# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA.



#### LIBRO DE PONENCIAS

## X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA - 2018

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

- ALAMFPyONAF -

## ALAMFPYONAF

"Unamos voluntades, buenas experiencias y ciencia para lograr el objetivo de cambiar las prácticas en la protección y respeto de los Derechos Humanos de NNA de América Latina y el Caribe".

Encarnación. Paraguay, 14 al 17 de Noviembre de 2018

#### **CONTENIDOS**

| niños, niñas, adolescentes y jóvenes y el crimen organizado"                        |
|-------------------------------------------------------------------------------------|
| 1- Aproximación a la situación de niños, niñas y adolescentes con madres con        |
| prision domiciliaria: 10                                                            |
| Autora: Hilda Fadin                                                                 |
| 2- Situación de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración y             |
| funcionamiento del sistema integral de protección de derechos en el ámbito de       |
| a provincia de Mendoza, Argentina:23                                                |
| Autora: Hilda Fadin                                                                 |
| 3- Explotaciòn laboral de infantes y adolescentes y el crimen organizado 34         |
| Autora: Aleyda Angeles Astudillo                                                    |
| 4- Los niños como víctimas directas de violencia de género 47                       |
| Autores: Marisa del Carmen Salinas. Martin Archilla                                 |
| 5- Visión de las madres de adolescentes infractores legales respecto de la          |
| usticia: 56                                                                         |
| Autoras:_Liliana Muñoz. Mónica Valgañon. Agustina Ferrandiz. Paula Quiroga.         |
| Carla Cintas. Florencia Yanardi                                                     |
| 6Repensando el interés superior del niño y los modos de intervenir sobre las        |
| infancias: 78                                                                       |
| Autora María de Los Ángeles Pesado Riccardi                                         |
| 7- Porque el conocimiento es prevención. Infancia Robada Campana: 101               |
| Autora: Rita Garcia                                                                 |
| 8- La guarda y su relación con el criadazgo: 106                                    |
| Autora: Alba Antonia Arriola Bogado                                                 |
| 9- Aspectos y Politicas Publicas de La Educacion Infantil dirigida a niños de 3 a 5 |
| años en el distrito de Barranquillas 114                                            |
| Autores Melany Maria Donado . Blas Eduardo Gutierrez. Maria Luiza Pertuz            |
| Conclusiones: 123                                                                   |

#### "Derecho de Familia, Derecho Procesal de Familia: Derecho a vivir con Familia" 1- Hijos/as afines: derechos y deberes alimentarios en el marco de la doctrina de la socioa fectividad : ------ 126 Autora: Mónica Edit Sanz. Viviana Andrea Ferrari 2- El acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes. La figura del abogado del niño como garantía mínima de procedimiento ------ 137 Autora: Sandra Patricia Roa 3- Adopción como forma de ser familia ------ 149 Autora: Natalia Maria Florido 4- Los hijos mayores de dieciocho años y menores de veintiún años, sin ninguna incapacidad fisica ni mental, que continúan viviendo con uno solo progenitor, no estudian ni trabajan, ¿tienen derecho a percibir o en su caso a continuar percibiendo una cuota alimentaria por parte de su progenitor alimentante no conviviente: ------ 152 Autora: Maria Alejandra Carretero 5- Capacidad Progresiva y deber de cuidado ----- 163 **Autor: Mtro Miguel Angel Leon Ortiz** 6- Los desplazamientos internos: conflictos procesales y sustanciales en torno al Centro de Vida. Un aporte para la práctica: ------ 173 Autoras: Adriana Rodriguez. Monica Roldan 7- Justicia Restaurativa y derechos de familia: realidades y alternativas ----- 180 Autores: Maria Fontemachi. Ignacio Bianchi. Nicolas Bianchi 8- Una nueva figura para garantizar el derecho a ser oído de niños, niñas y adolescentes. El abogado del niño ------ 201 Autora: Gabriela Antonia Paladin 9- Situación de adoptabilidad. In-visibilización de las poblaciones indígenas y sus efectos en la práctica pericial psicológica ----- 214 Autora: Lorena Romina Garcia

| 10- Derechos de los niños, niñas y adolescentes y derechos de las madres con                                                                                                                                     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| padecimientos mentales en los procesos que arriban a la declaración judicial de                                                                                                                                  |
| situación de adoptabilidad 230                                                                                                                                                                                   |
| Autora: Veronica Paula Baldome                                                                                                                                                                                   |
| 11- La oralidad y la tarea del Juez a la luz de los nuevos paradigmas que                                                                                                                                        |
| imperan en los procesos de Familia en cada jurisdicción local 244                                                                                                                                                |
| Autor: Claudio Acuña                                                                                                                                                                                             |
| 12- La capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a ser                                                                                                                                |
| oído en el ámbito del proceso de familia 255                                                                                                                                                                     |
| Autor: Norberto Godoy                                                                                                                                                                                            |
| 14- El tiempo un ingrediente de la vulneración de derechos en procesos de                                                                                                                                        |
| restitución 264                                                                                                                                                                                                  |
| Autora: Alejandra Ferrer                                                                                                                                                                                         |
| Conclusiones: 273                                                                                                                                                                                                |
|                                                                                                                                                                                                                  |
| "Justicia Juvenil: Declaraciones, derechos, procedimientos y prácticas                                                                                                                                           |
| restaurativas. Adolescentes en riesgo social. Bandas y Pandillas. Consumos<br>problemáticos: incidencia"                                                                                                         |
|                                                                                                                                                                                                                  |
| problemáticos: incidencia"                                                                                                                                                                                       |
| problemáticos: incidencia"<br>1- Justicia Restaurativa, formación de redes y actuación pluridisciplinar para la                                                                                                  |
| problemáticos: incidencia"<br>1- Justicia Restaurativa, formación de redes y actuación pluridisciplinar para la<br>reducción de la vulnerabilidad y la prevención de la delincuencia juvenil en la               |
| problemáticos: incidencia"  1- Justicia Restaurativa, formación de redes y actuación pluridisciplinar para la reducción de la vulnerabilidad y la prevención de la delincuencia juvenil en la Amazonia Brasileña |
| problemáticos: incidencia"  1- Justicia Restaurativa, formación de redes y actuación pluridisciplinar para la reducción de la vulnerabilidad y la prevención de la delincuencia juvenil en la Amazonia Brasileña |
| problemáticos: incidencia"  1- Justicia Restaurativa, formación de redes y actuación pluridisciplinar para la reducción de la vulnerabilidad y la prevención de la delincuencia juvenil en la Amazonia Brasileña |
| problemáticos: incidencia"  1- Justicia Restaurativa, formación de redes y actuación pluridisciplinar para la reducción de la vulnerabilidad y la prevención de la delincuencia juvenil en la Amazonia Brasileña |
| 1- Justicia Restaurativa, formación de redes y actuación pluridisciplinar para la reducción de la vulnerabilidad y la prevención de la delincuencia juvenil en la Amazonia Brasileña                             |
| 1- Justicia Restaurativa, formación de redes y actuación pluridisciplinar para la reducción de la vulnerabilidad y la prevención de la delincuencia juvenil en la Amazonia Brasileña                             |

