El proyecto expuesto, propone un abordaje integral de la problemática, introduciendo alternativas de reinserción, cuidando a las víctimas e involucrándolas en el proceso. No debemos perder la vi-

548 Ibid.

549 Ibid.

550 Ibid.

sión de proveer a la sociedad un justo marco jurídico donde el Juez y los jóvenes tengan alternativas para no llegar a una instancia de prisión.

Sostengo que no debe pensarse un sistema independiente, el Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes debe ser especializado, integrado y que otorgue un piso normativo al país respecto de la materia.

3.1. Propender a un sistema acusatorio y no tutelar

La normativa que debe reformarse contiene las viejas visiones del sistema inquisitivo y tutelar. Desde el proceso de construcción de la minoridad del año 1919, la tutela de los niños desarrolló una visión de tipo correccionalista; paradigma que los estigmatiza como peligrosos, vulnerables y desviados imponiendo políticas correctivas o curativas a los niños "tutelados", siendo un Estado selectivo y estigmatizante. Se intenta reformar al menor para convertirlo en un ser productivo, encerrando a jóvenes por peligro moral o material no custodiado. Por ello cada vez que leemos el término tutelar estamos utilizando ese viejo paradigma.

Mas luego, debemos considerar erradicar de nuestras legislaciones el viejo sistema inquisitivo, donde el Juez realiza las investigaciones y es quien luego decide, siendo un proceso escrito, lo que limita su publicidad y contradice el derecho de defensa. La esperanza por un completo modelo acusatorio, cuyo devenir griego radica en las funciones de acusado, acusador y Juez bien diferenciadas y la oralidad, hacen a la claridad y publicidad del proceso. Por lo que es primordial abrogar por un sistema nuevo de minoridad en donde el Juez deponga el manejo casi completo del caso, investigando y juzgando; y se respete verazmente la relación jurídico procesal que bien expone Chiovenda en su teoría del triángulo, con una separación de las partes, logrando la transparencia del proceso y el respecto de los principios procesales penales.

Por consiguiente, me arroja a reflexión sobre la estigmatización del menor que delinque, pese a no ser mi ámbito de especialidad, ¿por qué un niño delinque?

Ningún niño nace para cometer delitos. Si bien muchos menores son obligados por sus mayores a hacerlo, como contempla el proyecto de reforma o por urgencia de necesidades básicas no satisfechas por sus padres. Por otra parte, me resulta inquietante la situación de los menores con recursos y fuera de situaciones límite.

Freud en 1915 escribe un texto titulado "Los que delinquen por sentimiento de culpabilidad". Allí contempla la existencia de una culpa anterior al acto delictivo, a causa de deseos edípicos que hacen a un criminal y lo empujan a ello. Concibe que la necesidad de castigo es el móvil que conduce al acto delictivo o criminal. Del lado de la psiquiatría encontramos la motivación y la patología; podemos añadir a esta serie cómo el empuje del superyó y las identificaciones frágiles y débiles de nuestra contemporaneidad contribuyen en la inclusión de los jóvenes dentro de la categoría de la delincuencia.[551]

Con ello lo que se pretende dilucidar es la importancia del enfoque interdisciplinario y el acompañamiento en el tratamiento del menor, su no apartamiento social, ya que las causas que lo llevan a delinquir pueden ser múltiples, pero también pueden asumir raíces familiares. Interesante es como explica Aichhorn la influencia patógena, que en el caso de padre indulgente produce la formación de un superyó hipersevero, bajo la impresión del amor que recibe siente que no tiene otra salida más que volver su agresión hacia adentro. El niño educado sin amor, desamparado, allí falta la tensión entre el yo y el superyó y toda su agresión se dirige hacia afuera. Es entonces cuando quizás resulta un niño que desea "llamar la atención" con las herramientas que posee.[552]

Óbice es atender cada caso en particular, y no estigmatizar a un "delincuente juvenil", sino estar a la mira en qué más hay en su comportamiento, sus impulsos en su inmadurez. Así pues, debe reivindicarse la tendencia de métodos represivos inquisitivos que exacerban esa conducta, y atizar el tratamiento como sujeto de derecho, su educación y acompañamiento.

3.2. La discusión sobre la edad de imputabilidad de menores

Ante los casos de delincuencia juvenil, los medios masivos de comunicación hablan de endurecer la justicia expresando una baja en la edad de la imputabilidad como solución, recayendo en un modelo grosero y arcaico, no sabiendo o ignorando lo profundo del asunto, dificultando un consenso hacia una reforma.

Los niños son titulares de los derechos de los que son todas las personas, la diferencia que debe observarse es el concepto de su responsabilidad. La importancia radica en la integración social de estos

551 Silvia Elena Tendlarz, *La delincuencia juvenil desde la perspectiva psicoanalítica,* Buenos Aires: El Salvador, 2015, p. 142.

552 Ibid.

adolescentes para que pueda ser un ciudadano pleno y comprender el sentido disvalioso de los actos que comete, por ello la necesidad de un sistema que debe contemplar sanciones específicas y no idénticas a la de adultos, por buscar otros fines.

Ineludible es referir a la terminología de menor punible utilizada por la vieja ley y el concepto imputable del proyecto de reforma. Este último me parece más acertado, ya que por punibilidad hacemos mención al delito como acción típica, antijurídica y culpable, punible (que conlleva una pena) y no al sujeto. Un sujeto, por el contrario, será imputable en la medida en que pueda comprender la criminalidad del acto, lo cual se relaciona más con su edad que el desafortunado concepto anterior.

La discusión de la edad mínima para la imposición de sanción se concentra en el para qué de ello, destaquemos que cuanto menor edad tenga el sujeto, menor será su madurez y situación de comprensión del cometido. Esto no debe entenderse como estar exentos de responsabilidad, sino de tener una sanción diferente a la de los adultos.

La minoría de edad penal no constituye en sí un supuesto de inimputabilidad, ya que el menor a los catorce, quince años ya ha aprendido a diferenciar los contenidos vivenciales que habilitan para controlar la realidad. La razón de la existencia de este Régimen Penal Especial obedece a que debajo de cierta edad, los jóvenes son más maleables que el adulto, por lo que vale apostar hacia su reeducación; y más luego, por debajo de ciertas edades es difícil controlar los impulsos por su inmadurez. [553]

Es así que, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados fijar la edad mínima entre los 14 y los 16 años de edad, instando a no reducir dicha edad mínima.[554] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño son quienes identifican estándares internacionales de Derechos Humanos que deben ser observados por los sistemas de justicia juvenil, recomendando a los Estados Miembro una edad mínima de responsabilidad de los menores por infringir leyes penales bajo el sistema de justicia juvenil.

También las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, punto 4.1, establece que

553 Joaquín Cuello Contreras, *Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo,* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, España Universidad de Extremadura, 2010, 3.

554 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores,* (2007).

su comienzo no debe fijarse en una edad muy temprana, considerando la madurez emocional, mental e intelectual, considerando el interés superior del niño.[555] Este enfoque moderno examina si los menores pueden en virtud de su comprensión y discernimiento entender su comportamiento.

Me parece oportuno traer aquí el comentario de Claus Roxin a la ley alemana que hace luz al presente:

La ley indica que no es punible quien al momento de la comisión del hecho no tiene aún catorce años. "Sería absurdo suponer que una persona al cumplir catorce años ingresa, de repente una capacidad de culpabilidad, de la que antes carecía completamente".[556]

"No se trata de una causa de exclusión de culpabilidad, sino de una causa de atenuación de ella. Está claro que la capacidad para dirigirse y a menudo también para la orientación mental esta generalmente disminuido cuando todavía se encuentra en la edad infantil. De lo contrario, muchos países violarían el principio de culpabilidad cuando imponen un límite de punibilidad en los doce años".[557]

> "En el caso de los menores está claro que una sanción criminal no solo es innecesaria preventivamente, sino incluso extremadamente contraindicada. Un encierro no produciría nada positivo, sino que traería consigo graves daños para los menores. Tampoco existe una razón de prevención general para ello, pues hoy hay consenso social de que se puede educar a los niños con otros medios. A demás las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación".[558]

Cuantiosos desde ideologías represivas como garantistas sostienen que, desafortunado para un adolescente de quince años es el sistema penal ya que las garantías jurídicas prometidas no son garantizadas. Pero más infortunado es un niño que comete un ilícito en la edad de catorce o quince años siendo inimputable y solo recibe una reunión por parte de los funcionarios y queda fuera de un acompañamiento.

---

555 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, (1985), punto 4.1.

556 Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal, traducción Muñoz Conde,* Madrid: Reus, 1981, p. 23.

557 Ibid.

558 Ibid.

No se trata solo de reducir la edad de imputabilidad, lo ideal, quizás utópico, es conformar un sistema penal que observe la situación específica de cada menor como los hechos de violencia, situación familiar, la pobreza, la falta de educación y oportunidades, ante la aplicación de una sanción. Debiendo resultar de esta la comprensión de la responsabilidad ante el ilícito, pero que le permita la inclusión, respeto, y educación, así sí desde los quince años.

Fundamental es un proyecto integral orientado a la protección que la infancia y el respeto de los derechos que merece, en plena integración e igualdad de oportunidades para que todos los niños, niñas y adolescentes puedan desarrollarse plenamente en un contexto que garantice la protección integral de sus derechos.

3.3. La privación de libertad de los menores de edad

El nuevo proyecto de ley viene a definir la privación de libertad considerando las Convenciones Internacionales, como toda forma de detención, internación, encarcelamiento o alojamiento del adolescente en un establecimiento público o privado del que no se le permite egresar por su voluntad. Procediendo como último recurso de forma fundada, revisable y por el plazo más breve posible. El alojamiento de adolescentes se hará efectivo en dependencias habilitadas y acondicionadas para ese fin, quedando prohibido el alojamiento en fuerzas de seguridad o cárceles junto a mayores de edad. Y producida la detención se lo deberá trasladar al juzgado dentro de las 24 o 48 horas.[559]

Es menester resaltar, que el país ha recibido un llamado de atención a acelerar una reforma atento a un caso de violación de derechos, "Mendoza". la Argentina fue denunciada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por aplicar condenas de prisión perpetua por robos y homicidios calificados a tres adolescentes en 1999, violando la CDN, y por mantener en vigor un sistema de justicia con el mismo trato que los adultos y aplicando penas privativas de libertad a menores de dieciocho años. Declarando la inconstitucionalidad del art. 80 inc. 7 del CP de la prisión perpetua respecto a menores por lesionar el principio de culpabilidad y la CDN.

> "El tribunal entendió que la aplicación de la prisión perpetua aplicada a menores no cumple con los estándares convencionales de la exigencia de que la detención de los niños debe ser utilizada

559 Proyecto de Ley Sistema Penal de Responsabilidad Juvenil, Buenos Aires…

> como medida de último recurso y por el menor tiempo posible. Es muy angustiante para un niño infractor de la ley penal soportar la carga de encerramiento perpetuo, resulta desproporcionada y excesiva la medida con relación a los niños, modalidad de sanción que tampoco cumple con el estándar de reinserción social como objetivo de la pena privativa de libertad". [560]

La CDN en su artículo 37 recoge la prohibición de imponer pena capital y perpetua a menores de dieciocho años y que la prisión será medida de último recurso y durante el período más breve, también así las reglas de Beijing y las Reglas de Naciones Unidas.[561] De tal suerte que el proyecto de ley actual recoge la definición de la regla 11.b de Beijing sobre privación de la libertad y adiciona las garantías procesales de las que gozan los adultos en la actualidad.

Cuando el proyecto contempla "medidas" debe dejarse en claro que son un reproche, una pena. Es primordial no perder de vista que el sistema se orienta a la prevención especial positiva, con la reintegración social del condenado. Debe quedar claro que si como consecuencia de la sanción surge un beneficio para el menor esto es un valor agregado a la sanción, pero no justifica su cometido.

En concreto, no es acertado sostener que el sistema establece penas o medidas alternativas a la pena privativa de libertad, cuando lo alternativo y excepcional es la privación de libertad, propio de un sistema acusatorio. La centralidad son aquellas sanciones, y la alternativa es la privación de la libertad.

En resumidas cuentas, el procedimiento penal afecta seriamente el futuro y la formación de la personalidad de los menores de edad. Cuanto más tiempo permanezca encerrado el niño o adolescente, mayores serán los problemas intelectuales y psicológicos que tendrá y más ardua la posibilidad de reingresar a la sociedad.

3.4. Reforma del Código Procesal de Menores en Santa Fe

La Constitución Nacional establece que las provincias instauran los lineamientos formales y procesales para el funcionamiento de la justicia penal juvenil. Así lo hace en Santa Fe el Código Procesal de

560 Fallo *Mendoza, César Alberto y otros s/recurso de revisión*, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. Dres. Ángela Ledesma, Alejandro Slokar, y Ana María Figueroa, 1999.

561 Convención sobre los Derechos del Niño, Plan de acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, ONU, 1990, art. 37.

Menores (ley 11.452) del año 1996. En el año 2009, se sanciona la ley 12.967 que la cual lo modifica creando una legislación más moderna, en procuras que el tratamiento del adolescente sea en libertad y mediante medidas socioeducativas.

Pero aún, el Código Procesal de Menores consagra el principio de especialidad formal, hechos investigados por jueces y funcionarios de carácter excepcional de esos Juzgados, correspondiendo a un modelo inquisitivo y tutelar atento a que el Juez que investiga, juzga.

A su favor contempla garantías, como el pleno conocimiento del menor del acto que se le atribuye según el nivel cultural, madurez y de las garantías procesales que le corresponden, participar activamente en el procedimiento y ser asistido por un defensor desde el inicio del procedimiento. Todo ello de acuerdo con el Interés Superior del Niño y en respeto a sus derechos.

En el año 2017 fue presentado en la legislatura local un proyecto de Nuevo Código Procesal Juvenil que logró media sanción en la Cámara de Diputados, y que, al día de la fecha, se encuentra en la Cámara de Senadores, en el cual nos inmiscuiremos a continuación.

La actual reforma se integraría al Código Procesal Penal de Adultos recientemente sancionado, y los casos se derivarían al Ministerio Público de la Acusación, disolviendo los Juzgados de Menores. Su objetivo es la no aplicación de pena sino la reparación, garantizando la participación de la víctima y orientado hacia la reinserción.

El proyecto agrega derechos de las Convenciones Internacionales hoy insertos en la ley 12.967. Como novedad, incorpora el principio de oportunidad en manos del Fiscal ya utilizado en la práctica; mecanismos alternativos al proceso y mayor participación de la víctima, en pos de una reparación y reintegración del joven que ha delinquido a la comunidad.[562]

Se prevé una división del proceso, similar al de adultos, separando las etapas en: investigación penal preparatoria juvenil (IPPJ), juicio de responsabilidad y el juicio de determinación de pena. Los jueces podrán intervenir en todas las etapas conformando tribunales separados. Ahora el Juez deberá responder al pedido de las partes y el Fiscal será quien investigue.

En relación con el principio de especialidad, se resuelve que en todas las audiencias en las que deban adoptarse decisiones respecto de imputados menores de edad intervendrán jueces penales

562 Proyecto Régimen Procesal Penal Juvenil, Legislatura provincia de santa fe, (Santa Fe, 2017) N° 4562.

juveniles, excepto en el juicio de responsabilidad, el cual podrá ser integrado por magistrados de tribunales de juicio oral de jueces de primera instancia, ya que el objeto del debate es determinar la autoría o participación del joven, pero no la imposición de pena. En caso de participación de menores y mayores de edad en un cometido, el enjuiciamiento será en un mismo órgano jurisdiccional, pero el magistrado no impondrá la sanción al menor responsable. [563] En mi opinión, la minoridad debe continuar dentro del tratamiento apartado de sistema de adultos respetando la especialidad, pero no tutelar, ya que, al situarse en el mismo Código y edificio físico, cabe la posibilidad de que comencemos a confundir situaciones de adultos a la hora de tomar decisiones.