| Autor: Gonzalo Andres Lopez                                                                                       |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4-Justicia Juvenil: Declaraciones, derechos, procedimientos y pràctiva                                            |
| <u>restaurativas 30</u>                                                                                           |
| Autora: Maria Isabel Juncosa                                                                                      |
| 5- Analisis de caso: Mateo y uma propuesta de intervención restaurativa em la                                     |
| Justicia Juvenil y la obligación legal de proponer y garantizar la aplicación d                                   |
| alternativas restaurativas al progreso penal juvenil, por parte de los actores                                    |
| Ministerio Fiscal y Defensa 316                                                                                   |
| Autores: Maria Fontemachi. Ignacio Ismael Bianchi.                                                                |
| 6Senaf. Programa de orientación familiar. Talleres de padres: 329                                                 |
| Autores: Gloria Alvarez. Ana Victoria Carrizo. Ezequiel Ramiro Galimberti.                                        |
| <u>Cristian Noguera</u>                                                                                           |
| 7- Más que una banda una familia". Reflexiones y Análisis en torno al devenir d                                   |
| causas civiles de familia en causas penales: 337                                                                  |
| Autora: Lorena Romina Garcia                                                                                      |
| 8- Adicciones y consumo responsable en mujeres, adolescentes y embarazada                                         |
| tras la falta de control en la atención primaria de la salud y la falencia en lo                                  |
| organismos del Estado: 347                                                                                        |
| Autora: Rosa Irene Chavez Kaplan                                                                                  |
| 9- Mediación penal juvenil y la ineludible intervención de profesionales co                                       |
| formación interdisciplinaria: Licenciados en Niñez adolescencia y familia 35                                      |
| Autora: Maria Fontemachi. Ignacio Ismael Bianchi                                                                  |
| 10- Conclusiones 36                                                                                               |
| "Violencias. Violencias y tecnologías: propuestas de intervención"                                                |
| 1- Prevencion del Suicidio de Niños y Adolescentes 369                                                            |
| Autora: Isabel Guillen                                                                                            |
| 2-La querella institucional en el Proceso Penal de la Provincia de Neuquén en casos de Abuso Sexual Infantil: 370 |

#### Autoras: Mónica Patricia Palomba. Andrea Rappazzo

| 4- La violencia en las Redes Sociales. Niñas Niños y Adolescentes expuestos por                                         |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| las nuevas tecnologías. El ciberbullying (como violencia entre niños) 389                                               |
| Autora Cintia Valeria Prada                                                                                             |
| 5- Género y Violencia psicológica y sexual a través de las redes. Ciber acoso                                           |
| Sexting Grooming: 397                                                                                                   |
| Autora: Liliana Rocca                                                                                                   |
| 6- Tics y Derechos de N.N. y A 407                                                                                      |
| Autora: Margarita Renteria Durand.                                                                                      |
| 7- Infancia Delincuencia y Nuevas Tecnologias419                                                                        |
| Autores: Maria Fontemachi. Nicolas Bianchi. Ignacio Bianchi.                                                            |
| 8- Creación de Juzgado de violencia de familiay de gènero especializado                                                 |
| interdisciplinario 436                                                                                                  |
| Autora: Adriana Avila Torrente                                                                                          |
| 9- Conclusiones442                                                                                                      |
| Disertación del Dr. Felipe Pulgar "Importacia de la presencia de ambos progenitores para la estabilidad de un hijo" 444 |
| Disertacion del Dr. Alberto Manuel Poletti Adorno "Desafios de los abogados                                             |
| litigantes en la Jurisdicción de la Niñez y Adolescencias de la Capital                                                 |
| Refelxiones sobre el procedimiento y los derechos de los Niños, Niñas y                                                 |
| Adolescentes y la celeridad enlos proceso judiciales 452                                                                |
| Disertacion de Laura Perez Valle "Avances Jurisprudenciales sobre la                                                    |
| autonomía del Niño en Estado Intersexual" 465                                                                           |

## **COMISION I**



### "APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON MADRES CON PRISIÓN DOMICILIARIA."

Autora: Mgter. Hilda Fadin.

Directora Observatorio y Licenciatura en Niñez, Adolescencia y Familia

Universidad del Aconcagua. Mendoza. Argentina

Equipo de trabajo: Mgter. Javier Ávila y Dirección del Patronato del Liberado.

#### Breve síntesis de la propuesta

#### **Fundamentación**

El tema motivador de la presente propuesta, surge a partir del debate en torno a las políticas públicas infanto-juveniles, sobre la situación de niños, niñas y adolescentes cuya madre se encuentra privada de libertad en su domicilio, en la provincia de Mendoza. Se pretende continuar la indagación exploratoria iniciada en 2015 acerca de la situación de derechos del colectivo llamado NNAPES [1]. En esta ocasión focalizando en las múltiples repercusiones del encarcelamiento materno y/o paterno en el desarrollo integral y los derechos de estos hijos e hijas, y con ellos de sus familias, específicamente cuyas madres se encuentran privadas de libertad en su domicilio particular, compartiendo la convivencia con sus hijas e hijos. Para ello, en esta oportunidad se intentará recurrir al testimonio de las personas referentes a cargo de ese colectivo, indagando en las trayectorias y experiencias acaecidas desde la irrupción de la cárcel, en su proceso de externación y continuidad de la privación de su libertad, en su domicilio.

#### Justificación y relevancia social – científica.

El sistema penal en lo que respecta a su aplicación cotidiana, evidencia la necesidad de contar con mecanismos que disminuyan la violencia que recae mayormente sobre el mismo sector social que atrapa constantemente.

Estos mecanismos podrían traducirse en instrumentos que permitan ir sustituyendo el proceso penal, la condena o incluso la aplicación efectiva de las penas. En este orden de cosas, en el año 2009 entra en vigencia en la legislación

penal argentina la Ley Nº 26.472 que modifica a la ya consagrada Ley Nº 24.660, el Código Penal y el Código Procesal Penal, disponiendo para el juez nuevas medidas para el otorgamiento de la prisión domiciliaria. Entre estas modificaciones y en lo referido a la presente investigación, se incluye: a la mujer embarazada, a la madre de un niño o niña menor a cinco años o que tenga a su cargo una persona discapacitada.

#### Antecedentes o estado actual del conocimiento sobre el tema.

En cuanto a los antecedentes que forman parte de nuestro tema de investigación se abordará desde lo legislado a nivel internacional, nacional y provincial.

Cabe destacar que, en el rastreo bibliográfico, se ha observado que el foco de la temática se ha centrado por un lado en el impacto que se produce en los niños a partir de la detención de sus padres, en la separación de sus vínculos significativos y por otro lado en las condiciones o normas en las que conviven madres y sus hijos dentro de los espacios penitenciarios. Un ejemplo de estos enfoques es el estudio realizado por la Defensoría General de la Nación, denominado "Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario" en el año 2015. En el mismo se realiza una exhaustiva defensa al arresto domiciliario como la mejor modalidad alternativa de medida privativa de libertad para mujeres que tienen hijos a su cargo. Pero no se observan trabajos o investigaciones sobre las vivencias de mujeres privadas de libertad en sus hogares afrontando la cotidianeidad de todo lo que atañe a las actividades y necesidades de un hogar y cómo impactan las mismas en el interés superior de los niños, niños y/o adolescentes, qué derechos se presentan vulnerados y qué dificultades se presentan en el acceso a los mismos.