Además, se propone ampliar las reglas de disponibilidad de la acción, si el Fiscal decide no promover la persecución, y si resulta favorable para la vida el infractor y en salvaguarda el interés superior. Pudiendo aplicar ahora, la novedosa incorporación de la suspensión del juicio a prueba, ventajosa para la reintegración social, en el caso que no proceda la aplicación de una condena de ejecución condicional. Se incorpora la figura del juicio abreviado durante la IPPJ.[564]

Instaura que la determinación de pena deberá ser efectuada mediante procedimiento contradictorio en audiencia, buscando afianzar un sistema acusatorio en vigencia de la inmediación, contradicción, celeridad y oralidad. Diferencia así las medidas cautelares previas a la imposición de pena de aquellas que cautelan la acción. De modo novedoso, el proyecto establece dos casos de improcedencia absoluta de la privación cautelar de la libertad cuando, el delito imputado tenga una pena en expectativa susceptible de ejecución condicional y cuando el delito imputado haya sido cometido sin violencia.[565]

En contraste, bastante hay para retocar en el presente proyecto y sistematización del nuevo orden. Prima facie es la mira hacia la casi inexistencia de políticas públicas reales para la concreción de los principios, de protección y reinserción. En la práctica surgen innumerables problemas como el no acceso a las garantías en caso de privación de libertad, no involucramiento por parte de los organismos interdisciplinarios delegando meramente a una función administrativa y fracasando en los objetivos planteados. En incontables

563 Ibid.

564 Ibid.

565 Ibid.

oportunidades el sistema resulta más infortunado que el de adultos, atento a las lagunas de derecho que presenta.

El populismo solo centra la reforma en la baja de la edad de imputabilidad, cuando sabemos que, aunque sería correcto, la respuesta del sistema penal no es favorable. El tema de discusión debería ser en la creación de instituciones que reinserten y resocialicen a los niños que han cometido un delito, sin privación de libertad y bajo un debido proceso acorde a los Tratados Internacionales.

Para concluir, no nos encontramos tan lejos de ello, pero se requiere la sanción de un nuevo Código de Procedimiento Penal Juvenil que establezca esas premisas, dejando en claro ser una herramienta que asegure de modo completo los derechos y garantías de los menores.

4. Conclusión

Se puede argüir que lo modelos que se instauran, más que modelos procesales, son modelos que determinan la forma de concebir y percibir la minoridad durante los tiempos. De allí que la sola reforma legal no sea eficaz para remover el funcionamiento del sistema.

En resumidas cuentas, para desgarrar el modelo inquisitivo y tutelar es necesario aclarar que hablamos de un sistema del Estado, el cual propende a que la persona que infringió la ley responda de modo proporcional a las circunstancias, en este caso de ser menor, y al delito que ha cometido, sin perder el carácter sancionador; pero respetando y reconociendo sus derechos y garantías. De lo contrario, instituiríamos en el menor la idea que cometer un delito no conlleva ninguna responsabilidad valiosa, desvirtuando el significado del proceso. Tal que deban respetarse todos sus derechos de los que no ha sido privado por su condena.

Resulta indispensable que las políticas públicas a largo plazo logren resistir los embates y discusiones de los gobiernos, y de la sociedad que solo pide mayores penas. Pensarse políticas sociales de educación y prevención en primer lugar, para luego hablar de sanciones.

Esta reforma debe orientarse a erradicar el sistema inquisitivo y tutelar, abrogar por las mismas garantías de las que gozan los adultos, siendo de todas maneras un sistema separado y orientado hacia la reinserción y resocialización del menor en la familia y en la comunidad, siendo la prisión la última medida a aplicar.

La privación de libertad de los jóvenes no tiene ninguna finalidad favorable, debe funcionar un sistema íntegro e interdisciplinario que le brinde posibilidades.

Es menester resaltar, que atento al valioso poder de información y reflexión que nos es dado, seamos la gota de agua en el océano que bien utilizado pueda clamar por los derechos de aquellos que no pueden reclamar un reconocimiento por no ser oídos. Dejemos de hacer la vista hacia un lado, sorteemos las vicisitudes que se nos presentan y optemos por el involucramiento. Un derecho se convierte en una propuesta retórica si se carece de medios eficientes para su funcionamiento.

5. Bibliografía

Arendt, Hannah, *De la historia a la acción,* Barcelona, Paidós, 1995.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores,* 2007.

Convención sobre los Derechos del Niño, Plan de acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, ONU, 1990.

Cuello Contreras, Joaquín, "Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España Universidad de Extremadura, 2010.

Fallo *Mendoza, César Alberto y otros s/recurso de revisión*. Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Dres. Ángela Ledesma, Alejandro Slokar, y Ana María Figueroa, 1999.

Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad, Buenos Aires, 1980.

Proyecto de Ley Sistema Penal de Responsabilidad Juvenil, Buenos Aires, Poder Ejecutivo Nacional, 2019.

Proyecto Régimen Procesal Penal Juvenil. Legislatura provincia de santa fe. Santa Fe. N° 4562. 2017.

Rancière, Jacques, "*¿Quién es el sujeto de los derechos del hombre?*", *Revista Derecho y Barbarie*, N° 3. Buenos Aires, 2010

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, 1985.

Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal,* Traducción Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981.

Tendlarz, Silvia Elena, *La delincuencia juvenil desde la perspectiva psicoanalítica,* Buenos Aires, El Salvador, 2015.

"El amparo a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia": la importancia de la articulación institucional para evitar la revictimización en los casos de violencia intrafamiliar

Cecilia Real de Azúa y Nicolás Tabak[566]

1. Introducción

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la violencia dirigida hacia niñas, niños y adolescentes principalmente dentro del ámbito intrafamiliar como cuestión socialmente problematizada (OSZLAK y O´DONNELL[567]), es decir como problema que ha sido incorporado a la agenda estatal, abarca un amplio conjunto de normas y dispositivos públicos.

En este marco, el presente trabajo se propone reflexionar acerca de la importancia de la articulación y funcionamiento de las instituciones del Poder Judicial –tanto en sede civil/familia como en sede penal– y del Poder Administrativo que intervienen a partir de la denuncia de un delito penal o de una contravención, que tiene como damnificado/a a una persona menor de edad.

En particular, nuestro eje central está dirigido a examinar el modo en que los niños, niñas y adolescentes participan de los múltiples expedientes que se inician a raíz de una misma problemática, y la necesidad de concentrar los esfuerzos de todos los actores del sistema, a fin de evitar su revictimización, es decir, que resulten víctimas de violencia institucional, al obligarlos/as a transitar diversos organismos, con el objeto de ser "escuchados/as" o "evaluados/as".

566 Trabajadores de la Asesoría Tutelar Penal Contravencional y de la Faltas Nº 2 del Ministerio Público Tutelar - Poder Judicial CABA.

567 Oszlak, Oscar y O'Donnell, Guillermo, *Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación.* Publicado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, Documento G.E. CLACSO/Nº4, 1981.

2. Algunas consideraciones previas: El derecho del niño/a y adolescente a ser escuchado/a

Numerosa normativa a nivel internacional y nacional legisla acerca del derecho de niños/as y adolescentes a ser escuchados/as, y mucho se ha escrito acerca de los alcances de este derecho, y los posibles medios para garantizarlo. En este apartado, solo nos propondremos hacer una síntesis de las normas que diariamente se invocan para promover la escucha de niños/as y adolescentes, a partir de una denuncia de violencia intrafamiliar, que los involucra en calidad de víctimas/testigos.

En primer lugar, el art. 12 de la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante, CDN) establece: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Por su parte, la Ley Nacional 26061 dispone en su art. 24: "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...", mientras que en su artículo 27 expresa que "Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte (...) los siguientes derechos y garantías: 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...".

Por su parte, el art. 17 de la Ley 114 CABA determina: "Los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos".

En líneas generales, de la normativa mencionada surge: 1) el niño/a tiene derecho a ser escuchado/expresar opinión en los asuntos que lo afecten/le interesen; 2) que dicha opinión será tenida en cuenta conforme a su edad y madurez. Ahora bien, y como hemos

manifestado, mucho ha debatido la doctrina y jurisprudencia acerca del alcance de estos conceptos –por ejemplo, cómo se determina la madurez de un niño/a–, y su aplicación en el caso concreto.

Particularmente, en lo que respecta la situación de niños/as y adolescentes víctimas y testigos de delitos, el apartado §21 de Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social, (E/2005/20), dispone: *"*Los profesionales deberán hacer todo lo posible para que los niños víctimas y testigos de delitos puedan expresar sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia...".

Sin perjuicio de ello, de las mismas Directrices surgen varios apartados que dan cuenta de la importancia de que el derecho del niño/a a ser escuchado, no redunde en una vulneración de otros derechos. En esta línea de ideas, y a modo ejemplificativo: "La injerencia en la vida privada del niño deberá limitarse al mínimo necesario..." (apartado §12); "Al prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones" (apartado §23); "...los profesionales deberán aplicar medidas para: a) Limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia..." (apartado §31).

Dicho esto, analizaremos la intervención de los diferentes actores institucionales que pueden participar desde el momento en que se radica una denuncia por una situación de violencia intrafamiliar en la que un niño/a se encuentra involucrado/a, y la importancia de garantizar una "escucha" responsable de dichos niños/as, a fin de evitar su revictimización, concepto que se analizará más adelante.

3. El Poder administrativo. Lo esencial es la política pública y un CDNNyA jerarquizado

La Ley 114 CABA y la Ley Nacional 26061, al receptar los principios fundamentales de la CDN, establece al Consejo de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante, CDNNyA) como organismo especializado, el cual debe implementar las acciones de protección de derechos tendientes a proporcionar escucha, atención, contención y ayuda necesarias a las niñas, niños y adolescentes –y a quienes cuiden de ellos–, ante la vulneración de

sus derechos, a fin de restituirlos (arts. 39 y 40 Ley 114 CABA, arts. 33, 39 y 40 Ley 26061).

Estas acciones son implementadas a través de sus unidades descentralizadas –las defensorías zonales–, o bien a través de la Guardia Jurídica Permanente (GJP), su servicio de intervención ante casos que requieran atención inmediata (urgencia). Es oportuno agregar que las situaciones en las cuales este organismo toma intervención son derivadas a partir de múltiples canales, a saber: Línea 102; Comisarías; Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN; juzgados civiles con competencia en familia; juzgados, fiscalías y asesorías tutelares en lo penal; etc.

En lo que respecta a las medidas de protección de derechos que el CDNNyA puede adoptar al momento de tomar conocimiento de una vulneración de derechos de un niño/a o adolescente, la Ley 26061 dispone la adopción de medidas de protección integral (art. 33) o de protección excepcional de derechos (art. 39), según el caso. En particular, en el supuesto de que se tomara conocimiento de que un niño/a o adolescente se halla inmerso en una situación de violencia intrafamiliar, puede disponer desde la inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar (medida de protección integral), hasta la separación momentánea del niño/a de su grupo familiar (medida de protección excepcional), las cuales solo serán procedentes cuando se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el art. 33 (conforme art. 40 Ley 26061), y serán controladas por la autoridad judicial con competencia en materia de familia.

Ahora bien, a fin de tomar las medidas que considere pertinentes, es central que los profesionales del CDNNyA garanticen el derechos de los niños/as a ser escuchados/as a fin de poder expresar sus opiniones y deseos, disponiendo el art. 67 de la Ley 114 CABA: “ Todos los informes, pericias, diagnósticos, evaluaciones y demás actuaciones extrajudiciales realizadas por las Defensorías, deben ser agregadas al expediente judicial como prueba preconstituida, a los efectos de su valoración por el Juez evitando su reiteración innecesaria”. No perdiendo de vista esta norma, nos adentraremos en la intervención del Poder Judicial.

4. El Poder Judicial: La intervención civil y la penal

Junto a las leyes de protección integral de derechos, en materia de violencia contamos con normativa específica que se activa al momento de una denuncia dando curso a dos procesos judiciales

paralelos –uno civil y otro penal o contravencional– cada uno con reglas y actores propios. Procesos que no siempre, como veremos más adelante, al no complementarse o articulan correctamente, corren el riesgo de superponerse, revictimizando al mismo niño/a inmerso/a de por sí en una problemática compleja. En relación con la Justicia civil con competencia en familia se activa la Ley Nacional 24417 de "Protección contra la violencia familiar" y la Ley Nacional 26485 de "Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales". También podemos hacer mención a la más reciente Ley Nacional 27372 de derechos y garantías de las personas víctimas, y al artículo 647 del Código Civil y Comercial de la Nación que prohíbe los malos tratos por parte de los progenitores a niños y adolescentes.

Por su parte, respecto a la intervención de la Justicia penal y contravencional es convocada principalmente por el artículo 149 bis, primer párrafo –amenazas simples– y artículos 89 a 91 – lesiones– del Código Penal de la Nación. Asimismo, es llamada a intervenir conforme los artículos 52 y 53 – hostigamiento, intimidación y maltrato– del Código Contravencional de la CABA.

4.1. La causa civil

El circuito en la Justicia Nacional Civil con competencia en Familia se inicia al recibir una denuncia proveniente, en general, de algunas de las líneas telefónicas 137, 102 o 911, de una Comisaría o principalmente de la presentación realizada en la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN (OVD), entre otros canales de denuncia.[568] De esta manera, se abre un expediente de violencia familiar y se pone en funcionamiento la Ley 24417. Ley que con su sanción y puesta en vigencia, tuvo en su momento como objeto que la violencia familiar deje de ser competencia de la Justicia penal, pasando a la Justicia civil con competencia en Familia. Adriana FAZZIO remarca que lo que se propuso con su puesta en funcionamiento fue "conseguir que la justicia pueda intervenir de una manera adecuada y rápida en un hogar donde la situación se ha desbordado y corren peligros sus miembros. Es decir que se pueda desactivar la violencia,

568 Una preocupación de los autores que será motivo de un próximo trabajo es la inflación de canales de denuncia y derivación sin la respectiva unicidad de criterios ni circuitos de procedimientos con los organismos de efectiva asistencia, vulnerando uno de los pilares del sistema de protección integral de derechos que es la corresponsabilidad. Ello no solo genera un dispendio de recursos estatales de por sí tan escasos, sino además superposiciones que generan mayor confusión y desorientación en la ciudadanía que demanda la asistencia.

tratando de no romper aún los vínculos familiares, encaminando a la familia hacia una definitiva solución de la problemática".[569]

En este marco, y más allá del trabajo que conjuntamente y/o con la asistencia de otros dispositivos iniciará el Juzgado Civil en relación con las personas menores de edad involucradas y el régimen de cuidado por parte de sus referentes, entre las medidas que puede dictar se encuentran las cautelares, aquellas que son de cumplimiento inmediato y que establecen un límite de plazo sujeto a su vez a otras disposiciones. Así, dispone de acuerdo con los elementos con los que cuenta, la exclusión del hogar del/a agresor/a, la prohibición de todo tipo de contacto (presencial, telefónico, etc.) entre la parte denunciada y la damnificada, la entrega del botón de pánico. Además, entre sus facultades tiene la facultad para resolver una cuota de alimentos provisoria. Asimismo, involucrados niños/as se le debe dar intervención a la Defensoría de Menores y al CDNNyA.

Por su parte, y sin perjuicio de estas intervenciones cursadas, se puede leer en muchos expedientes que los juzgados soliciten la intervención del Cuerpo Médico Forense o requieran al Equipo interdisciplinario de protección contra la violencia familiar del Ministerio de Justicia de la Nación la realización de un psicodiagnóstico de interacción familiar. Este último, formado por abogados, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, tiene a su cargo la realización de entrevistas, evaluaciones y orientación de las personas convocadas con la posterior elaboración de un informe en el cual "recomienda y sugiere a jueces y defensores las posibles variables que favorecerían de manera positiva a los/as protagonistas de las causas".[570]

4.2. La causa penal/contravencional

Sin perjuicio del expediente civil que se inicia con la denuncia por violencia familiar, al estar frente a la presunción de un hecho que puede constituir delito o contravención, se pone en conocimiento de la denuncia al Ministerio Público Fiscal, que a su vez le va a dar tratamiento al caso mediante las fiscalías de primera instancia. Con respecto a los delitos y contravenciones vinculadas a sucesos de violencia que se tramitan en la justicia local y en los que pueden estar inmersos niños, niñas y adolescentes, más arriba citábamos los

569 "La intervención con las familias. La actuación profesional", Adriana Fazzio en *Políticas Públicas de Infancia. Una mirada desde los derechos,* Edit. Espacio, 2001. Eroles, Carlos; Fazzio, Adriana y Scandizzo, Gabriel.

570 http://www.jus.gob.ar/atencion-al-ciudadano/atencion-a-las-victimas/programa-victimas-contra-las-violencias/cuerpo- interdisciplinario.aspx

principales que tramita el fuero: “amenazas simples”, “lesiones” y “Hostigamiento, maltrato e intimidación”.

Una vez que la Fiscalía recepciona la denuncia por el mismo canal que lo hace el Juzgado Civil o por los canales propios, realiza la apertura de un legajo penal/contravencional y, a partir de allí, si considera que existen indicios suficientes, da comienzo a la investigación. Para ello, requiere la mayor de las veces la presencia de la parte denunciante para que relate nuevamente los hechos –ratificación de la denuncia–, reúne pruebas, cita testigos, solicita tareas al Cuerpo de Investigaciones Judiciales; intima de los hechos a la parte imputada una vez definido el hecho objeto de la investigación, etc. La causa tendrá una etapa de investigación conforme el código procesal de tres meses (prorrogables por solicitud de la fiscalía y resolución judicial). Posteriormente, la Fiscalía –como titular de la acción– deberá definir si, requiere la causa a juicio, dispone su clausura provisional o resuelve el archivo de las actuaciones. La etapa intermedia se consumará con la audiencia de admisión de pruebas donde las partes, Fiscalía, Defensa y Asesoría Tutelar (al encontrarse involucrados niños, niñas o adolescentes como víctimas y/o testigos) expondrán y en la cual el Juzgado de garantías resolverá las pruebas que serán admitidas en la etapa de debate de juicio oral y público. En la siguiente etapa, y de no resolverse la causa mediante alguna vía de resolución alternativa del conflicto –lo más a menudo–, se realizará la audiencia de juicio oral y público.

Lo interesante para observar de estas dos actuaciones judiciales[571], es que pese a encontrarnos frente a la presencia de los mismos sujetos y misma conflictiva no están obligadas a dialogar ni interactuar institucionalmente entre sí, ni con el CDNNyA. De esta manera, se observan en los expedientes duplicarse declaraciones, solicitud de informes, entrevistas personales y las comunicaciones telefónicas principalmente respecto a la parte denunciante. Asimismo, el/la niño/a que se pone en contacto con el Estado, se encuentra obligado a transitar por los diferentes legajos y a responder a la demanda de instituciones que interviniendo desarticuladamente con sus propias lógicas y mecánicas no siempre son coincidentes con las exigencia del caso y la necesidad de los damnificados.

571 Sin intención de complejizar aun más, hay que señalar que existen casos en los cuales por presencia de varios delitos, intervienen dos Justicias penales al mismo tiempo, la de competencia local (penal, contravencional y faltas) y la de competencia nacional (criminal y correccional), sin unificarse procesos, generando un dispendio judicial y un importante desgaste para los ciudadanos que son parte de la conflictiva y acuden al Estado en busca de alguna respuesta.

Por otra parte, se advierte en los expedientes un desconocimiento de los operadores de la ingeniería institucional, actuando sin manuales de procedimientos ni protocolos de intervención, y careciendo así de una mirada holística e integrada que tome en cuenta el conjunto de organismos que comprenden el sistema de protección y el rol que a cada uno le asigna. Un ejemplo del problema que se plantea, y que implica la revictimización de las/os niñas/os víctimas de violencia, se grafica en el caso "S.V., M.D. y otros s/ art. 89 CP", causa en el marco de la cual la joven Y., de 16 años de edad, debió relatar los hechos vividos en el ámbito familiar, en todos los distintos espacios institucionales a los que acudió en búsqueda de alguna solución, a saber: Escuela, Comisaría, CDNNyA, Oficina de Atención Descentralizada del Ministerio Púbico Tutelar, Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN y Ministerio Público Fiscal de la Nación.

A esta altura podemos afirmar que para convertirse en una prioridad de política pública, la problemática de violencia hacia niños, niñas y adolescentes necesita de un diseño integral y articulado con profesionales que sepan detectar una posible situación de vulneración de derechos y derivar a las instituciones correspondientes. Ello exige una mayor capacitación de los organismos que trabajan en la temática; la confección de manuales de procedimientos y protocolos que no encorsete la intervención pero si establezca marcos y estándares respetuosos de los derechos y limiten la discrecionalidad, así como también el empoderamiento del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que debe contar con mayor presupuesto y un número superior de recursos (actualmente en franca desigualdad respecto al Poder Judicial); y finalmente un sistema de justicia mayormente unificado sin confundir propósitos, pero que adopte y favorezca el paradigma de la protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

5. La declaración de una/niño en la Justicia Penal y Contravencional de la CABA: Las condiciones previas para evitar la violencia institucional

En primer lugar, comenzaremos haciendo referencia a un concepto al que hicimos alusión en diferentes oportunidades, el de revictimización. Al respecto, dicho proceso puede producirse al hacer pasar al niño –ahora en rol de testigo desde el punto de vista procesal– por una situación que lo ubica nuevamente en el lugar de víctima de una vulneración de derechos generando así una retraumatización. En otras palabras, el riesgo de revictimización consiste en que a los

efectos que tienen lugar a raíz del hecho delictivo, se le sumen otros factores provocados (o aumentados) por las experiencias a que es sujeto el niño/a una vez que inicia el proceso legal. Cuando existe revictimización, el propio proceso penal se vuelve contra el niño víctima, que sufre ahora otro maltrato: el institucional.[572] Entonces, partiendo de que el interrogatorio judicial es un acto potencialmente revictimizante, la normativa en materia penal/contravencional precisa que ante requerimiento de alguna de las partes –más a menudo la Fiscalía que la Defensa– para que brinde su testimonio un niño, niña o adolescente mediante Cámara Gesell o Sala de Entrevistas[573], este deberá evaluarse bajo su prisma excepcional y de último recurso en particular durante la etapa de investigación (art. 43 Ley 2451).[574] Asimismo, para evitar un contacto innecesario del niño/a con el sistema de justicia penal (§ 29 y 31.a de las Directrices ECOSOC-2005/20), es conveniente evaluar sus condiciones personales y contextuales, el tipo de delito/contravención que se investiga[575], y agotar otros medios probatorios, entre ellos, testigos mayores de edad, presenciales o de concepto, audios, videos, informes o incluso entrevistas llevadas a cabo en el marco de otras actuaciones, como el legajo del CDNNyA (tal como dispone el ya citado art. 67 de la Ley 114), que puede aportar información institucional de los hechos concretos o de la situación de violencia atravesada por el niño/a incluso con su propio relato, sin necesidad de acudir a una nueva citación en la esfera penal, cuando lo que se pretende en este ámbito es solo confirmar o descartar un posible delito/contravención.

Ahora bien, si una vez realizada dicha evaluación, se considerara necesaria/conveniente la declaración del niño/a para el desarrollo de la causa, indefectiblemente debe recabarse su voluntad, poniendo en su conocimiento que no se trata de una obligación sino de un derecho y que por ende puede abstenerse de ejercerlo en el momento

572 "Acciones para evitar la revictimización del Niño Víctima de Delito", Manual para Acompañar a Niños a través de un proceso judicial", Tomo IV Colección: "El Niño Víctima del Delito frente al Proceso Penal"- Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, México 2006.

573 En la Ciudad de Buenos Aires, como parte de la inflación y fragmentación institucional se cuenta con dos organismos -el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público Tutelar- que sin aunar criterios cuentas con salas acondicionadas y profesionales para obtener el testimonio de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos.

574 Amén que como se señalaba más arriba el mayor porcentaje de causas se resuelven antes de la etapa de debate.

575 Un ejemplo de ello es que es posible encontrarse en el marco de un expediente donde se investiga un incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 Ley 13944) la citación de un niño/a de corta edad a prestar su testimonio.

que es requerido. Asimismo, debe ser informado del proceso explicándole todo el procedimiento previsto por la normativa (OG Nº 12, 13, y 14 CDN, Directrices ECOSOC-2005/20). Finalmente, obteniendo la voluntad del niño, niña o adolescente y contando con los recaudos necesarios, como ser la no presencia del imputado durante la declaración, el espacio físico adecuado, la capacitación de la/el profesional que lleve a cabo la entrevista, entre otros, podemos garantizar un contacto del niño/ con el sistema penal minimizando los riesgos de revictimización, valorando al niño/a no solo como objeto de prueba sino como sujeto en sí mismo independientemente de los fines de la causa.

6. Reflexiones finales

La Ley Nacional 26.061 consagra el Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual conforme surge de su artículo 32, está conformado por "todos aquellos organismos, entidades y servicios destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en el ámbito nacional, provincial y municipal". En virtud de ello, ese conjunto de actores gubernamentales y no gubernamentales son responsables de las acciones de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, debiendo llevar a cabo dicha protección mediante acciones articuladas y de control cruzado, es decir, que el Sistema de Protección Integral de los Derechos supone un intercambio permanente de todos los componentes de este, lo cual configura el denominado principio de corresponsabilidad. En otras palabras, en cada situación de vulneración de derechos de NNyA, y con el objeto de garantizarlos, se requiere de un trabajo articulado entre los actores intervinientes, cada uno de los cuales debe actuar en el marco de sus competencias. Resulta entonces fundamental superar las zonas grises en las intervenciones mediante protocolos de actuación interinstitucionales dotando al sistema de racionalidad y cumpliendo con el principio de corresponsabilidad.

En otro orden de ideas, es importante imponer un abordaje integral en el trabajo con el colectivo de niños, niñas y adolescentes, no solo con la apertura fragmentada casi a diario de canales de denuncia, asesoramiento y derivación, sino con un circuito de diálogo y abordaje institucional de protección integral de derechos que logre dar respuesta a las diversas y complejas problemáticas sociales de la época. Para ello, debe insistirse en el fortalecimiento operativo e in-

terinstitucional, dotando de recursos y capacitación a los operadores, potenciando la perspectiva interdisciplinaria y la experiencia con el objeto de elevar los estándares de intervención. Proceso que al mismo tiempo permitiría traspasar sentidos comunes naturalizados respecto a vetustas representaciones de la infancia, y generar nuevas creencias compartidas en sintonía con la protección integral y el enfoque de derechos, capaz de dar el salto cualitativo que la realidad nos demanda.

Justicia restaurativa juvenil y estándares internacionales: el estado del arte en Chile[576]

Fabián Suazo Guacte[577]

1. Antecedentes en el tratamiento jurídico: penal de menores

En los últimos 150 años – a nivel comparado – se han presentado, al menos, tres modelos que conciben desde el aporte doctrinal hacia la responsabilidad penal adolescente. Esto es: (1) el *penal indiferenciado*, (2) el *tutelar, paternalista o asistencialista* y (3) el de *justicia o modelo garantista*. A su respecto, es dable afirmar la aparición de la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (en adelante CDN) para efectos de reconsiderar las formulaciones propuestas en torno a la responsabilidad penal en cuestión.

A. Así, el primer modelo enunciado no realiza diferenciaciones sustanciales o formales entre adolescentes y adultos, aplicando indiscriminadamente el derecho penal y procesal penal establecido a propósito de los adultos a los menores. En efecto, sufrieron históricamente la preferencia de la sanción privativa de libertad imperante a la época, debiendo ejecutarse en los mismos recintos penitenciarios que los adultos, con poca o nula diferencia de aquellos. Esta cultura punitivista responde a los cánones imperantes, por tanto, la responsabilidad penal de los menores bebe y nutre de su contexto.

Para García Méndez, resulta de la aplicación de los procedimientos penales y las establecidas para los adultos a propósito de los adolescentes, siendo igualmente titulares de la norma penal, primando la sanción privativa de libertad, con algunas ate-

576 La investigación en cuestión es una versión ampliada de la ponencia a presentar en el Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: "Los Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia", en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

577 Estudiante de Derecho. Ayudante de investigación y de cátedra en el área del Derecho Procesal y Responsabilidad Penal Adolescente, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo – Chile.

nuaciones o disminuciones[578] de escaza entidad, desde la perspectiva de poder diferenciar la especialidad de la justicia penal juvenil que actualmente se conoce.

En el *common law*, únicamente los niños pequeños y los enfermos mentales quedaban exentos de la responsabilidad criminal. Por tanto, si la labor jurisdiccional determinaba que un menor de edad era penalmente responsable, era potencialmente objeto de idénticas sanciones de las impuestas a un adulto.[579]

B. El modelo paternalista, tutelar o asistencialista se centraba en la "Doctrina de la situación irregular", de modo tal que el menor de edad es considerado objeto y no sujeto de derecho, es por ello que se le considera inimputable y no recae sobre aquel la responsabilidad penal ni tampoco se le reconocen las garantías del derecho penal de adultos. La labor del juez se irgue en torno a resocializar al menor de edad.[580]

De ello, se intuye que el menor debía ser considera como "víctima", por tanto, debía ser protegida de toda situación calificada de irregular, incluyendo en esta a todo menor abandonado moralmente en situación de riesgo, así como el infractor de la ley penal.

En consecuencia, no tardaron en presentarse los problemas derivados por la falta de recursos económicos que requería la implementación de esta producción normativa. Así también, se desenmascaró y visibilizó como materialmente punitiva la intervención tutelar-correccionalista, que en sus inicios fue reconocida como un beneficio para el menor.

C. Con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el año 1989[581], estableciendo así lineamientos generales para la elaboración de una política criminal a propósito de los adolescentes infractores de la ley pe-

578 García Méndez, Emilio. "Adolescentes y Responsabilidad Penal: Un debate latinoamericano". En "Panorama Internacional sobre Justicia Penal. Temas Penales Diversos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados". Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Año 2007. Disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2497/20.pdf - Fecha de consulta: 29 de marzo, 2020.

579 Feld, Barry C. *Juvenile Justice Administration. In a Nutshell*. 2da Ed.,Editorial Thomson West, 2009, p. 1.

580 Tiffer, Carlos. "Los Adolescentes y el Delito". Revista de Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Enero-abril 2003. Pág. 257. Disponible en: http://www.iij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/publicaciones/revista/Revista%20100.pdf Fecha de consulta: 15 de abril, 2020.