A nivel internacional, desde el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se generaron principios, acuerdos y reglas con la intención de determinar estándares, observaciones y recomendaciones frente a situaciones que tienen que ver con mujeres detenidas embarazadas o que son madres, encargadas principales del cuidado de sus hijos las cuales pueden ver vulnerados

sus derechos y los derechos de los niños. También en relación a ello en diciembre de 1990 la Asamblea General de Naciones Unidas adopta una serie de Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). En diciembre de 2010 la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para el tratamiento de las reclusas y las medidas no privativas de la libertad en la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) sancionó 70 reglas, llamadas Reglas de Bangkok que tienen como objetivo instar a que responsables de políticas, legisladores, operadores del sistema de justicia penal y personal penitenciario, elaboren sugerencias para mejorar las condiciones y necesidades de las mujeres privadas de libertad en general y la problemática de sus hijos.

Los instrumentos generales de protección de derechos humanos y los que se desarrollaron en particular para la protección de las personas privadas de libertad brindan un marco amplio y sólido de protección de las mujeres encarceladas y de sus hijos. Así, numerosos tratados internacionales reconocen, entre otros, los derechos a la igualdad y no discriminación, a la dignidad, a la integridad, a una vida digna, a la protección de la familia, a la protección especial del embarazo y del interés superior de niñas, niños y adolescentes. Entre otros antecedentes importantes existen la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

El Comité de Derechos del Niño señaló que es preciso considerar los posibles efectos que puede tener la privación de la libertad de los padres en sus hijas e hijos, y aplicar medidas opcionales a la privación de la libertad para abordarlos. Se debe aclarar que las normas de derecho local o su interpretación literal no pueden oficiar como un obstáculo para el cumplimiento del pleno ejercicio de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales en los que el Estado Argentino está suscripto. A nivel nacional la Ley 24.660 con su modificación en la

Ley 26.472, imprime un enfoque de derecho. Amplia la procedencia del instituto de prisión domiciliaria a mujeres privadas de libertad con niños a cargos menores de 5 años, ya sea en forma preventiva o definitiva.

El eje ordenador de este enfoque, debe ser "el interés superior de los hijos que tienen a cargo". En el caso de la Ley 26.061 promulgada en el año 2005 se crea un sistema de protección de derecho de todas las niñas, niños y/o adolescentes del país, en cuya base se encuentra el conjunto de políticas públicas básicas y universales para el pleno desarrollo en las áreas de educación, salud, cultura, recreación y participación ciudadana, definiendo las responsabilidades de la familia, la sociedad y el estado en relación con esos derechos. Por lo tanto el espíritu de esta ley debe materializarse en toda la legislación nacional y provincial.

A nivel provincial, Mendoza fue pionera al sancionar en 1995 la 6354 "Ley de menores de la provincia de Mendoza" con la cual derogaban la vieja ley de "Patronato y Tribunales de Mendoza" y se convierte de este modo en la primera provincia del país en adecuar su legislación a la CIDN. A partir de esta ley, Mendoza inició un proceso de transformación y adecuación estatal e institucional. Se inicia en este sentido un conjunto de modificaciones en el ordenamiento normativo y la adecuación de la institucionalidad que hasta entonces se ocupaba de la atención de la infancia y la adolescencia. La importancia fundamental de esta ley radicó en cuatro puntos esenciales: • Fue un instrumento pionero que intentó llevar a cabo el primer proceso de adecuación sustancial de un sistema político, jurídico e institucional provincial a la Convención. • Obligó al gobierno provincial a priorizar sus recursos humanos, materiales y financieros para lograr los objetivos planteados en la ley. Exigió que el Estado haga todo lo que esté a su alcance para evitar acciones que amenacen o violen los derechos del niño y garantizarles atención prioritaria en los servicios públicos y en la formulación y aplicación de las políticas sociales. • Ratificó los derechos básicos de los niños y ofreció herramientas para exigir su cumplimiento • Se planteó una clara diferenciación entre niño-víctima y niño-victimario, entre abandono y delincuencia.

En relación a las condiciones legales en las que se concede e implementa la prisión domiciliaria, la provincia actúa según la Ley 24.660, su modificatoria la ley 26.472 y el Código Penal de la Nación. Teniendo en cuenta los antecedentes antes expuestos, creemos que el aporte que generará este proyecto de investigación, colaborará con avances teóricos y prácticos en la temática.

El arresto domiciliario se configura como una medida del derecho penal que comprende una forma alternativa de ejecución de la pena privativa de la libertad. Así, la ley Nº 24.660, en su capítulo II, sección tercera, la incluye bajo la denominación "Alternativas para situaciones especiales". Con la sanción de la Ley Nº 26.472, se amplía en la normativa argentina nuevas circunstancias que habilitan al juez a disponer el arresto domiciliario para mujeres embarazadas, para madres de niñas y niños hasta los cinco años de edad, o que tengan a cargo personas con discapacidad. No obstante, ello, lo que verdaderamente resulta alternativo es el sitio donde ejecutar la pena impuesta; acrecentando en las detenidas mayor exposición a situaciones de vulneración de derechos.

Bajo estas coordenadas, esta investigación persigue indagar y en consecuencia emerger a la superficie los efectos que la situación de encierro domiciliario conlleva para los hijos e hijas a cargo de la persona detenida bajo la modalidad domiciliaria; y desde allí, generar condiciones de posibilidad de para instrumentar acciones que tiendan a minimizar la mentada vulneración de derechos de la infancia.

A veinticinco años de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, el corpus teórico-científico producido especialmente en América Latina y el Caribe en relación a la promoción y protección de los diferentes derechos reconocidos en la misma, es considerable y en aumento. Sin embargo, como lo señalará el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas luego del Día de Discusión General organizado para analizar el tema en 2011, el impacto y consecuencias del encarcelamiento paterno/materno en el derecho al desarrollo integral de niños y niñas es un tema "huérfano" esperando ser descubierto y

abordado, tanto por la academia y especialistas, como por defensores de los derechos del niño y por las políticas públicas.



El 60% de las mujeres se encuentran detenidas por delitos recogidos en la Ley de Estupefacientes. En América Latina la población carcelaria en Argentina aumentó un 53% entre 2000 y 2017.

La Procuración Penitenciaria publicó un informe en el que muestra su gran preocupación por el aumento de la **población carcelaria femenina y hace hincapié en la principal causa del encarcelamiento de las mujeres** que están detenidas por delitos recogidos en la Ley de Estupefacientes (Ley 23.737).

En ese sentido, sostiene que las políticas de drogas prohibicionistas afectan desproporcionalmente a las mujeres.