581 Chile es signatario desde el 26 de enero de 1990 y ratificó el tratado el 13 de agosto del mismo año.

nal. Así, surge el modelo de justicia, garantista o de responsabilidad penal de los adolescentes, dado el establecimiento por parte de la Convención en orden a reconocer el carácter de *sujeto de derecho*, mas no un objeto de derecho tal como el tratamiento que le antecede. Por su parte, se obligó a los Estados a reconocer todos los derechos y garantías procesales que tiene cualquier sujeto de derecho, en ello la aceptación de la responsabilidad penal de los actos cometidos por los jóvenes. La característica más propia de este sistema es la autonomía frente al sistema de adultos, conteniendo una jurisdicción especializada para el juzgamiento cometido por menores infractores.

La especialización de este sistema de juzgamiento diferenciado posee directrices ilustrativas: una amplia gama de sanciones, priorizando aquellas no privativas de libertad dotadas de contenido educativo; el menor contacto del adolescente frente al sistema penal; con todo, ahora el adolescente infractor debe cargar con las consecuencias gravosas de su comportamiento.

2. Avance hacia el establecimiento de un juzgamiento especializado

Abandonado fuera el modelo asistencial, paternalista o tutelar del menor en Chile y una vez vigente la CDN, tras algunos años, comienza a sentarse el debate en torno al modelo imperante a la fecha desde el año 2007, en que la nación se propuso adoptar un modelo de justicia, garantista o de responsabilidad penal adolescente. Así, el sistema de justicia pone énfasis en los principios judiciales y de responsabilización por los hechos cometidos por el joven infractor, favoreciendo la justicia formal y la proporcionalidad de las penas[582] (sanciones).

La Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente[583] (en adelante LRPA) pretendía la consecución de finalidades garantistas[584], regulando un procedimiento para el establecimiento o no de

582 Hazel, Neal. "Cross-national comparison of youth justice". The University of Salford & the Youth Justice Board for England and Wales (YJB). Año 2008. Disponible en: http://www.yjb.gov.uk/publications/resources/downloads/cross_national_final.pdf - Fecha de consulta: 15 de abril, 2020.

583 Ley promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada en el Dario Oficial el 7 de diciembre del mismo año. Por lo dispuesto en su artículo 1° transitorio, entró en vigencia 18 meses después de su publicación, dando lugar a ello en el año 2007.

584 De tal forma se consagran los fundamentos en el Mensaje de la ley de S.E el Presidente de la República, en que enfatiza en que el Gobierno se ha propuesto la completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y a la adolescencia de modo

la responsabilidad penal juvenil, diferenciada de los adultos[585], estableciendo un catálogo de sanciones, primando un fin educativo. Otro punto crucial en orden a establecer un grado de diferenciación con el modelo de adultos, es la especialización con la que se sugiere contar por parte de los sujetos procesales que intervienen en los procesos penales contra los adolescentes.[586]

3. La puesta en práctica de los fines perseguidos por la Ley 20.084 en Chile y la exigencia de conocimiento técnico en la materia

En este sentido, la profesora Agustina Alvarado menciona que en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes la pena no es más que el mal que se irroga al autor de un hecho injusto, atendido a que ello puede ser reprochado desde la perspectiva de lo constitutivo de una determinación contra los mandatos y provisiones del derecho.[587]

Establecido sea lo anterior, no se deben perder de vista las directrices dadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las cuales se reconocen como:

A. Interés superior del niño, niña y adolescente: En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el pleno reconocimiento y respeto irrestricto de sus derechos.[588]

B. Sistema de justicia penal especializada y diferenciada para adolescentes infractores: Los y las juezas de garantía (que intervienen en un primer momento en la audiencia de control de detención) así como los intervinientes en causas sobre responsabilidad penal adolescente deberán estar capacitados en los es-

---

de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile – de fecha 2 de agosto, 2002. Mensaje n° 68-347.

585 Sin perjuicio del carácter supletorio del Código Procesal Penal que el legislador le atribuyó a la LRPA.

586 A pesar de que se trata de un sistema diferenciado y especializado que requiere de un grado técnico de conocimiento mayor, la realidad práctica ha arrojado la falta de aquello, lo que se verá en lo sucesivo.

587 Alvarado Urizar, Agustina. "Análisis de los fines de la pena en la ley n° 20.084: ¿salvadores el niño o retribucionistas?", en *Revista Ius Novum*, Vol. 1 (diciembre, 2007). P. 39.

588 Principio contenido en el art. 2° inc. 1° de LRPA. A su vez, ilustra el art. 3.1 de CDN.

tudios e información sobre los fenómenos criminológicos que le fundan en cuanto ocurrencia de tales infracciones. Además, deben poseer conocimiento en cuanto a la CDN, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecidas en esta misma ley.[589] Tal grado de especialización, a nivel legal, se extiende incluso a los policías, quienes, por regla general, serán el primer contacto con el sistema por parte de los menores infractores.[590,591] Así ha sido advertida tal relación como compleja y problemática[592], por parte del Prof. Gonzalo Berríos, por existir en ello una privación de libertad sin que medie una orden judicial previa (en los casos de flagrancia), cuestión relevante a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre cuyos sujetos cuentan con mayores protecciones de sus derechos que los adultos. La detención produce una situación, en primer momento, incompatible con la seguridad y libertad personal.[593]

C. Aplicabilidad de la CDN y otros Tratados Internacionales: En lo dispuesto por el art. 2° LRPA inc. 2°, el órgano jurisdiccional a cargo de la administración de justicia para los adolescentes, tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la CDN y en los demás Instrumentos Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes a la época.

589 Así dispone el art. 29 LRPA. Sin embargo, existe una excepción amplia contenida en su inc. 3°, en lo que todo fiscal, defensor o juez con competencia en materias criminales se encuentra habilitado para tal intervención.

590 El art. 30 LRPA, regula la capacitación de las policías. Ilustra a su respecto, la regla n° 12 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores; "especialización policial".

591 A su respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad" – Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2005, párrafo 7.

592 Berríos Diaz, Gonzalo. Derechos de los adolescentes y actividad persecutoria previa al control judicial de la detención. Revista de Estudios de la Justicia N° 7, año 2006. P. 128-129.

593 Así, en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos en su art. 9.1, se reconoce que "todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales"; similar idea contenida en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también en su art. 5.1 indica que "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" y que "toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", art. 5.2.

En ello, se ha llegado a un acuerdo internacional bastante exigente en cuanto al tiempo de duración de la detención, atendido sea el respeto y protección especial que merecen los Derechos Humanos de los adolescentes. Dicho eso, la CDN establece un parámetro restrictivo respecto al uso y duración de las privaciones de libertad (háblese de detención, encarcelamiento, prisión) ya que el foco debe ser utilizado en orden a que responda "solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda", según el art. 37.b.[594]
Del mismo modo, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menor o Reglas de Beijing[595], consagra –a propósito de la investigación y procesamiento– en su regla n° 10 "primer contacto", exigiendo el deber de información a sus padres o quien fuere su tutor, además de la exigencia de la revisión de la detención por parte de un juez/a, en orden a establecer –en el escenario esperado– la posibilidad de la disposición de libertad del joven.

Si bien la necesidad de contar con un sistema especializado se irgue en orden a preferir la desjudicialización, procurando así el menor contacto criminógeno y estigmatizante del joven infractor[596], la aplicabilidad que de ello se materializó en la práctica tira por la borda el buen intento de origen. Así, solo para ejemplificar, a un año de la entrada en vigencia de la LRPA, del universo que constituyen los adolescentes que se hallan privados de libertad, un 78% correspondía a la medida cautelar de internación provisoria, teniendo una duración aproximada de 79.4 días[597], por tanto, no se puede pretender la utilización de medidas que (1) implican una privación de libertad en similares condiciones al uso indiscriminado de la prisión preventiva

594 Así, la norma de carácter internacional ilustra acerca de dos estándares internacionales. Esto es: la privación de libertad como medida de último recurso y, por otra parte, procediendo, sea de la menor duración posible. No obstante ello, se trata de cuestiones abstractas, pues difícil resulta entonces establecer un parámetro más o menos objetivo en orden a detectar cuál serían los presupuestos que deben concurrir para invocar, por ejemplo, una internación provisoria. En el caso de una sanción en régimen cerrado, cuál sería el tiempo recomendable como de menor duración. Si es un criterio aritmético o cualitativo.

595 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre, 1985.

596 Ya sea porque se prefieren las salidas alternativas al proceso, bien se optó por el principio de oportunidad en el momento procesal para tal efecto o incluso en aplicación del artículo 41 LRPA, esto es, la suspensión de la imposición de la condena (cuando hubiere mérito para ello).

597 Datos otorgados por el Balance del Ministerio de Justicia (2008).

para los adultos[598], (2) cuya duración excede en promedio, en lo que en muchos casos incluso a la pena que se le asignará a título sanción, ya sea por la naturaleza de esta o por haberse preferido incluso una salida alternativa, lo que arriba a la consideración de la inutilizabilidad de medidas tan gravosas. Es precisamente en aspectos como los mencionados que a propósito de este sistema de justicia diferenciado para adolescentes infractores se estaría intentando oblicuamente el de adultos.

Por otra parte, la aplicabilidad de medidas y actuaciones tendientes a empañar el contacto de los adolescentes infractores de la norma penal con el sistema vislumbra cierto grado de ausencia de conocimiento técnico en lo que a las teorías criminológicas se refiere.

Dicho eso, resulta del todo atingente mencionar el conocimiento empírico dado por la psicología del desarrollo, en orden a explicar los motivos que conducen a la comisión de actos delictivos por parte de adolescentes y sobre la base de qué fenómenos aquellos se desenvuelven. Por tanto, la psicología del desarrollo parte de la base, antes alcanzar la adultez, las personas transcurren por una serie de fases evolutivas en sus procesos mentales operacionales, de razonamiento legal, de internalización de las expectativas sociales y que de la ley se tiene, y de la toma de decisiones desde el punto de vista ético o valórico.[599]

Así las cosas, el adolescente –de más de 14 años– se presume que ha alcanzado la fase del "pensamiento operacional formal", adquiriendo una serie de valores y nociones morales y legales, en orden a la determinación de su comportamiento, lo que sustenta la viabilidad del reconocimiento de su responsabilidad penal en los hechos que de ello derivaren. Por tanto, desde la vereda del aporte dado por la psicología del desarrollo se arriba a las siguientes consideraciones[600]:

Los adolescentes poseen menor capacidad cognitiva para razonar y entender, cuestión que posiciona un escenario abstruso para la toma de decisiones de alta complejidad y de las consecuencias que de ello derivan;

598 En este sentido, la reforma del año 2008 significó la incorporación de la causal del peligro para la sociedad en la letra c) del art. 140 del Código Procesal Penal chileno. Unos años más tarde, se transformaría en la medida cautelar de mayor uso.

599 Feld, Barry. Bad kids. Oxford University Press, New York, 1999. P. 306.

600 Couso, Jaime. La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII. Valparaíso, Chile, 2012. Pp. 276-280.

Los adolescentes tienen menor capacidad de juicio y de autocontrol, en lo que las capacidades abstractas de los adolescentes para razonar de forma inteligente e informada no responde al mismo grado competencia que un adulto.

En ello, resulta un factor determinante, por ejemplo, la limitada capacidad que existe en torno a la oposición de resistencia frente a la presión ejercida por el grupo de pares y la influencia que en aquel tienen los modelos de comportamiento de estos.

Los adolescentes tienen mayor sensibilidad a la pena y vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales de la cárcel[601], de modo tal, que su percepción del tiempo, especialmente en situación de privación de libertad, el tiempo pasa mucho más lento.

4. Proyecto de Ley en materia de Responsabilidad Penal Adolescente

En abril del año 2017, el órgano administrativo ingresa un proyecto de ley que busca la creación del Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.[602]

El servicio antes enunciado, tiene como propósito generar un servicio público descentralizado, encargado de la administración e implementación de las medidas y sanciones previstas por la LRPA. Así, estipula políticas sectoriales y programas que contribuyen a la intervención, rehabilitación y reinserción social de los jóvenes que han estado en conflicto con la norma penal.

Este proyecto innova en el separatismo de lo que hasta ahora aunaba el SENAME[603], distinguiendo así entre un servicio focalizado en la infancia vulnerada y otro a cargo de la reinserción social juvenil.

La necesidad de contar con un órgano a cargo de la reinserción se halla enfatizada por el mismo mensaje del proyecto, dado que el actual sistema penal de adolescentes no logra la reinserción ni se muestra eficaz en términos preventivos.[604]

---

601 En cuanto a la vulnerabilidad propiamente tal, la privación de libertad los deja en una posición provista de afectación a la salud mental, en lo que, los centros destinados al efecto, han evidenciado la carencia de respuesta terapéutica disponible para ello.

602 Según data en el Boletín N° 11174-07.

603 Servicio Nacional de Menores encargado, entre sus labores, de la ejecución de la sanción por parte de jóvenes infractores.

604 Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica. Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil – Observatorio Legislativo. Año 2018 / N° 36.

La mayor innovación que presenta el proyecto –en lo que a lo químicamente puro del derecho procesal concierne– es precisamente la mediación penal, como una vía de alternatividad al proceso penal mismo. Su procedencia se configura en todo proceso en el que sea aplicable la suspensión condicional del procedimiento o el principio deoportunidad, esto es, faltas o simples delitos.[605] En cuanto a su improcedencia, serán aquellos casos en que se hubiere declarado el cierre de la investigación – lo que precisamente produce un inconveniente toda vez que, al tratarse de un sistema de justicia especializado, lo normal es que los procesos judiciales sean rápidos y con cierres de investigación tempranos – o se tratare de delitos dolosos contra la vida, contra la libertad ambulatoria, contra la libertad sexual y violencia intrafamiliar, aunque admite excepciones.

En los procesos de mediación deberán intervenir el infractor y la víctima de manera personal[606] y voluntaria. De resultado exitosa la mediación, da lugar al archivo definitivo o al sobreseimiento de la persecución penal en cuestión.

5. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos

En el ámbito concerniente al derecho penal, la doctrina generalmente ha estado por coincidir en identificar entre las principales funciones de tal materia. Sin que el orden sea prelativo, se señala que se encuentra la función de definir las conductas que serán consideradas delictuales (tipicidad), garantizando al Estado el derecho a castigarlas mediante la determinación y aplicación de la pena (antijuricidad), limitando así el *ius pundiendi* del Estado frente a las garantías individuales consagradas a favor del imputado, sin reconocer expresamente entre sus funciones propias la de resolver conflictos de un ámbito penal.

Siguiendo esta línea, el derecho penal ha sido considerado por la doctrina como insuficiente para lograr una convivencia en lo social de carácter armonioso y preventivocon respecto a las conductas que dañan o ponen en peligro los bienes jurídicos preciados por la sociedad en su conjunto. Así las cosas, se ha sostenido que la mayo-

605 Aquello resulta un nudo crítico por la significancia expresamente limitante de los fines perseguidos, pues en la actualidad existen crimines cometidos por adolescentes infractores que perfectamente pueden ser arribados por la solución de la mediación penal.