Según estimaciones recientes, existirían casi dos millones de niños, niñas y adolescentes latinoamericanos que tienen un padre o madre encarcelado (Gurises Unidos - Church World Service, 2013, p.20). Se trata de las y los hijos de casi 1,3 millones de personas privadas de libertad, condenadas o bajo proceso. Menos del uno por ciento de estos niños y niñas viven en prisión con sus madres, mientras que el 99 por ciento restante vive y crece en comunidades como y con el resto de

las y los niños, con la (enorme) diferencia de que uno de sus padres está encarcelado.

En el año 2015 la provincia de Mendoza era responsable de 3.862 personas privadas de libertad cumpliendo condenas o bajo proceso penal, el 95 por ciento de ellas varones (SNEEP, 2015). La única referencia conocida respecto a la maternidad o paternidad de las personas privadas de libertad, se limita a reportar la cantidad de mujeres que vivían con su hija o hijo en prisión: 5%, no indagando en varones si tuviera hijos o cuantos. Como en Argentina y gran parte de Latinoamérica, el porcentaje de varones presos que son padres es un dato ausente en la mayoría de los informes y literatura penal y carcelaria.

De la literatura inicialmente consultada también surge la presencia de proceso de pauperización de las familias de la persona detenida, sentimientos y prácticas de discriminación, estigmatización y criminalización hacia estos niños, niñas y especialmente hacia los adolescentes, tanto en el ámbito familiar como en el comunitario y escolar, pactos de silencio; una diversidad y multiplicidad de formas de experimentar el encarcelamiento paterno/materno y a su vez considerables niveles de resiliencia mostrados por niños/as y sus madres privadas de libertad en sus domicilios familiares.

#### Nos propusimos objetivos y surgió nuestra aproximación de sentido:

General: Describir la situación de los niños, niñas y adolescentes de madres que, por estar a cargo de menores, se encuentran bajo la modalidad de prisión domiciliaria, entre los años 2017 - 2019, en Mendoza, generando aportes a la garantía de sus derechos.

Específicos: Identificar los fundamentos legales, criterios y mecanismos por los cuáles la Justicia concede la prisión domiciliaria.

 Conocer las características peculiares, en educación, salud e identidad, tipo de delito y estrategias de supervivencia de las mujeres con prisión domiciliaria. Identificar los efectos principales en torno a la vulneración de

- derechos, que la situación conlleva para hijos e hijas de las madres privadas de libertad.
- Reconocer posibles factores protectores que se presentan en la trayectoria recorrida por niños, niñas y adolescentes a partir de la detención de la mujer detenida. Sistematizar los recorridos institucionales que los integrantes de la familia han llevado a cabo a partir de dicha situación. Aportar recomendaciones para contribuir a la toma de decisiones en el ámbito legal y social.

Los supuestos previos que acompañan este proyecto, en cuanto a la búsqueda de perspectivas e indagación respecto la repercusión de la prisión domiciliaria de las mujeres madres, en convivencia con niñas y niños, sus hijas e hijos de corta edad, en la situación de derechos de niños, niñas y adolescentes, los antecedentes dan cuenta de ello aproximadamente, lo que ha de guiar esta investigación, en pos de encontrar similitudes, diferencias y sobre todo particularidades locales.

Cambios de carácter, despersonalización, negación, estigma, mayor pobreza, angustia, temor, padecimiento de estigmatización, rebelión ante las figuras de control social, son algunos de los tópicos que la indagación de antecedentes que refiere como impactos plurales de la cárcel para las mujeres que han sido privadas de su libertad.

#### **PROPUESTA**

Reformas urgentes del sistema penal respecto de las prisiones domiciliarias de mujeres madres de niñas y niños.

- Proporcionalidad de las penas.
- Interés superior del niño. Restitución inmediata de la vulneración de derechos a niñas y niños que conviven con sus madres.

Cómo viven las madres privadas de su libertad, pero en sus casas y con sus hijos.

17

#### Redacción PUNTAL | Fecha: 09/09/18 01:16 | Informe Especial



· · Crédito: Puntal.com.ar

#### D. C.

#### - ¿Cómo es tu vida acá?

-Feliz. Me levanto todos los días así, agradezco que estoy yo con mis hijos. Los baño, los preparo y mi hermana los lleva al colegio. La primera vez, cuando violé la domiciliaria, veía la calle y pensaba: "Si total no me ve nadie". Ahora estoy concientizada de que tengo que hacer las cosas bien, si no, vuelvo. (Una de sus hermanas es la encargada de acompañar a sus sobrinos a la escuela todas las mañanas. Dice que desde que D. volvió a la casa "se nota mucho el cambio en la conducta de los chicos. Se sienten más acompañados").

#### -¿Tus hijos entienden que no podés salir?

-Sí, mi nena más chiquita me dice: "No podemos ir a comprar chicles, cierto", "¿El policía no te deja?". O los chicos que van a la copita de leche entre las 5 y las 7 saben que a las 7.10 tienen que estar acá porque yo no los puedo ir a buscar. Y mi papá es más recto, si los busca los pone en penitencia.

El Código Penal establece que la pena de prisión domiciliaria corresponde, entre otros, a "la mujer embarazada y a la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo". En la ciudad hay siete mujeres que gozan de este derecho. En caso de que la madre no se pudiera hacer cargo o no existiere, el beneficio se le podría conferir también al padre.

"Es un beneficio, porque estamos en una situación más cómoda, pero por ahí me entristece porque me dan ganas de llevar los chicos a la escuela o a la plaza y no puedo"

#### El bienestar de los chicos

"Nosotros tenemos una mirada integral, no sólo controlar que la mujer no salga de la casa, sino brindar asistencia espiritual, psicológica, y hacer entender que si sale de la casa hay riesgo de que se revoque el beneficio. No sólo es por ella, sino por los hijos",

"Es el interés superior en el bienestar del niño lo que establece la ley. La otra pata que quedó por resolverse es qué pasa con la mujer. Estamos trabajando en eso. Ya hay un cambio de la mirada de los jueces y tenemos casos donde les permiten salir para realizar un secundario, capacitaciones en oficios o controles femeninos. De a poco se va haciendo el cambio del paradigma",

#### Bibliografía

- Ávila, J. Fadin, H. <a href="http://onaf.uda.edu.ar/publicacion-digital">http://onaf.uda.edu.ar/publicacion-digital</a>
- CELS (2011) "Mujeres en prisión: los alcances del castigo" comp. Ministerio
   Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación.
   1ª ed. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires.
- CIDN Comité de los Derechos del Niño (2011) "Report and recommendations of the day of general discussion on "children of incarcerated parents".
- Colectivo Artesana UNICEF (2014) "Jazmín, en memoria de una niña a quien el Estado le falló. Monitoreo sobre la situación de las hijas e hijos de las mujeres privadas de libertad en Guatemala".
- Bergman M; Mansello D; Arias C. (2014) Delito, marginalidad y desempeño institucional en la Argentina: resultados de la encuesta de presos condenados / -1ª ed.- Sáenz Peña: Universidad Nacional de Tres de Febrero.
- Fadin, H., Escalante, E. Paredes, A. (2013) Fundamentos y Practicas en la Intervención del Técnico y Licenciado en Niñez, Adolescencia y Familia.
   Editorial de la Universidad del Aconcagua. Mendoza.
- Gurises Unidos Church World Service (2014). "Invisibles ¿hasta cuándo? Una primera aproximación a la vida y derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe. Estudio de Caso: Brasil, República Dominicana, Nicaragua y Uruguay". Mastergraf, Montevideo.
- Inciarte, A., G. Sánchez y F. Ocando (2010): "Consecuencias psicosociales en niños cuyas madres se encuentran cumpliendo pena privativa de libertad". Revista de Ciencias Sociales. Vol. XVI, n.º 1. Venezuela, Faces-Luz.
- National Research Council. (2014). "The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences. Committee on Causes and Consequences of High Rates of Incarceration" J. Travis, B. Western,

- and S. Redburn, Editors. Committee on Law and Justice, Division of Behavioral and Social Sciences and Education. Washington, DC. The National Academies Press.
- Oxman, C. (1998) "La entrevista de investigación en ciencias sociales", EUDEBA.
- Poquet A y Espeche V 2013 Asamblea Penitenciaria y red de familiares de presos / – 1<sup>a</sup> ed. – CABA, Ediar
- Raffo de Quiñónez, P. (2009): "Manual de recomendaciones para atender a niños, niñas y adolescentes con padres o madres privados de libertad."
   Centro de Atención Psicosocial, Lima.
- REDLAMYC (2009) "Estudio de balance regional sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe. Impacto y retos a 20 años de su aprobación.
- Robertson, O. (2012) "Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos, recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos de la niñez en el día del Debate general 2011." Publicaciones sobre refugiados y los derechos humanos. Quaker United Nations Office. Ginebra.
- Rosenberg, J. (2008): "La niñez también necesita de su papá: hijos e hijas de padres encarcelados". Publicaciones sobre los refugiados y los derechos humanos. Quaker United Nations Office. Ginebra.
- Techera, J., G. Gariboto y A. Urreta (2012): "Los hijos de los presos: vínculo afectivo entre padres privados de libertad y sus hijos/as. Avances de un estudio exploratorio". CS. Psicol. [online]. vol. 6, n.º 1, pp. 57-74. ISSN 1688-4094.
- Valgañón, M. y otros. (2012) Vínculos familiares en transformación. Estilos, modelos y competencias parentales. Ed. SSeCC. Mendoza. Argentina. ISBN 978-950-964-69-0
- Vasilachis, I (1992) "Métodos cualitativos I: los problemas teóricoepistemológicos". Centro editor de América Latina, Buenos Aires.

- Wacquant, L. (2009): "Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social." Barcelona, Gedisa.

# SITUACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTOS DE MIGRACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA INTEGRAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, ARGENTINA".

Autora: Mgter. Hilda Fadin.

Directora Observatorio y Licenciatura en Niñez, Adolescencia y Familia

Universidad del Aconcagua. Mendoza. Argentina

Equipo de trabajo: Mgter. Javier Ávila. Centro Pastoral Monseñor SCALABRINI Hogar de Tránsito para Migrantes PADRE TARCISO RUBIN. Mendoza. Argentina.

#### Breve síntesis de la propuesta

#### Fundamentación

La inmigración en Argentina crece en 78.222 personas. Según los últimos datos publicados por la ONU en Argentina 2.164.524 de inmigrantes, lo que supone un 4,89% de la población de Argentina. La inmigración femenina es superior a la masculina, con 1.168.208 mujeres, lo que supone el 53.97% del total de inmigrantes, frente a los 996.316 de inmigrantes varones, que son el 46.02%.

Si miramos el ranking de inmigración vemos que es el 86º país del mundo por porcentaje de inmigración. Los principales países de procedencia de la inmigración en Argentina son Paraguay, el 33,25%, Bolivia, el 20,52% y Chile, el 10,44%.

En los últimos años, el número de inmigrantes que viven en Argentina, ha aumentado en 78.222 personas, un 3,75%.

Aquí se muestra la evolución de la inmigración en Argentina.

| Fecha | Inmigrantes hombres | Inmigrantes mujeres | Inmigrantes | % Inmigrantes |
|-------|---------------------|---------------------|-------------|---------------|
| 2017  | 996.316             | 1.168.208           | 2.164.524   | 4,89%         |
| 2015  | 960.310             | 1.125.992           | 2.086.302   | 4,84%         |
| 2010  | 831.696             | 974.261             | 1.805.957   | 4,43%         |
| 2005  | 774.810             | 898.278             | 1.673.088   | 4,34%         |
| 2000  | 717.924             | 822.295             | 1.540.219   | 4,19%         |
| 1995  | 753.027             | 842.042             | 1.595.069   | 4,59%         |
| 1990  | 788.130             | 861.789             | 1.649.919   |               |

#### **Argentina - Inmigrantes**

Fuente: Datosmacro.com

## PRUEBA DIAGNÓSTICA EN LA PROVINCIA DE MENDOZA, PROYECTO DE APROXIMACION A LA SITUACION DE NIÑAS Y NIÑOS EN CONTEXTOS DE MIGRACION EN MENDOZA. ARGENTINA

El proyecto plantea producir conocimiento científico original sobre las prácticas culturales relacionadas con la situación de niñas, niños y adolescentes en contextos de migración en la Provincia de Mendoza, tomando como referencia los relatos de personas que participan en distintos efectores que trabajan en contacto con poblaciones migrantes, de la provincia de Mendoza.

Un porcentaje creciente de niños y niñas están arribando a un ecosistema cultural que es un entorno de vulnerabilidad en sí mismo, en el que los mismos se

confrontan con otras culturas, valores y creencias de complejos procesos de inmersión cultural.

En la actualidad no se cuenta con estudios concluyentes como para tener un panorama esclarecedor de dicho fenómeno en Mendoza. Por ello la propuesta pretende, desde una perspectiva local, efectuar aportes a tal área de vacancia.

Partiendo de la concepción de *niños y niñas como sujetos de derecho y de la búsqueda de alternativas para que los procesos migrantes* sean propicios para su desarrollo y bienestar integral, se articulan distintos marcos teóricos y categoriales en pos de aproximación novedosa al problema planteado. Se trata de una investigación *cuantitativa y cualitativa con un diseño de tipo exploratorio-descriptivo*.

#### Entre los objetivos principales, nos planteamos:

- Conocer la cantidad de niñas/os y adolescentes en contextos de migración, como así también el tipo de situación más recurrente en la que se encuentren.
- Conocer la relación que existe entre número de casos y los tipos de situaciones de vulneración registradas para niñas/os y adolescentes migrantes, como así también el tipo de situación más recurrente.
- Analizar el rol de los efectores del sistema de protección integral de los derechos de esta población, por departamento de la Provincia de Mendoza.
- Conocer desde la perspectiva de los profesionales representantes de las entidades asociadas al control de esta problemática su perspectiva en relación al fenómeno, la normativa existente, las fortalezas y debilidades en torno a la problemática en estudio.

#### Y pensamos en los siguientes objetivos específicos:

 Identificar la cantidad de casos registrados y describir las principales situaciones de vulneración de derechos que atraviesan niños, niñas y

- adolescentes en contextos de migración en la provincia de Mendoza por departamento.
- Identificar los programas y servicios universales y de prevención primaria orientados a la población de niños, niñas y adolescentes en situación de migración.
- Analizar cómo se articulan en territorio los distintos actores del sistema de protección integral de derechos, describiendo el rol de cada efector respecto de la situación de migración de la población en estudio.