606 La consideración propia de la víctima también resulta ser un aspecto novedoso, toda vez que los dos modelos sancionatorios que regula la LRPA a título de justicia restaurativa –aunque discutido por la doctrina– esto es, beneficio en servicio de la comunidad y la reparación del daño causado, esta última justamente es de escaza aplicación por la ausencia de la víctima en las distintas oportunidades procesales para tal efecto.

ría de las tendencias teóricas contemporáneas cuestionan la eficacia del sistema penal y el fin de la pena, cuestión por la cual, atendido el delito como un fenómeno ubicuo e intrínseco en la convivencia social, se deben buscar y proveer factores e instrumentos de respuesta menos estigmatizantes.[607]

Mucho se ha discutido doctrinalmente sobre si el delito puede considerarse un conflicto y si el proceso penal es o no un medio para resolver los conflictos del ámbito penal y como consecuencia de ello, si solo deberían considerarse al Estado e infractor como partes de este proceso, o si también son actores de relevancia la víctima, y la comunidad en sí.[608]

Para Eiras, y es la postura que se pretende validar, el delito para el sistema tradicional –entiéndase por sistema retributivo– es entendido como una infracción a la norma jurídica, que es expresión del poder soberano. En cambio, desde la perspectiva de la justicia restaurativa, el acto delictual y el delito en sí mismo "es un conflicto social, una incompatibilidad de conductas, percepciones, objetivos y afectos entre individuos o grupos sociales".[609]

Dicho eso, cobra especial relevancia lo que se entenderá por justicia restaurativa. A pesar de que resulta difícil aunar las distintas definiciones por la ausencia de un concepto univoco, reporta gran utilidad considerar los cuatros valores identificados por Van Nesst y Heetderks Strong[610], quienes sobre la base de los procesos y resultados restaurativos les ha permitido distinguir: en un primer lugar –sin que el orden imponga una suerte de prelación– mencionan el encuentro entre las partes y la comunidad. Segundo, la reparación del daño causado a la víctima y a la sociedad. Tercero, la reintegración o reinserción de la víctima y del autor del delito en la comunidad. Por último, está la participación, dada por la oportunidad que se les otorga a las partes de un determinado conflicto jurídico-penal de involucrarse activamente en todo el proceso.

Entonces, el sistema restaurativo tiende a la resolución de conflictos, bajo la asunción de responsabilidades y la reparación del daño causado, en una perspectiva de futuro.

---

607 Varona, Gema. La mediación reparadora como estrategia del control social, una perspectiva criminológica. Año 1998. P. 14.

608 González, Isabel y Fuentealba, María Soledad. *Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile.* Año 2013. P. 188.

609 Eiras, Christian. *Mediación Penal, de la Práctica a la Teoría.* Año 2004. Pp. 36-37

610 Van Ness y Heetderks. Restoring Justice. Año 2001. P. 36.

Así, bajo la premisa de la exigencia de una mayor presencia de la víctima en la solución del conflicto penal, en orden a la dotación de un mecanismo que no derive necesariamente en la imposición de una sanción de carácter punitivo. Por lo tanto, que los protagonistas del conflicto sean la víctima y el autor del ilícito, quienes determinen formas de responsabilidad y de reparación.[611] Desde ese punto de vista, este modelo de justicia restaurativa se construye sobre la base de que el Estado no es propietario absoluto del conflicto, sino que son los involucrados en él los principales llamados a buscar una solución.[612]

El actual sistema retributivo tiene como uno de los principales objetivos el probar la comisión de un hecho ilícito que reviste los caracteres de delito, establecer culpas y aplicar castigos, mirando al pasado.[613] En la justicia retributiva lo determinante es el quebrantamiento de una norma penal y por ello la imposición de la una pena asignada al delito a título de castigo.[614] En este sentido, se presenta el cuestionamiento en torno a la pena y su limitada capacidad para cumplir con fines resocializadores para el autor del ilícito, más cuando se trata de penas privativas de libertad, tomando en especial consideración su carácter segregador y estigmatizador.

Así, la justicia restaurativa, compasiva o reparadora, se establece a través de mecanismos restaurativos que permiten a la víctima una reparación real y más oportuna, sea de naturaleza material o simbólica, y al infractor de la ley penal beneficiarse de una reducción de la pena o evitar la imposición de esta, impidiendo con ello sus efectos estigmatizantes, otorgándole la posibilidad de asumir su responsabilidad en los hechos, cuestión que le facilitará a la persona imputada una adecuación en torno a la reinserción social y disminuirá las posibilidad de reincidencia –por su especial efecto disuasivo–, resguardando los fines de la prevención general y especial de la pena.[615]

---

611 Bazemore, Gordon y Walgrave, Lode. Restorative Juvenile Justice: repairing the Harm of Youth Crime. Año 1999. P. 48.

612 Carnevali, Raúl. *Mecanismos alternativos de solución de conflictos.* Año 2017. P. 123.

613 Cavadino, Michael y Dignan, James. The Penal System: An Introduction. Año 1997. P. 39.

614 Silva, Jesús. En búsqueda del Derecho Penal. Año 2015. P.6.

615 Villán, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Año 2002. Pp. 153 y ss.

6. Algunas consideraciones

En la actual LRPA existen dos mecanismos que resultan, a lo menos, cuestionables desde la perspectiva de la justicia restaurativa, esto es la reparación del daño causado[616] –que como ya se pudo advertir tiene escasa utilidad– y el trabajo en beneficio de la comunidad – el cual ha recibido aplicación en cuanto a su duración en algunas ocasiones mayor a lo que sería una medida más o menos privativa de libertad–. Dicho eso, el actual proyecto de ley, pretende sino la necesidad de salvaguardar los intereses y necesidades especiales de un grupo que precisamente detentan una tutela jurídica diferenciada, en orden a su protección. Por tanto, a pesar de que no reconoce ningún modelo dogmático para su construcción, es perfectamente conciliable con el aporte dado por la psicología del desarrollo, propendiendo así al menos contacto criminógeno del menor con la justicia penal.

Por su parte, la exclusión de la violencia intrafamiliar dentro del listado taxativo de los delitos que pudieren ser solucionados por medio de la vía dispuesta por la mediación penal, dado que en la mayor de las veces se trata de violencia entre hermanos o dentro de la familia, cuestión que resulta especialmente atractivo al alero de la justicia restaurativa, pues precisamente se intenta la restauración de los lazos que unen las relaciones interfamiliares y no su reserva por la vía de mayor punitivismo. Aquí pareciere haber una confusión entre el macro concepto de violencia intrafamiliar con lo que se ha entendido como violencia de género –en lo que a la perspectiva de género respecta, el proyecto ni la actual LRPA se hacen cargo– reservándose así el discurso populista punitivista que ha imperado en el último tiempo. Así las cosas, pareciera perderse de vista que el feminismo como teoría del género posee eminentemente un rol educativo, en que las partes de una situación conflictiva o violenta deben entender sus dinámicas y complejidades propias de las sociedades hetero patriarcales.

Finalmente, no existe claridad con lo que respecta a los instrumentos de evaluación que se utilizaran, esto es las consideraciones a los factores de riesgo (y no protectores) tales como el seno de una familia desarticulada, deserción del sistema educativo regular, abusos, víctima de violencia intrafamiliar o violencia sexual, abandono

616 En cuanto a la reparación del daño causado en el marco de responsabilidad penal adolescente, es criticable desde la perspectiva del carácter personal del derecho penal, toda vez que la imposición de resarcir –cuando se tratare de reparación económica, en atención al art. 10 de la Ley N° 20.084– se desplazaría hacia una carga en torno a los padres, tutores o curadores del menor infractor.

material o moral, o cualquiera otra circunstancia fáctica que dispusiere al joven infractor en calidad de víctima, que al momento de la determinación de la pena juegan un papel crucial (v.gr. en el modelo actual de LRPA, entre una libertad asistida y un régimen semicerrado, se optaría por este último en casos de que concurran uno o más de los factores de riesgos enunciados.

Reflexiones en torno a la prohibición de aplicar el proceso abreviado en el sistema de justicia penal juvenil uruguayo

Daniel R. Zubillaga Puchot[617]

"Hay cosas que hablan ahí como hablan ellos [los abogados, los fiscales, los jueces] que no sé, no le entiendo. No entiendo por ejemplo, […] en el último juicio me pusieron siete meses de trabajo a la comunidad, lo único que entendí, porque el resto no lo entendía de nada. Siete meses, si te conformas, si, y ya está".[618]

1. Introducción

En el marco de la reforma procesal penal acusatorio en Uruguay, la ley 19.551 del año 2017 optó por prohibir la aplicación del proceso abreviado a la materia penal juvenil. El instituto, considerado un bastión para la realización de la reforma acusatoria, es utilizado en la gran mayoría de las causas penales de adultos, contrariamente a lo que sucede en materia penal juvenil. En virtud de ello, se presentará la cuestión sobre la (in)admisibilidad de los mecanismos de justicia negociada en el proceso penal juvenil, atendiendo a la evidencia empírica y a algunos ejemplos de derecho comparado. Posteriormente,

617 Abogado, Universidad de la República (Uruguay). Maestrando en Criminología y Delincuencia Juvenil, Universidad de Castilla – La Mancha (España). Ayudante Grado 1 en los proyectos de investigación CSIC I+D "Modificaciones normativas y política asistencial para el campo de la salud mental del Uruguay en el siglo XXI: tensiones y énfasis en la gestión socio sanitaria", Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Uruguay) y en el proyecto CSIC "Castigo, delito y proceso penal en Uruguay" en el marco del "Fondo para la difusión de temas de interés general", Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Facultad de Información y Comunicación, Universidad de la República (Uruguay).

618 Testimonio de menor de edad inmigrante condenado en España mediante el mecanismo de la conformidad de la LO 5/2000. Extraído de Fernández-Molina, Esther, Vicente Márquez, Lidia y Tarancón Gómez, Pilar, "Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal", *InDret Revista para el Análisis del Derecho* Nº 2 del 2017 (2017), p. 25.

se pasará a exponer sobre el contexto uruguayo, donde, con anterioridad al nuevo CPP, la ley preveía instrumentos consensuales para el arribo inmediato a la sentencia definitiva, lo que fue revertido por la decisión político-criminal adoptada por la ley 19.551, que aún sigue siendo objeto de debate. Se aportarán las razones manejadas en el debate parlamentario sobre la actual prohibición de abreviar el proceso; así como también algunas hipótesis sobre la utilización de otros institutos consensuales no excluidos del proceso penal juvenil posiblemente utilizados con el objetivo de sortear la prohibición de abreviar el proceso.

2. Los instrumentos de justicia negociada en el proceso penal y en el proceso penal juvenil

Los mecanismos de justicia negociada –como el proceso abreviado consagrado en la legislación procesal penal uruguaya– pueden ser observados en todos los códigos procesales penales acusatorios de la región, en los que se ha introducido como parte fundamental de las reformas a los sistemas de justicia, en el entendido de que si el proceso acusatorio es un proceso de partes en el que existe una disputa entre estas, "es natural que ellas puedan negociar aquella, poniéndose total o parcialmente de acuerdo sobre cuál es el objeto de la controversia o sobre si existe alguna".[619]

Su origen se encuentra en los Estados Unidos, en donde se ha constituido como la principal vía utilizada para la resolución de casos penales.[620] Esto ha llevado a Anthony Kennedy, ex juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, a afirmar en *Missouri v. Frye* (2012) que el *plea bargaining* no es un mecanismo accesorio del sistema de justicia penal, sino que "es el sistema de justicia penal". En dicho país, además, el *plea bargining* puede ser aplicado tanto en materia de adultos, como en adolescentes (*plea admissions*), aunque con algunos matices.[621]

619 Langer, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado". En: *El procedimiento abreviado*, coord. por Alberto Bovino y Julio B.J. Maier (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001), p. 121.

620 Dervan, Lucian B., "Arriving at a System of Pleas: The History and State of Plea Bargaining", En: *A System of Pleas. Social Science's Contributions to the Real Legal System,* editado por Vanesa A. Edkins y Allison D. Redlich (Nueva York: Oxford University Press, 2019), 11-23.

621 Hertz, Randy, Guggenheim, Martin y Amsterdam, Anthony, Trial Manual for Defense Attorneys in Juvenile Delinquency Cases, Edición 2015, Washington DC: National Juvenile Defense Center, 2015.

Son varias las razones que justifican su implantación en los ordenamientos jurídicos. Pero por lo general, suelen girar en torno a la búsqueda de mayor eficiencia; el incremento de la persecución penal para enfrentar la impunidad; y la evitación de la revictimización que las múltiples instancias del juicio pueden generar en los damnificados.[622] Sin embargo, los mecanismos de justicia negociada han sido fuertemente criticados por su efecto *degradador* de la Justicia penal[623]; así como su contradicción con garantías procesales fundamentales (inmediación, oralidad, presunción de inocencia) y con la finalidad preventivo-especial-positiva de la pena.[624] Incluso,

Los propios defensores del *plea bargaining* reconocen que uno de los principales problemas que plantea este recurso es que su dinámica estructural perjudica a los acusados que son inocentes, quienes, en caso de riesgo de una pena mayor, que podría ser impuesta en el juicio, prefieren la pena menor acordada en la negociación.[625]

En varios ordenamientos también se admiten en la jurisdicción penal juvenil. De hecho, en lo que respecta a los adolescentes se ha justificado su utilización por su especial función protectora. Al respecto, la CFGE 1/2000 señaló en relación con la conformidad prevista en la legislación española que, en el proceso penal juvenil, "la audiencia es inseparable de un sentido educativo que no puede pasar desapercibido. Pero la evitación de la audiencia también puede contribuir de modo decisivo al proceso de formación del menor". De esta manera, la conformidad podría "preservar el interés del menor en cuanto este interés puede exigir evitar el contenido estigmatizante de un juicio".[626]

Sin embargo, su utilización en la justicia penal juvenil también ha sido objeto de fuertes cuestionamientos. Una primera crítica se

622 Russel, Jago y Hollander, Nancy, "The Desappearing Trial: The global spread of incentives to encourage suspects to waive their right to a trial and plead guilty", *New Journal of European Criminal Law,* Vol. 8-3, (2017), 309-322.

623 Del Moral, Antonio, "La conformidad en el proceso penal. Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español", *Revista Auctoritas Prudentium* nº 11 (2008), 1-22.

624 Schünemann, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano?), En *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio,* ed. Por Bernd Schünemann (Madrid: Tecnos, 2002), 288-302.

625 Ferré Olivé, Juan Carlos, "El *Plea Bargaining,* o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 20-06 (2018), p. 11.

626 Urbano Castillo, Eduardo, *Comentario a la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor,* Elcano, Aranzadi, 2001, p. 312.

orienta a la contradicción que genera con el ideal socio-educativo de la justicia juvenil, señalándose que el objetivo de reeducación debería primar sobre la economía procesal.[627] A su vez, también existen aspectos personales de los adolescentes y estructurales del sistema de justicia penal juvenil que ponen en duda la legitimación de estos mecanismos.[628] Por un lado, se ha constatado que los adolescentes no tienen las mismas capacidades que los adultos al enfrentarse a instancias judiciales.[629] Además, y por encontrarse en una etapa de formación, se caracterizan por ser personas impulsivas, menos orientadas a las consecuencias futuras y más susceptibles a la influencia de pares y adultos.[630]

Por otro lado, existen ciertas circunstancias inherentes al funcionamiento del sistema de justicia penal juvenil que exacerban los factores personales y psicológicos antedichos. En este sentido, se ha observado que la escasa comunicación con un abogado defensor; las ofertas explosivas (*exploding offers*); el poco tiempo para tomar una decisión tan crítica como la aceptación del acuerdo; los descuentos de pena ofrecidos; y la prisión preventiva, son elementos que pueden condicionar la decisión de un adolescente.[631]

627 Garrido Carrillo, Francisco Javier, "La fase de audiencia o de juicio oral en el proceso penal de menores", En *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)* editado por Lorenzo Morillas Cueva y José María Suárez López, 459-499, Madrid. Dykinson, 2010.

628 Fountain, Erika y Woolard, Jennifer, "How Defense Attorneys Consult with Juvenile Clients About Plea Bargains", *Psychology, Public Policy and Law,* Vol. 2 nº 2 (2018), 192-203.

629 Viljoen, Jodi, Klaver, Jessica y Roesch, Ronald, "Legal Decisions of Preadolescent and Adolescent Defendants: Predictors of Confessions, Pleas, Communications with Attorneys, and Appeals", *Law and Human Behavior,* Vol 29 Nº 3 (2005), 253-277. En igual sentido, Fernández Molina, Esther, Bermejo Cabezas, María y Baz Cores, Olalla, "Percepciones de los jóvenes infractores sobre la justicia de menores", *Revista Española de Investigación Criminológica* nº 16 (2018), 1-25.

630 Steinberg, Lawrence, "Adolescent Development and Juvenile Justice", *Annual Review of Clinical Psychology* nº 5 (2009), 47-73.

631 Redlich, Allison D., Zottoli, Tina y Daftary-Kapur, Tarika, "Juvenile Justice and Plea Bargaining", En *A System of Pleas. Social Science's Contributions to the Real Legal System,* ed. por Vanessa A. Edkins y Allison D. Redlich, 107-131, Nueva York, Oxford University Press, 2019.

3. Los mecanismos de justicia negociada en el proceso penal juvenil a nivel comparado

A nivel comparado, la cuestión sobre la admisibilidad de los mecanismos de justicia negociada en el proceso penal juvenil no se encuentra zanjada.

En Estados Unidos, el *guilty plea* puede ser utilizado tanto en la jurisdicción de adultos como de adolescentes, recibiendo la denominación de *guilty admission*. La diferencia más importante entre ambas es que en la segunda no se admite una de las más formas más usadas de negociación en la jurisdicción de adultos: declararse culpable de un delito menos grave con el objetivo de reducir el máximo posible de pena a la que un adulto estaría expuesto. Esta diferencia genera que el incentivo más grande para un adulto para negociar no se encuentre disponible en la jurisdicción de menores.[632] Y así como sucede en la jurisdicción de adultos, la gran mayoría de las causas penales (aproximadamente el 95%) seguidas contra adolescentes, son resueltas por la vía del *guily admission.*[633]

En Israel, el *plea bargaining* ha sido utilizado por el sistema de justicia militar para enjuiciar a menores palestinos en los territorios ocupados. De 297 casos cerrados entre el año 2012 y 2015, 295 terminaron en acuerdos de *plea bargain*. Esto ha llevado a afirmar que la jurisdicción militar juvenil en Israel no hace otra cosa que aprobar acuerdos; que, a su vez, se ven facilitados por el hecho de que los tribunales militares aplican la prisión preventiva como medida preferente con el objetivo de presionar la celebración de un acuerdo.[634]

En América Latina, el ordenamiento argentino prevé el juicio abreviado en el art. 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, en virtud de la remisión genérica que hace el art. 410 del mismo código en el capítulo "Juicio de Menores", que dispone que "en las causas seguidas contra personas menores de 18 años se procederá conforme a las disposiciones del rito penal". En consecuencia, "se ha entendido, tradicionalmente, que no habría ningún obstáculo en las normas procesales para el uso del juicio abreviado en los casos de los imputados menores de dieciocho años de edad al momento

632 Hertz, Guggenheim y Amsterdam, *Trial Manual for Deffense Attorneys…*

633 Redlich, Allison, Bibas, Stephanos, Edkins, Vanessa y Madon, Stephanie, "The Psychology of Defendant Plea Decision Making, American Psychologist vol. 72 nº 4 (2017), 339-352.

634 Stein, Yael. *Minors in Jeopardy: Violations of the Rights of Palestinian Minors by Israel`s Military Courts,* Jerusalén, B'tselem, 2018, https://www.btselem.org/publications/summaries/201803_minors_in_jeopardy

del hecho"[635] En este país, la mayoría de los casos penales de adolescentes infractores son resueltos por la vía del juicio abreviado. Así, "Solo en el año 2013, según las estadísticas de los Tribunales Orales de Menores de la Capital Federal, sobre un total de 342 sentencias, 232 fueron mediante la vía abreviada, es decir, un 68% de las causas".[636] Por su parte, la discusión jurisprudencial sobre la aplicación del juicio abreviado ha girado, principalmente, en torno a la capacidad del menor de edad para consentir el acuerdo.

En Chile, desde la entrada en vigencia de la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, se ha debatido en torno a si el procedimiento abreviado regulado en el Código del Proceso Penal resulta aplicable o no a la jurisdicción penal juvenil, puesto que aquella "no hizo referencia alguna al procedimiento abreviado tratándose de adolescentes"[637]. Este vacío legal ha derivado en manifestaciones heterogéneas por parte de la jurisprudencia, que se ha declarado tanto en contra como a favor de su aplicación.[638]

En Colombia, el art. 157 del Código de Infancia y Adolescencia prevé la aceptación de responsabilidad del menor en el mismo momento en que se le formula la imputación. Pero "La negociación sobre la responsabilidad penal, vale decir, la *conformidad negociada*, queda expresamente prohibida para ser aplicada en el proceso penal de menores".[639] Es decir, en Colombia "solo procede la conformidad simple en relación con la imputación presentada por la Fiscalía, ya que de manera directa excluye las negociaciones entre esta y el menor".[640] Según entiende Molina por un lado, "si el menor carece de la autonomía para celebrar actos jurídicos válidamente, no podría tenerla para disponer sobre su responsabilidad penal"; mientras que por otro lado, "si la medida que se le impone al menor tiene como

635 Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierzenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, "La justicia juvenil y el juicio abreviado", *Revista Asociación Pensamiento Penal* (2017): 1-43. http://pensamientopenal.com/doctrina/44777-justicia-juvenil-y-juicio-abreviado, p. 9.

636 Beloff, Freedman, Kierzenbaum y Terragni, "La justicia juvenil…", p. 2.

637 Leiva Mendoza, Leonardo, "La especialidad del proceso penal juvenil y el procedimiento abreviado", *Revista de Estudios de la Justicia* nº 25 (2016), p. 105.

638 Leiva, "La especialidad del proceso penal juvenil…", 104-137.

639 Molina López, Ricardo, "El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español)", *Nuevo Foro Penal* Nº 72 (2009), p 76.

640 Molina López, Ricardo, *La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana,* Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2010, p. 472.

finalidad su protección integral, carecería de sentido cualquier negociación de corte utilitarsita respecto de la misma".[641]

En Europa existen países que prevén expresamente la aplicación de mecanismos negociados y otros que lo prohíben. De hecho, dos de los países cuyas tradiciones jurídicas más han influenciado la legislación penal y procesal penal del Uruguay –España e Italia– prevén soluciones disímiles.

Por un lado, la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de Menores española prevé dos tipos de conformidades diferenciadas por su alcance y por el momento procesal en el que pueden ser aplicadas. En el art. 32 se regula un tipo de conformidad limitada que puede suscribirse durante la etapa de alegaciones y en la que solo es posible pactar una medida socio-educativa no privativa de libertad. Mientras que el artículo 36 dispone una conformidad ilimitada que puede ocurrir durante la etapa de audiencia o juicio oral, en la que no existen limitaciones en cuanto al alcance de la medida impuesta.[642] Además, el régimen de la conformidad española permite acordar sobre los hechos, la imputación y la medida socioeducativa de forma separada, de manera que si no hay acuerdo sobre uno de estos elementos, es posible seguir por la vía del juicio sobre aquel o aquellos no acordados.

En la CFGE 1/2000, la Fiscalía General del Estado ha expresado que "en el proceso penal que afecta al menor, la conformidad, como manifestación del principio de consenso, es algo más que un instrumento procesal puesto al servicio de una razón de economía procesal" y que "la evitación de la audiencia puede contribuir de modo decisivo al proceso de formación del menor". En cuanto a la utilización de la conformidad, según datos publicados en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2018, los índices de sentencias de conformidad oscilan, desde 2011, entre el 69-72%. En el 2017, de las 16.190 sentencias de condena decretadas ese año, las dictadas por conformidad del menor fueron 11.194, es decir, un 67,84%.

Por otro lado, en Italia, el *Codice di Procedura Penale* de 1988 previó varias estructuras procesales simplificadas, entre las que se encuentra la aplicación de la pena a solicitud de las partes (*applica-*

641 Molina, López, *La conformidad*…, p. 472.

642 Díaz-Maroto y Vilarejo, Julio, Sánchez Feijóo, Bernardo y Pozuelo Pérez, Laura, *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores,* Madrid, Thompson Reuters, 2008.

zione della pena su richiesta delle parti)[643], o nuevo *patteggiamento*[644]; Pero este instituto fue expresamente prohibido en la jurisdicción penal de menores.[645]

Así, el art. 25 del decreto del Presidente de la República nº 448/88 dispuso que en el procedimiento penal seguido contra menores no son aplicables las disposiciones del título II (aplicación de la pena a pedido de las partes) y V (procedimiento por decreto) del libro V del CPP italiano. Dicha prohibición fue, incluso, declarada constitucional por la *Corte Constituzionale* en sentencia nº 135 del año 1995. En resumen, la Corte sostuvo que la exclusión del *pattegiamento* del proceso penal juvenil es constitucional en razón de que este puede conducir a resultados incoherentes con el principio de desjudicialización que inspira a la justicia penal juvenil en la actualidad.

4. La reforma acusatoria en Uruguay y el proceso abreviado

En Uruguay, el sistema de justicia penal ha sido reformado para adaptarlo a la lógica acusatoria adversarial, abandonándose así el modelo de justicia inquisitivo atemperado (o mixto) del Código del Proceso Penal de 1980 (Decreto-Ley 15.032). Esta importante reforma hizo de Uruguay uno de los últimos países de la región en adecuar su sistema de justicia a los estándares acusatorios.

El nuevo CPP (Ley 19.293 del 2014, que entró en vigencia el 1º de noviembre de 2017) trajo consigo numerosas novedades. Entre ellas, se destacan la oralidad como principio rector de los actos jurisdiccionales; la garantía del doble juez; la dirección de la investigación por parte de la Ministerio Público; el principio de oportunidad reglado; vías alternativas de resolución del conflicto, entre otras. Pero el proceso abreviado (arts. 272 y 273) constituyó uno de los más importantes institutos previstos en el código.

Se trata de un instrumento de justicia negociada o de renuncia al juicio (*trail waiver*) por el que el Ministerio Público y el imputado –asistido por su defensa– pueden arribar a acuerdos sobre la calificación jurídica de los hechos, el *quantum* de la pena y su for-

643 Furgiuele, Alfonso, *L'applicazione di pena su richiesta delle parti,* Napoli, Edizione Schientifiche Italiane, 2000.

644 Rodríguez García, Nicolás, *La justicia negociada. Experiencias de derecho comparado,* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

645 Di Nuovo, Santo y Grasso, Giuseppe, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali,* Milán Giuffrè Editore, 2005.

ma de ejecución. Para ello, es necesario que el imputado acepte los antecedentes de la investigación así como su responsabilidad en los hechos, pudiéndose beneficiar en una disminución de hasta un tercio de la pena aplicable en el caso concreto.

En la actualidad, el proceso abreviado es la estructura procesal más utilizada por los operadores uruguayos en las causas penales seguidas contra adultos mayores de 18 años. Según datos de la Fiscalía General de la Nación[646], en el primer semestre del 2018, el 68,6% de las condenas fueron fruto del proceso abreviado, mientras que para el mismo período pero del año 2019, las condenas por esta estructura procesal apenas se elevaron a 68,9%. A su vez, el promedio de tiempo para la obtención de una sentencia por la vía del proceso abreviado fue de 21,3 días. Por su parte, los juicios orales concluidos o en curso (con acusación formulada) representaron el 5,0% en el año 2019, la suspensión condicional del proceso un 14,5% y los acuerdos reparatorios un 0,8%.

5. La opinión de los operadores (de adultos) sobre el proceso abreviado

A pesar de que, por obvias razones, no se cuenta con la opinión de los operadores del sistema penal juvenil[647] sobre la aplicación del proceso abreviado, sí existen datos respecto de la opinión de los operadores del sistema penal de adultos. En efecto, según un informe del Observatorio de Justicia y Legislación de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República[648] referente al primer año de implementación del CPP, los defensores manifestaron, generalmente, que en la jurisdicción de adultos los fiscales optan preferentemente por la vía del proceso abreviado. Esto, en opinión de un defensor privado entrevistado, puede derivar en inconvenientes, porque "a veces en el afán de querer terminar un proceso y querer dar por finalizado algo

646 Fiscalía General de la Nación. *Desempeño del sistema penal uruguayo. Informe del primer semestre de 2019,* Departamento de Políticas Públicas de la Fiscalía General de la Nación. Montevideo, 2019. http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/8549/1/fgn_desempeno-sistema-penal-sem-i-2019-v11.pdf

647 Vale destacar que los operadores plenamente especializados en materia penal juvenil se encuentran solamente en Montevideo (cuatro jueces, cuatro defensores y diez fiscales), mientras que en el resto del país no existe especialización, puesto que la materia de adolescentes infractores es compartida con penal de adultos y aduana.

648 Observatorio de Justicia y Legislación. Informe Anual 2018. *El funcionamiento del nuevo Código del Proceso Penal en el primer año de implementación.* Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad.de la República – CSIC, 2018. https://www.fder.edu.uy/node/2343

y por sobreentenderlo, se pueden cometer grandes errores por parte de los fiscales y de las defensas"[649]. De hecho, un defensor público manifestó ser presionado por los fiscales con el objetivo de arribar a un acuerdo de proceso abreviado. En definitiva, los abogados defensores de adultos –más allá de las observaciones antedichas– manifestaron que el proceso abreviado es una buena herramienta. Aunque también expresaron su preocupación por la posible sobreutilización de esta estructura procesal.[650]

En un posterior informe –a dos años de vigencia del CPP– del Observatorio de Justicia y Legislación[651] se expusieron datos sobre la opinión no solo de los abogados defensores, sino de fiscales y jueces, tanto de Montevideo como del Interior del país, todos con competencia en la materia penal de adultos (y los del Interior, también en adolescentes, por ser multimateria).

En este informe, los defensores entrevistados manifestaron que los imputados prefieren esa vía, incluso los que no se consideran responsables. También que la mayoría de los delitos no ameritan la movilización de recursos que implica un juicio oral, porque se trata de casos de baja complejidad. Dado que existen pocos recursos, la opción por el proceso abreviado puede llevar a reconsiderar las tipificaciones, negociando una imputación por un delito más leve del realmente cometido. En términos generales, los defensores consideraron al proceso abreviado "como un elemento fundamental para el funcionamiento del acusatorio, pero se suele advertir que no puede funcionar de cualquier manera, sino justamente en condiciones de equilibrio entre las partes, con una defensoría activa".[652]

Por su parte, los fiscales afirmaron que de no existir el proceso abreviado el sistema colapsaría[653]; y que este suele utilizarse tanto en

649 Observatorio de Justicia y Legislación. *Informe Anual 2018*…, p. 25.

650 Un defensor privado expresó: "*Yo tengo una única objeción es que si este tema de aplicar tanto abreviado, que es bueno el abreviado, tengo miedo que se empiece a desvirtuar"*, Observatorio de Justicia y Legislación, Informe Anual 2019…, p. 25.