Nuestras hipótesis o aproximaciones de sentido pensadas son: La cantidad de situaciones de vulneración en contextos de migración, registradas y los tipos de éstas, exceden las capacidades de gestión (en lo referente a medidas de protección integral y a medidas excepcionales) de los organismos gubernamentales responsables de articular los sistemas locales de protección de derechos, respecto de las niñas, niños y adolescentes migrantes.

Se evidencian debilidades políticas, operativas y materiales para efectuar abordajes integrales, que comprometan y conecten de manera efectiva redes territoriales formales y mecanismos de gestión asociada entre los actores públicos afectados, contribuyendo en obstaculizar la construcción de sistemas

Para profundizar en las modalidades que presenta esta población en contexto de migración, se tomaron las categorías sistematizadas y desarrolladas propuestas por Ceriani que pueden ser ampliadas, pero para fines prácticos se de delimitan en:

- Niños, niñas y adolescentes que permanecen en su país de origen: Esta categoría se refiere a aquellos NNA que no han migrado junto a sus padres (o uno/a de ellos/as) y permanecen en su país de nacimiento o de residencia habitual.
- Niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados y separados: El
   Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que los niños no

acompañados son "de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los niños que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad". Son separados aquellos NNA separados de ambos padres o sus tutores, pero no necesariamente de otros adultos.

- Niños, niñas y adolescentes que migran con sus familias: Se trata de aquellos NNA que migran a través de las fronteras internacionales junto con sus familiares, ambos padres o uno de ellos, o junto a sus tutores legales o habituales.
- Niños y niñas nacidos de padres migrantes en los países de destino: Son aquellos NNA nacidos de padres migrantes (o uno/a de ellos/as en los países de destino. Según el criterio que rige en el país de acogida (ius sanguinis o ius solis), pueden tener la nacionalidad de sus padres o la nacionalidad del país de destino, o en algunos casos, quedar en situación de apatridia.
- Niñas, Niños y Adolescentes retornados: Son NNA migrantes o nacidos en el país de destino de padres migrantes, que regresan a su país de origen (o el de sus padres, o incluso a un tercer país), solos o acompañados, de forma voluntaria o como consecuencia de un procedimiento de deportación o repatriación.

El universo de estudio está constituido por referentes, técnicos y profesionales que trabajan en organizaciones sociales y gubernamentales implicadas en los Sistemas de Protección Integral de Derechos a nivel departamental de toda la provincia de Mendoza.

Para identificar a dichos operadores se efectuó un relevamiento por departamento de todas las áreas organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, dirigidas a niños, niñas y adolescentes.

A partir del relevamiento inicial se seleccionan como unidades de análisis los Servicios de Protección Territoriales u Órganos Administrativos Locales (en adelante OAL), las áreas de niñez municipales y las sedes correspondientes a cada municipio del Programa Provincial de Maltrato Infantil (en adelante PPMI), sumando como fuentes de posible información al sistema de atención y derivación de las niñas, niños y adolescentes en contexto de migración al Hogar del Migrante y la Pastoral Migratoria del Arzobispado de Mendoza. Se consulta así mismo a los consulados de Perú, Bolivia entre otros.

La decisión de incorporar a los Órgano Administrativo Local responde a su rol de intervención en situaciones de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes en cumplimiento con la Ley Nacional de Niñez, Adolescencia (26.061) y su posible participación en abordajes con esta población migrante.

De la misma manera, las áreas de niñez de los municipios fueron incorporadas en razón tanto de su rol en la planificación y desarrollo de las políticas de infancia locales como en el abordaje de situaciones vulneración de derechos.

También fueron identificadas e incorporadas las sedes del Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI), las cuales funcionan en áreas de salud y están encargadas de abordar problemáticas vinculadas a vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, posiblemente a aquellos en situación de migración.

Finalmente, las organizaciones sociales (comunitarias o de apoyo) tomadas como unidad de análisis fueron seleccionadas principalmente a partir de la mención que hicieron de las mismas los entrevistados de las demás unidades de análisis (OAL, áreas de niñez municipales y PPMI), a través de proyectos implementados desde el Observatorio de Niñez, Adolescencia y Familia con anterioridad.

Ante la falta de mención de organizaciones se seleccionan una o dos de las organizaciones de apoyo identificadas durante el relevamiento, como las antes mencionada Hogar del Migrante Padre Tarsicio Rubín, Colegio 58P Scalabrini, Movimiento de Laicos Scalabrinianos Mendoza y la Pastoral Migratoria del Arzobispado de Mendoza. A partir de esta decisión metodológica se procura la reconstrucción de las vinculaciones de los servicios estatales con actores de la sociedad civil, principalmente aquellas que operan a nivel comunitario.

#### Lineamientos metodológicos

Se trata de un estudio de tipo **cuantitativo**, **no probabilístico**, orientado a descubrir el sentido y el significado de las prácticas sociales e institucionales relacionadas con la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes a **nivel departamental**, por lo que los resultados obtenidos no son generalizables a toda la Provincia de Mendoza. También es de tipo descriptivo y explicativo, ya que busca determinar las características más importantes de los fenómenos sometidos a análisis, estableciendo sus causas.

#### Y diseñamos y validamos nuestro instrumento de recolección de datos:

El objetivo del instrumento es recoger datos sobre las distintas situaciones de vulneración de derechos que atraviesan niños, niñas y adolescentes en situación de migración en la provincia de Mendoza. Además, se pretende ampliar la compresión de los procesos territoriales mediante los cuales el Estado, las comunidades, las organizaciones sociales y los grupos familiares dan respuestas a las distintas situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes. Adicionalmente nos interesa sistematizar aportes de expertos y profesionales que puedan contribuir a la mejora de las normas, recursos territoriales y procesos mediante los cuales se abordan las distintas situaciones migratorias.

#### **PROPUESTA**

El nuevo Pacto Global para las migraciones representa un punto de inflexión en la gestión internacional de las migraciones. Queda mucho trabajo por hacer para asegurar que su implementación esté enfocada en la protección de los derechos de las y los migrantes.

Los Estados de la ONU concluyeron recientemente las negociaciones del Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular. Este acuerdo inédito a

nivel internacional establece los contenidos mínimos y la estructura institucional para la implementación coordinada de políticas migratorias en todo el mundo.

En el Pacto conviven dos miradas distintas. Por un lado, la del control de la migración, que prevalece en el mundo, con consecuencias gravísimas. Por otro, aquella basada en los derechos de los migrantes.

En esta tensión, el acuerdo habilita medidas destinadas a reducir y prevenir la migración. Su objetivo 11, por ejemplo, establece el compromiso de "gestionar nuestras fronteras nacionales de manera coordinada (...) garantizando la seguridad de los Estados, las comunidades y los migrantes, y facilitando los movimientos transfronterizos seguros y regulares de las personas y evitando la migración irregular". La detención fue legitimada como instrumento de política migratoria, a pesar del entendimiento de que se trata de una medida de último recurso y del compromiso de trabajar para promover alternativas. La deportación también tiene un lugar preponderante en el texto, cuyo objetivo 21 es "cooperar para facilitar el regreso y la readmisión seguro y digno, así como la reintegración sostenible", con insuficiente determinación de los criterios que impedirían estas expulsiones. Además, quedó muy acotado el concepto de no criminalización de la migración irregular. En estos aspectos, el Pacto no alcanzó plasmar los más altos estándares internacionales.