651 Observatorio de Justicia y Legislación. *Informe Anual 2019. El Proceso Penal acusatorio en sus dos primeros años.* Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de la República – CSIC, 2019. https://www.fder.edu.uy/node/2635

652 Observatorio Justicia y Legislación. *Informe Anual 2019*…, p. 48.

653 Una fiscal del norte del país expreso que *"... si no tuviéramos el proceso abreviado colapsábamos"*; mientras que un fiscal (también del norte del país) indicó que *"si en un acusatorio, por ejemplo, se elimina el abreviado, o se acotara la posibilidad, la cantidad de abreviados que se pudieran realizar, porque por ejemplo se baje el mínimo a menos de cuatro años, póngale, que uno no pueda hacer abreviados en rapiñas; entiendo que, a mi entender, el sistema se podría colapsar y se podrá, realmente, complicarse la situación…"* (Observatorio de Justicia y Legislación, *Informe Anual 2019*…, p. 39).

casos con suficiente evidencia de cargo, como en casos con escases probatoria. Otro elemento de peso sostenido por los fiscales es la probabilidad de ganar o perder el juicio.

Finalmente, los jueces entrevistados señalaron no sentirse meros homologadores del acuerdo arribado por las partes. También entendieron que la predominancia de los acuerdos en el proceso penal uruguayo se debe al tipo de delito que llega a los estrados, en general delitos cometidos en flagrancia (como los hurtos) que por su simplicidad fáctica pueden resolverse por esta estructura procesal. Y por último, advirtieron "que la falta de experiencia o preparación de los operadores puede contribuir a la proliferación de acuerdos".[654]

6. Mecanismos consensuales previstos en la legislación procesal penal juvenil con anterioridad a la reforma acusatoria

Con anterioridad a la reforma procesal penal en Uruguay, la justicia penal juvenil contaba con instrumentos que permitían arribar a una condena tras el acuerdo de las partes. Esto no sucedía en la jurisdicción penal de adultos, regido por el anterior código de corte inquisitivo-mixto (Decreto-Ley 15.032 de 1980), que no contemplaba ningún instituto de esta índole.

Por un lado, la ley 19.055 de 2013, en su art. 2, reformó el art. 76 del CNA, agregándole un numeral 16 por el que se permitió el dictado de sentencia definitiva en la audiencia preliminar (primer momento en el que las partes se presentan ante el juez), "en caso de conformidad de las partes". Dicha sentencia de conformidad podía dictarse, incluso, sin la necesidad de los informes del equipo técnico del juzgado, lo que fue calificado como "una clara violación de las garantías del debido proceso".[655]

Este mecanismo de conformidad rigió entre 2013 y 2017, teniendo escasa aplicación. En efecto,

> Esta es una de las modificaciones recientes que menos impacto práctico han tenido en el funcionamiento del sistema. En Montevideo en el 2013, sobre un total de 234 expedientes relevados, se aplicó el trámite abreviado únicamente en 12 ca-

654 Observatorio Justicia y Legislación. *Informe Anual 2019…*, p. 54.

655 Gómez Heguy, Carolina, "Derecho y justicia en el Sistema Penal Juvenil. A 13 años del CNA", En *El retorno del 'estado peligroso',* coord. Por Daniel Fessler y Rosana Abella, 109-125. Montevideo: Casa Berltol Brecht, 2019, p. 119.

> sos, el 5,1%. Esos 12 casos correspondieron a cinco hurtos, seis rapiñas y una tentativa de hurto. Tampoco se verifica un impacto importante de esta reforma en Paysandú y Salto. En cada uno de esos departamentos la posibilidad de dictar sentencia definitiva en sustitución de la resolución que inicia el proceso se utilizó en dos casos. Diferente es la situación de Maldonado, donde ocurrió en seis casos, el 8,6% del total.[656]

Por otro lado, el proyecto de Código de Responsabilidad Infraccional Adolescente[657] (en adelante, CRIA) también preveía en sus disposiciones dos mecanismos de justicia negociada: el proceso extraordinario de conocimiento (art. 119) y el acuerdo (art. 120).

Según se expresa en la exposición de motivos del proyecto de ley, y en relación con el instituto del "acuerdo",

> Como novedad, se establece el instituto del Acuerdo en el que la Comisión tiene cifradas esperanzas de éxito. Recoge la experiencia forense, nacional e internacional, de situaciones donde el adolescente reconoce espontáneamente su responsabilidad, en tanto fiscalía y defensa comparten elementos como la tipificación, formas de participación, grado de culpa y medidas a aplicar. En este sentido se evitará el desarrollo de todo el proceso para llegar a una sentencia que, controlando la legalidad, usualmente resuelve en los mismos términos que peticiona el Ministerio Público y se allana la defensa. Este dispendio procesal será sustituido por el Acuerdo, el que puede verificarse desde el inicio del procedimiento y hasta el fin del proceso. A efectos de salvar objeciones sobre el debido proceso, siempre será necesario relatar hechos, invocar pruebas que demuestren la verificación de estos y

656 López, Agustina, Macagno, María y Palummo, Javier. Prácticas judiciales en los procesos infracciones a adolescentes. Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salton2005-2013. Montevideo: Fundación Justicia y Derecho – UNICEF. http://observatoriojudicial.org.uy/practicas-judiciales-en-los-procesos-infraccionales-a-adolescentes-maldonado-montevideo-paysandu-y-salto-2005-2013/, p. 48.

657 La redacción de este código fue mandatada por el artículo 5º de la ley 19.055 (esta que creó el mecanismo de la conformidad en el proceso penal juvenil anterior al nuevo CPP) y fue presentado al Parlamento en el año 2013. Finalmente, no fue aprobado.

> la mención de fundamentos de derecho en que se basen las partes. También será necesario el dictado de una sentencia del tribunal que juzgue si se han respetado las normas y principios que rigen este proceso. Y siempre existirá la posibilidad de impugnación por cada una de las partes, en los plazos legales, para que se puedan expresar los agravios que se entiendan del caso.

En suma, se puede afirmar que la legislación uruguaya –incluso proyectada– preveía instrumentos de consenso o acuerdo en el proceso penal juvenil con el objetivo primordial de conseguir rapidez, celeridad y eficacia a la hora de procesar y condenar a un adolescente. Pero esta posibilidad se verá cercenada con la posterior derogación de la conformidad consagrada en la ley 19.055 y la prohibición de aplicar el proceso abreviado del nuevo CPP, como se verá a continuación.

7. Las razones de la ley 19.551 para prohibir el proceso abreviado en materia penal juvenil

Meses antes de entrar en vigencia el nuevo CPP, el Parlamento comenzó a trabajar en una ley que permitiera adaptar la nueva configuración "acusatoria" del sistema de justicia penal al fuero penal juvenil. Ello se materializó en la ley 19.551 del año 2017.

En un primer momento, el proyecto de ley no contemplaba la prohibición de aplicar el proceso abreviado al proceso penal juvenil. Esto fue introducido luego, quedando el artículo 75 del CNA (en redacción dada por el art. 1º de la ley 19.551) redactado de la siguiente manera:

> Artículo 75.- En todos los casos en que se investigue la responsabilidad del adolescente, el procedimiento se ajustará a lo establecido por este Código y en forma subsidiaria, por lo dispuesto en el Código del Proceso Penal, Ley Nº 19.293, de 19 de diciembre de 2014 y sus modificativas, con excepción de lo establecido en los artículos 272 y 273 del Título II, Libro II del referido cuerpo normativo".

Al tiempo que la ley prohibía la aplicación del nuevo proceso abreviado previsto en el CPP (arts. 272 y 273), también procedía a la

derogación de la conformidad prevista en el numeral 16 del art. 76 del CNA, en redacción dada por el art. 2 de la ley 19.055. En consecuencia, el sistema de justicia penal juvenil pasa abruptamente de permitir a prohibir los acuerdos en el proceso penal seguido contra adolescentes.

La decisión político-criminal de prohibir el proceso abreviado en materia penal de juvenil fue escasamente debatida durante la discusión parlamentaria. De hecho, fue eclipsada por otros temas presentes en el proyecto de ley, como la imposición preceptiva de la prisión preventiva a autores de algunos tipos de infracciones gravísimas.

En la discusión parlamentaria se pueden identificar varias líneas discursivas. Por un lado, se señala que la prohibición se funda en la condición inferior o de mayor vulnerabilidad de los menores en el sistema de justicia, en comparación con los adultos[658]. Por otro lado, se afirmó que el proceso abreviado no tendría demasiada utilidad práctica, puesto que la conformidad legislada por la ley 19.055 demostró ser poco aplicada por los operadores[659]. Incluso se sostuvieron posiciones eclécticas por las cuales se reconocieron los posibles inconvenientes de que un adolescente acordase una imputación y una pena; pero que, por otro lado, es imposible que el modelo acusatorio funcione sin una "válvula de escape" como el proceso abreviado[660].

---

658 El Senador Rafael Michelini (Frente Amplio) expresaba en la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores: "…a nivel de los menores parecería que eso no debería hacerse. Incluso, uno puede pensar –ojalá no sea así– que, en la primera etapa, algunas de las conversaciones o negociaciones de adultos se puedan dar fuera de la fiscalía por un problema locativo, y si no es el mejor lugar para que un adulto pueda acordar, menos lo es para un menor. Entonces, preferimos ir por este camino, pero si la idea es estudiar el tema –no vamos a aprobar el código hoy–, no tenemos inconveniente en desglosar el artículo. Mi intención es tratar de clarificar y dar fundamentos".

659 Al respecto, el Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º turno, Eduardo Cavalli, expresaba lo siguiente en la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores: "En cuanto al proceso abreviado –que creo que lo planteó la señora senadora Ayala– hoy está vigente aunque se aplica muy poco, pero por la Ley n.º 19.055 –creo que en el artículo 3– se establece que en sustitución del auto que da inicio al proceso penal se podrá dictar la sentencia definitiva. O sea que Uruguay ya lo reconoce. En la práctica se ha aplicado muy poco. La ley entró en vigencia en enero de 2013, ya lleva cuatro años en vigor y personalmente lo vi una sola vez. Hay dos tribunales en todo el país y llegan la mitad de los casos. No creo que sea de mucha aplicación práctica. En concreto hoy está vigente y se podría emplear como herramienta".

660 En este sentido se pronuncio el asesor del Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente, Diego Camaño, en la comisión de Constitución y Legislación del Senado: "En el modelo acusatorio de adultos hay una válvula de escape, que son los juicios abreviados, o sea, el acuerdo. Entonces, pensamos por ese lado, pero advertimos también que hay una

Tras la discusión parlamentaria, el legislador terminó optando por prohibir la aplicación del proceso abreviado en el fuero penal juvenil, siendo el único instituto del nuevo Código del Proceso Penal que no se trasladó a la materia de adolescentes infractores. Ello ha derivado en que, mientras en la materia de adultos abunden las condenas fruto de acuerdos de proceso abreviado, los procesos penales contra adolescentes en infracción a la ley tramiten mayoritariamente por la vía del juicio oral.[661]

8. Otros mecanismos consensuales permitidos en el proceso penal juvenil uruguayo

La prohibición del proceso abreviado no repercutió en otros institutos consensuales regulados en el Código del Proceso Penal. En efecto –y sin perjuicio de las grandes diferencias que poseen con el proceso abreviado– se permitió la aplicación de la mediación extraprocesal (art. 382 CPP), la suspensión condicional del proceso (arts. 383-392 CPP)[662], los acuerdos reparatorios (art. 392-396 CPP) y los acuerdos probatorios sobre hechos no controvertidos por las partes (art. 268.3 CPP).

Los primeros tres institutos se encuentran regulados en el Libro VI del CPP sobre *vías alternativas de resolución del conflicto*. La mediación extraprocesal (art. 382) requiere de la conformidad manifiesta del presunto autor y de la presunta víctima y puede aplicarse cuando se trate de conductas con apariencia delictiva que no revistan gravedad. Por su parte, mediante la suspensión condicional del

---

excepción expresa de los artículos 272 y 273 del Código del Proceso Penal, que son los que regulan los acuerdos. Entendemos que puede haber un problema en el hecho de pensar en adolescentes acordando, porque son menores de edad, pero también pensamos simplemente lo dejo planteado que un modelo acusatorio sin una válvula de salida, de procesos abreviados con mecanismos de acuerdo, es muy difícil, porque la idea es que el juicio oral sea para un universo de casos reducido y no la regla general. En el proceso de adultos, la regla general no va a ser el juicio oral, sino los acuerdos, sobre todo en las hipótesis de flagrancia, que son las que tenemos nosotros. O sea, cuando está toda la prueba, está el detenido, en el modelo de adultos, el fiscal convoca al defensor y le dice: "Yo tengo esta prueba; si vamos a juicio, te pido tanto. Si hacemos un acuerdo, podés ir con una pena menor"; (…) Pero en el caso de los adolescentes, en el proyecto nos encontramos con que están exceptuados expresamente los acuerdos porque está exceptuada la referencia a los artículos. Entonces, ahí también tenemos otra limitante. Va a ser difícil el funcionamiento de un acusatorio en el que todos los juicios se hagan en tiempos cortos (…) Podríamos involucrar en el acuerdo a los padres, pero ya complicaría una solución rápida.

661 Observatorio Justicia y Legislación. *Informe Anual 2019…*

662 Actualmente, el proyecto de ley de urgente consideración presentado por la nueva coalición de gobierno pretende derogar la suspensión condicional del proceso, tanto para adultos como para adolescentes.

proceso (arts. 383 a 392), el fiscal en acuerdo con el imputado podrán solicitar al juez que se suspendan las actuaciones a cambio del cumplimiento de ciertas condiciones u obligaciones. Finalmente, los acuerdos reparatorios (arts. 393 a 396) permiten que la víctima y el imputado, en determinados delitos, suscriban un acuerdo de reparación material o simbólico. La consecuencia más importante de estos mecanismos es la extinción de la acción penal (suspensión condicional del proceso) y la extinción del delito (mediación extraprocesal y acuerdo reparatorio), ordenándose en ambos casos la cancelación de la anotación en el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales (art. 397).

Por otro lado, los acuerdos probatorios sobre hechos no controvertidos se encuentran regulados en el art. 268.3 del CPP y permiten que las partes den por acreditados determinados hechos que luego no podrán ser debatidos en juicio.

9. Una propuesta de proyecto de ley para permitir la aplicación del proceso abreviado en el fuero penal juvenil uruguayo

El debate en torno al proceso abreviado en el fuero penal juvenil no se limitó a la sanción de la ley 19.551. En efecto, en los años 2018 y 2019, el Grupo de Trabajo de Reformas al CNA del Consejo Nacional Consultivo Honorario de los Derechos del Niño y Adolescente[663] propuso algunas reformas del Capítulo X del CNA, entre ellas la de derogar la prohibición del proceso abreviado en el proceso penal juvenil con el objetivo de permitir su aplicación.

En concreto, la propuesta de modificación del art. 75 del CNA proponía la eliminación de la prohibición de aplicación de los artículos 272 y 273 del CPP, aunque condicionado a dos requisitos. El primero de ellos restringía la aplicación del proceso abreviado para los casos de infracciones graves y gravísimas, salvo las previstas en los numerales 1 y 9 del artículo 72, es decir: el homicidio intencional con agravantes especiales y cualquier otra acción u omisión que el Código Penal o las leyes especiales castigan con una pena límite mínimo sea igual o superior a seis años de penitenciaría o cuyo límite máxima sea igual o superior a doce años de penitenciaría. Según los integrantes del Grupo de Trabajo, estas aclaraciones de procedencia vendrían a atender "razones de especificidad".

Por su parte, mediante el segundo requisito se propuso que el arribo a un acuerdo no limitara la posibilidad de la modificación o

663 Órgano creado por los artículos 211 a 217 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

cese de la medida socioeducativa impuesta tras el acuerdo (art. 94 del CNA). Esto marca una clara diferencia con la materia penal de adultos, donde las penas aplicadas tras un proceso abreviado deben ser cumplidas efectivamente sin que el condenado pueda acceder a la libertad anticipada o a la redención de pena por trabajo y estudio (art. 275.5 del CPP, en redacción dada por el artículo 9º de la ley 19.653 e Instrucción General Nº 10 de Fiscalía General de la Nación).

Tanto esta propuesta como otras sobre el proceso penal juvenil no llegaron a ser trasladadas al texto del proyecto de ley de reforma del CNA, que solo contempló modificaciones al capítulo XI sobre sistema de protección de niños, niñas y adolescentes, que luego se materializaría en la ley 19.747 del 3 de junio de 2019.

De los antecedentes descriptos queda en evidencia que la aplicabilidad o no de mecanismos de justicia negociada en el fuero penal juvenil en Uruguay ha transitado un proceso de "idas y venidas". Esto se refleja en el hecho de que, con anterioridad a la reforma acusatoria, la ley procesal penal juvenil preveía un tipo específico de conformidad, e incluso la legislación proyectada también proponía mecanismos de acuerdo y trámite extraordinario; y una vez arribada la reforma acusatoria, se optó por prohibir el acuerdo en el proceso penal. Dicha cuestión fue posteriormente discutida, habiéndose llegado a proponer alternativas de reforma para derogar la prohibición. A su vez, la discusión tampoco reflejó la opinión de los operadores, que son, en definitiva, los mayores interesados en aplicar este tipo de mecanismos, así como también los responsables de que su eventual aplicación no violente las garantías procesales de los adolescentes enjuiciados.

10. Posibles consecuencias procesales de la prohibición de abreviar el proceso

El contexto anteriormente descripto permite pensar hipotéticamente en las posibles repercusiones que la prohibición de abreviar el proceso puede tener en el nuevo sistema de justicia penal juvenil de corte acusatorio.

Una primera hipótesis permite pensar que aquellos casos que podrían ser acordados (a juicio de los operadores) generarían menos interés a la hora de diseñar una estrategia de litigación, por lo que se optaría por el allanamiento expreso a la pretensión acusadora. En este sentido, existen estudios empíricos en Uruguay que demuestran la actitud procesal pasiva de los defensores públicos. En su estudio, Díaz demuestra, a partir del análisis de expedientes judiciales de los

Tribunales de Apelaciones de Familia que los defensores públicos de adolescentes infractores mostraron tener conductas procesales pasivas, en relación con la impugnación de sentencias de condena. De su estudio se desprenden dos aspectos significativos: 1) el bajo número de apelaciones realizada por parte de los defensores a nivel nacional; 2) que en varios casos, la defensa no interpone recursos pese a surgir acreditado el incumplimiento de las garantías del debido proceso (en 37% de las sentencias se realizó alguna modificación y un 17% fueron declaradas nulas). Esto, en su opinión, deja al descubierto "una actitud pasiva por parte de la defensa".[664] En consecuencia, el allanamiento a la pretensión del Ministerio Público surge como una posible respuesta por parte de los operadores para concluir causas con mayor rapidez; o respecto de las cuales no prevén la necesidad de ir a juicio.

Una segunda hipótesis permite pensar en la utilización de un instituto consensual previsto en el nuevo CPP y no excluido de la jurisdicción penal adolescente: los acuerdos probatorios. Como se dijo en el punto 7, la legislación penal juvenil uruguaya excluyó solo al proceso abreviado, pero no a otros mecanismos consensuales. En este sentido –y sin perjuicio de las enormes diferencias que tienen con el proceso abreviado– se encuentran vigentes los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso y los acuerdos probatorios.

Según lo expresado por los operadores del sistema de justicia penal juvenil, los dos primeros (que son vías alternativas al conflicto penal)[665] no suelen ser muy utilizados en el fuero penal juvenil.[666] Sin embargo, existen indicios respecto de la utilización de los acuerdos

664 Díaz, Daniel. "Menos derechos y más castigo. El paulatino deterioro de las garantías establecidas en la Convención de los Derechos del Niño", En *Criminalización y castigo. Los avatares de la cuestión penal juvenil en Uruguay,* coord. por Carolina Álvarez Laurino y Sandra Leopold Costábile, 43-61. Montevideo, Fin de Siglo – CSIC – UDELAR, 2018, p. 57.

665 Aplicables al proceso penal juvenil en virtud de lo dispuesto en el art. 83 del Código de la Niñez y la Adolescencia, en redacción dada por el art. 4º de la ley 19.551.

666 Una defensora pública de adolescentes infractores de Montevideo señaló al respecto, lo siguiente: "En cuanto a la suspensión condicional del proceso no ha dado buenos resultados, los fiscales no están teniendo ánimo porque algunos chiquilines no han dado cumplimiento a las obligaciones que se establecieron, entonces después por vía incidental tienen que pedir la revocación y eso les da más trabajo. En algunos casos no se ha cumplido. Eso ha hecho que los fiscales sean reticentes a aceptar la suspensión condicional del proceso. En cuanto a acuerdos reparatorios no he tenido, he tenido con anterioridad a este código y creo que funcionaban porque nunca nadie se quejaba". (Entrevista realizada por el autor de esta ponencia en el marco de la investigación sobre primer año de implementación del Código del Proceso Penal, Observatorio de Justicia y Legislación, Informe Anual 2018…).

probatorios con el objetivo de sortear la prohibición de abreviar el proceso prevista en el CNA. Por lo menos en una jurisdicción del país[667], cuando se llega a la etapa de control de acusación, las partes celebran acuerdos probatorios sobre la totalidad de los hechos, lo que incide directamente en la anulación del contradictorio y, por lo tanto, en la innecesaridad del juicio, lo que habilita el dictado inmediato de la sentencia. De todas maneras, parecería que esta práctica tiene resistencias, pues hay operadores que se rehúsan a usar este instituto consensual.[668]

11. Consideraciones finales

1. Los mecanismos de justicia negociada como el proceso abreviado suelen vincularse profundamente con los sistemas de justicia acusatorios, en el entendido de que, por ser procesos de partes, son estas quienes tienen la potestad de decidir qué hacer con la disputa, lo que les habilita incluso a disponer sobre ella.
2. Sin embargo, son numerosas las críticas sobre la violación de principios y garantías procesales –como la inmediación, la contradicción, la presunción de inocencia– que su implementación puede generar en los sistemas de justicia penal. Incluso se los ha criticado por su contrariedad al espíritu preventivo positivo-especial que debería tener la pena.
3. Pero en materia penal juvenil existe una discusión más intensa, tanto en la academia como en la jurisprudencia; así como regulaciones disímiles en los sistemas normativos a nivel comparado.
4. En el Uruguay nos encontramos ante una incógnita en lo que respecta al tema en cuestión. Por un lado, la legislación anterior a la reforma acusatoria preveía un mecanismo de "conformidad" por el que podía arribarse a sentencia definitiva en la primera oportunidad procesal, que fue poco utilizado por los operadores. Incluso, la legislación proyectada proponía la regu-

667 Según fue comentado al autor por un juez penal de una jurisdicción del interior del país, la forma que dicha sede tiene de sortear la prohibición de abreviar el proceso es la celebración de acuerdos probatorios sobre la totalidad de los hechos, incluyendo la pena, lo que deja sin contradictorio al proceso penal, habilitando el dictado de la sentencia en la misma audiencia.

668 La defensora pública de adolescentes de Montevideo cuya opinión ya fue expuesta en la nota 38, expresaba sobre este punto: "Nosotros no tenemos (procesos abreviados). Está expresamente excluido en la legislación de adolescentes el arribar a acuerdos con la fiscalía. Los únicos acuerdos que están previstos son los acuerdos probatorios que yo personalmente no los uso, nunca pacté nada con la fiscalía".

lación del acuerdo y del proceso extraordinario en el proceso penal juvenil.

5. Pero esto vendría a cambiar rotundamente con la ley 19.551, que prohibió la aplicación del proceso abreviado a la materia penal juvenil y derogó la conformidad de la ley 19.055. Dicho punto fue levemente discutido durante el trámite parlamentario, pero de las comparecencias de diversos expertos surgen: dos argumentos en contra (la mayor vulnerabilidad del adolescente en el sistema de justicia penal juvenil y la poca relevancia práctica, considerando la poca aplicación del mecanismos anteriormente regulado en la ley 19.055; y uno a favor (la imposibilidad de llevar adelante una reforma acusatoria sin la "válvula de escape" del proceso abreviado, a pesar de reconocer ciertas dificultades en el hecho de que un adolescente acuerde una imputación penal).

6. Posteriores intentos de reforma propusieron derogar la prohibición para hacer aplicable el proceso abreviado al fuero penal juvenil, salvo para ciertas infracciones gravísimas, lo que finalmente no tuvo éxito.

7. Esta realidad deja en evidencia un proceso de "idas y venidas" que no deja nada claro cuál es el rumbo político-criminal de la *justicia negociada* en el fuero penal juvenil uruguayo.

8. Asimismo, es necesario saber si la prohibición de aplicar el proceso abreviado está siendo sorteada por la utilización de otros institutos consensuales no excluidos de la materia penal juvenil o por la conducta procesal pasiva de los operadores.

9. En este sentido, se plantean algunas hipótesis respecto de la utilización del allanamiento o de los acuerdos probatorios como posibles "equivalentes funcionales" para lograr la celeridad procesal demandada por los operadores del sistema de justicia e impedida por la prohibición de abreviar el proceso.

12. Bibliografía

Beloff, Mary, Freedman, Diego, Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano. "La justicia juvenil y el juicio abreviado", *Revista Asociación Pensamiento Penal*, (2017): 1-43. http://pensamientopenal.com/doctrina/44777-justicia-juvenil-y-juicio-abreviado

Del Moral, Antonio. "La conformidad en el proceso penal. Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español" *Revista Auctoritas Prudentium*, Nº 1 (2008), 1-22.

Dervan, Lucian E. "Arriving at a System of Pleas: The History and State of Plea Bargaining". En: *A System of Pleas. Social Science's Contribution*

to the Real Legal System editado por Vanessa Edkings y Allison. Redlish, 11-23. Nueva York, Oxford University Press, 2019.

Díaz, Daniel. "Menos derechos y más castigo. El paulatino deterioro de las garantías establecidas en la Convención de los Derechos del Niño". En: *Criminalización y castigo. Los avatares de la cuestión penal juvenil en Uruguay.* Coord. Por Carolina González Laurino y Sandra. Leopold Costábile, 43-61. Montevideo: Fin de Siglo – CSIC – UDELAR, 2018.

Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, Sánchez Feijóo, Bernardo y Pozuelo Pérez, Laura. *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Madrid, Thomson-Reuters, 2008.

Di Nuovo, Santo y Grasso, Giuseppe. *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milán, Giuffrè Editore, 2005.

Fernández Molina, Esther, Bermejo Cabezas, María y Baz Cores, Olalla. "Percepciones de los jóvenes infractores sobre la justicia de menores", *Revista Española de Investigación Criminológica Nº 16* (2018): 1-25.

Fernández Molina, E., Vicente, L, Tarancón, P. (2017). "Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal" *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2017 (2017): 1-35.

Ferré Olivé, Juan Carlos. "El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 20-06 (2018): 1-30.

Fiscalía General de la Nación. *Desempeño del sistema penal uruguayo. Informe del Primer semestre de 2019.* Departamento de Políticas Publicas de la FGN. Montevideo,2019.http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/8549/1/fgn_desempeno-sistema-penal-sem-i-2019-v11.pdf

Fountain, Erika. y Woolard, Jennifer (2018). "How Defense Attorneys Consult with Juvenile Clients about Plea Bargains", *Psychology, Public Policy and Law*, Vol. 2, No. 2 (2018): 192-203.

Furgiuele, Alfonso. *L'aaplicazione di pena su richiesta delle parti*, Nápoles, Edizioni Schientifiche Italiane, 2000.

Garrido Carrillo, Francisco Javier. "La fase de audiencia o de juicio oral en el proceso penal de menores". En: *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, dirigido por Lorenzo Morillas Cueva y coord. Por José María Suárez López, 459-499. Madrid, Dykinson, 2010.

Gómez Heguy, C. (2018). Derecho y Justicia en el Sistema Penal Juvenil. A 13 años del CNA. En: *El retorno del "estado peligroso",* coord. Por Rosana Abella y Daniel Fessler, 109-125. Montevideo, Casa Bertolt Brecht, 2018.

Hertz, Randy, Guggenheim, Martin y Amsterdam, Anthony. *Trial Manual for Defense Attorneys in Juvenile Delinquency Cases*. Washington D.C: National Juvenile Defender Center, 2015.

Langer, Máximo. "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado". En: *El procedimiento abreviado,* comps. Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, 97-133. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

Leiva Mendoza, Leonardo. "La especialidad del proceso penal juvenil y el procedimiento abreviado" *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 25, (2016): 104-137.

López, Agustina, Macagno, María y Palummo, Javier. *Prácticas judiciales en los procesos infraccionales a adolescentes. Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto. 2005-2013*. Montevideo: Fundación Justica y Derecho – UNICEF, 2017.

Molina López, Ricardo. La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana. Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2010.

Molina López, Ricardo. "El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español)", *Nuevo Foro Penal,* Nº 72 (2009): 61-81.

Observatorio de Justicia y Legislación. *Informe anual 2018. El funcionamiento del nuevo Código del Proceso Penal en el primer año de implementación*. Facultad de Derecho de la Universidad de la República – CSIC, 2018. https://www.fder.edu.uy/node/2343

Observatorio de Justicia y Legislación. *Informe anual 2019. El Proceso Penal acusatorio en sus dos primeros años.* Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de la República – CSIC, 2019. https://www.fder.edu.uy/node/2635

Redlich, Allison, Zottoli, Tina y Daftary-Kapur, Tarika. "Juvenile Justice and Plea Bargaining". En: *A System of Pleas. Social Science's Contributions to the Real Legal System,* editado por Vanessa Edkins y Allison Redlich, 107-131. Nueva York: Oxford University Press, 2019.

Redlich, Allison, Bibas, Stephanos, Edkins, Vanesa y Madon, Stephanie. "The Psychology of Defendant Plea Decision Making", *American Psychologist,* Vol. 72 No. 4 (2017): 339-352.

Romano, Claudia y Cavalli, Eduardo. "Particularidades del proceso penal de adolescentes". En: *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Implementación y puesta en práctica*, coord. por Asociación de Magistrados del Uruguay, 431-437, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

Russell, Jago y Hollander, Nancy. "The Disappearing Trial: The global spread of incentives to encourage suspects to waive their right to a trial and plead guilty", *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 8-3 (2017): 309-322.

Stein, Yael. *Minors in Jeopardy. Violation of the Rights of Palestinian Minors by Israel's Military Courts*, Jerusalén: B'tselem, 2018. https://www.btselem.org/publications/summaries/201803_minors_in_jeopardy

Schünemann, Bernd. "¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano?)" En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio,* comp. por Bernd Schünemann, 288-302, Madrid, Tecnos, 2002.

Steinberg, Lawrence. "Adolescent Development and Juvenile Justice", *Annual Review of Clinical Psychology*, nº 5 (2009): 47-73.

Urbano Castillo, Eduardo. *Comentario a la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001.

ISBN 978-987-3810-40-4