Al mismo tiempo, los Estados se comprometieron a "salvar vidas y establecer esfuerzos internacionales coordinados con respecto a migrantes desaparecidos". Se logró avanzar en compromisos para la ampliación de los canales migratorios regulares, incluyendo la posibilidad de utilizar criterios humanitarios, vinculados a desastres naturales, al cambio climático y a la reunificación familiar. Uno de los aspectos más alentadores del texto es el compromiso de los Estados con la protección de migrantes en situación de vulnerabilidad, al reconocer que esta condición puede derivarse de las circunstancias del viaje o del contexto enfrentado tanto en el país de origen, como en el de tránsito y de destino.

De manera contundente, el Pacto establece el compromiso de "respetar el interés superior del niño en todo momento, como consideración prioritaria en situaciones

que involucren a niñas y niños". En sentido semejante, señala la relevancia de las políticas destinadas a asistir a mujeres migrantes en riesgo, integrantes de minorías étnicas o religiosas, víctimas de violencia, incluida la sexual y de género, personas mayores, personas con discapacidad, víctimas de discriminación, personas indígenas, víctimas de explotación laboral, trabajadoras domésticas y víctimas de trata y tráfico de personas, independientemente de su estatus migratorio, destaca como buena práctica que los migrantes en situación irregular tengan acceso a un mecanismo para la evaluación individual de su situación, con garantías del debido proceso y pudiendo resultar en la concesión de un estatus regular; así como el desarrollo de procedimientos que faciliten el cambio de categoría migratoria. Finalmente, el texto establece un compromiso con la garantía de que "todos los migrantes, independientemente de su estado migratorio, puedan ejercer sus derechos humanos a través de un acceso seguro a los servicios básicos".

Dado el contexto internacional de creciente xenofobia y nacionalismo, estos últimos son avances importantes, a pesar de sus límites y ambigüedades. Especialmente, en un contexto en el que países como Estados Unidos, Hungría y Australia declararon que no van a adherir al acuerdo, que consideran "extremista" y contrario a sus intereses nacionales soberanos. El texto ha sido formalmente adoptado en la sesión de septiembre de la Asamblea General y firmado en una Conferencia Intergubernamental en Marrakech en diciembre de este año. Tras su adopción formal, habrá mucho por hacer para asegurar que en el seguimiento e implementación del Pacto se promuevan políticas migratorias que avancen en la protección de derechos. Es imprescindible que los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos tengan un rol determinante en este proceso y que actores con experiencia y legitimidad local participen activamente para que los compromisos asumidos tengan impacto concreto.

#### **BIBLIOGRAFIA**

- -Ávila, J. Fadin, H. http://onaf.uda.edu.ar/publicacion-digital
- -CERIANI, P (2017) "Derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional". Centro de Derechos Humanos UNLA, Buenos Aires. Argentina.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva
- 21. Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 19 de agosto de 2014. Par. 70
- DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 70/2017. Argentina.
- Observaciones Generales Conjuntas sobre niñez y migración de los Comités de Niños y de Migrantes de Naciones Unida, Informes presentados (2015 y,2016) en el marco de la elaboración: <a href="http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CMWCRCContextofInternatio">http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CMWCRCContextofInternatio</a> nalMigration.aspx
- GARCÍA, S. (2010) "Prácticas territoriales: su reconstrucción desde la mirada heterogénea de la vida cotidiana". Documento Cátedra Electiva "Lo territorial como categoría vivencial y espacio político" Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza.
- GARCIA VAZQUEZ. (2005) "Los migrantes. Otros entre nosotros. Etnografía de la población boliviana en la Provincia de Mendoza". Ed. EDIUNC. Mendoza. Argentina.
- JOAQUÍN ARANGO (2003) "La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra". Publicado en Revista Migración y Desarrollo, № 1 5.

Disponible en <a href="http://rimd.reduaz.mx/revista/rev1/JoaquinArango.pdf">http://rimd.reduaz.mx/revista/rev1/JoaquinArango.pdf</a>

- INDEC. (2010)" Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda.
- Organización Internacional para las Migraciones (2012). Perfil Migratorio Argentina. Argentina.
- Ley Nacional Nº 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y adolescentes. (2005). Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina

- López, N. y otros (2012) La situación de la primera infancia en la Argentina: a dos décadas de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. SIPI.
   SITEAL-OEI-IIPE UNESCO. Córdoba: Fundación Arcor.
- LÓPEZ MARÍA EMILIA (2013), Cultura y Primera Infancia. CERLALC-UNESCO. Bogotá, Colombia.
- MARTÍNEZ SALGADO, CAROLINA (2012) El muestreo en investigación cualitativa. Principios básicos y algunas controversias. Ciencia & Saúde Colectiva, 17.
- ORELLANA, CARLOS. (2014) "Migración irregular de niños y niñas, ejercicio y búsqueda de ciudadanía desde la invisibilidad" http://www.sidalc.net/
- PINTO, G; CERIANI, P. (2013): "Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina. Estudio a diez años de la Ley de migraciones". Centro de Derechos Humanos UNLA, UNICEF Argentina. Buenos Aires.
- Rev. Sociedad & Equidad Nº 6, (Enero de 2014). "Niñez, migración y derechos: aportes para un abordaje antropológico" http://www.sye.uchile.cl/index.php/RSE/article
- UNLA y UNICEF (2011) Re-pensar la inmigración. Trabajo de la AUH y niñez migrante

http://valijainmigracion.educ.ar/contenido/html/presentacion.htm
http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa 2/ceriani cyment morales mesa
2.pdf

https://www.unicef.org.ar/comunicacion/proteccion\_estudio\_migracion\_10anios.pdf

## "EXPLOTACIÓN LABORAL DE INFANTES Y ADOLESCENTES, Y EL CRIMEN ORGANIZADO."

Autor:

ALEYDA ANGELES ASTUDILLLO.<sup>1</sup> MÉXICO.

Explotación laboral de infantes y adolescentes y el Crimen Organizado.

Hablar de un tema tan complejo como lo es, la explotación laboral infantil en sus diferentes variantes, significaría, escribir páginas y páginas para poder entender la complejidad de un problema multi-jurisdiccional, en donde organismos de carácter internacional como lo expone la UNICEF, en la Convención de los Derechos de los Niños, consideran que es mayor la necesidad de establecer un entorno protector que defienda a los niños y niñas de la explotación, los malos tratos y la violencia.<sup>2</sup> Así mismo, expresa: "Sin embargo, todavía queda mucho por hacer para crear un mundo apropiado para la infancia. Los progresos han sido desiguales, y algunos países se encuentran más retrasados que otros en la obligación de dar a los derechos de la infancia la importancia que merecen. Y en varias regiones y países, algunos de los avances parecen estar en peligro de retroceso debido a las amenazas que suponen la pobreza, los conflictos armados"<sup>3</sup>. Ahora bien, como sociedad civil, nos preguntamos ¿qué han hecho estos organismos, para otorgar o para hacer valer estos derechos de los niños?, sí como se señala en el documento en análisis: Los derechos de la infancia están plenamente estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones, la

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> DOCTORA EN DERECHO, MAESTRÍA EN DERECHO PENAL, LIC. EN PSICOLOGIA EDUCATIVA, LIC. EN DERECHO Y PROFESORA DE EDUCACIÓN PRIMARIA. ESPECIALISTA EN PSICOLGIA CRIMINAL Y AUTORA DE LOS LIBROS, PSICOLOGIA CRIMINAL I, PSICOLOGIA CRIMINAL 2 Y MENTES CRIMINALES DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. NARCOTRAFICO. PSICOLOGIA CRIMINAL.

Convención sobre los Derechos del Niño · UNICEF Comité Español, p, 7

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Idem.

Convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989.<sup>4</sup>

En las regiones donde opera la delincuencia organizada a menudo los niños y adolescentes sufren presiones, amenazas y con engaños son enganchados por estas organizaciones delictivas para que colaboren con ellos; otros adolescentes se incorporan a estas organizaciones en busca de oportunidades, reconocimientos, protección o sentido de pertenencia, aspectos que de otro modo no logran adquirir.

Dentro de estas organizaciones los niños y los adolescentes son utilizados y abusados, los adultos los consideran piezas prescindibles e intercambiables y cuando ya no les son útiles son considerados desechables, el último eslabón de la cadena, y por lo usual les encargan actividades de mayor riesgo para su integridad personal o de ser detenidos por la policía. Muchos de los niños, niñas y adolescentes, en especial los que se dedican al narcomenudeo, son ellos mismos consumidores de drogas; la dependencia de la droga es una de las estrategias de los narcotraficantes para captar a nuevos niños y adolescentes para el microtráfico a través de su consumo y adicción. Las estructuras de estas organizaciones criminales son jerárquicas con normas de disciplina muy estrictas que acarrean violencia en caso de incumplimiento de las reglas internas o de órdenes de superiores, incluso a través de formas extremas como las "ejecuciones". Salir de estas organizaciones puede implicar arriesgar la vida y la integridad personal. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considera que la forma y el contexto en los cuales ocurre la captación de los niños y adolescentes a estructuras criminales, así como las características que tiene esta vinculación al grupo delictivo, pueden ser consideradas en muchos casos como situaciones de abuso y explotación.

En México desde que inició la estrategia de enfrentamiento contra el crimen, llamada Guerra contra el Crimen Organizado, como la llamó en su momento el ex presidente Felipe Calderón, las víctimas colaterales, siguen aumentando. De

. .

<sup>44</sup> Ibidem, p, 6

acuerdo con cifras de la organización Red por los derechos de la infancia en México (Redim), suman 11 mil niños, niñas y adolescentes asesinados desde 2006 hasta 2017 y seis mil 800 menores desaparecidos por la lucha contra el narcotráfico.

Los menores en su mayoría, han sido asesinados por el fuego cruzado en los enfrentamientos entre delincuentes y policías, Ejército, Marina y Policía Federal, por lo que especialistas sostienen que el Estado Mexicano, mantiene un patrón de silencio, vacíos institucionales y retrocesos legislativos frente a esta situación.

Redim, quien año con año da a conocer cifras de menores desaparecidos y muertos en la lucha contra el narcotráfico, plantea que desde 2010, cada 36 horas un niño o adolescente es ejecutado en México y su muerte está vinculada a la lucha contra el crimen organizado.

De acuerdo al informe estadístico que la organización no gubernamental Red por los Derechos de la Infancia de México, (REDIM), señala que existe un total en el año 2016 considerado como el más trágico en donde existe 1,341 niños y adolescentes desaparecidos representando un 70% de desapariciones que se presentaron durante el sexenio en curso de 2012 -2018.

En un Balance presentado en el año próximo pasado, Redim, detalló que el Estado de México, es la entidad que registra un mayor número de niños y adolescentes desaparecidos, estadísticamente desaparece uno de cada cuatro casos.

Esta Entidad, registra un numero escandalosamente de impunidad y de desapariciones de menores, ya que según los informes de Redim, uno de cada cuatro desapariciones ocurre en esta entidad. Cada 15 de 100 desapariciones de menores de edad son niñas y adolescentes de entre cero y 17 años asociados a los casos de femenicidios.

Los estados qué hasta julio del 2017, estadísticamente estos estados reportan 1,498 casos de desapariciones de niños, niñas y adolescentes: Puebla reporta 647 desapariciones, Tamaulipas 572 y nuevo león con 424 menores reportados como desaparecidos.

El Registro Nacional de Personas Desaparecidas en México, (RNPED), hasta el mes de julio de 2017, registra 33 mil 482 personas desaparecidas de las cuales se desprende que seis mil 79 corresponde a menores, en donde 6 de cada 10 desapariciones son de niñas y adolescentes. El silencio y la omisión y la complicidad y una falta de políticas criminales eficientes en nuestro país dan como resultado estas cifras.

Así mismo Redim, registra que en el periodo de 2008 y 2012, estadísticamente 1,614, menores de edad han sido asesinados, siendo esta la mayor cifra de homicidios registrados en el periodo de los años 1990 a 2016. En donde en ese año 1,126, niños y adolescentes fueron víctimas.

En cuanto a los homicidios, organizaciones no gubernamentales, indicaron que entre 2007 y 2016 se han contabilizado 11 mil 749 casos contra la población infantil y adolescente; siete de cada 10 de estos fueron por arma de fuego, principalmente en varones.

La organización destaca que en la actual administración son asesinados diariamente tres menores; en los dos últimos periodos de gobierno, más de una tercera parte de los asesinatos contra este sector de la población han ocurrido en Estado de México, **Guerrero** y Chihuahua.

El Instituto de Estadística (INEGI), en su censo de población anual, registra que en año de 2015 se registraron 20,762 homicidios en México, de los cuales el 5 % o sea 1,057 homicidios corresponde a población de menores de edad entre 17 años o menos. En la tasa de mortalidad de 2015, fue de 2.6 homicidios por cada 100 mil niños, niñas y adolescentes. En el Estado de Guerrero, trágicamente se documentaron venganzas en las que entregaban cuerpos mutilados de niñas y niños. Haciendo notorio el dato que ya no hay un límite de respeto de la vida de niños.

La tan criticada Guerra contra el Narcotráfico iniciada por el expresidente de México, Felipe Calderón Hinojosa y continuada por el actual Presidente Enrique Peña Nieto, misma que se inició cuando México no tenía las condiciones de política criminal adecuadas para iniciar este procedimiento, el cual nunca tuvo una

logística congruente y eficiente, y también careció de eficacia puesto que durante los primeros cinco años del gobierno de Enrique Peña Nieto, el número de víctimas aumento en vez de disminuir ya que el número de niños y adolescentes desaparecidos fue tres veces más alto que la cifra registrada en el sexenio pasado: 1,548 casos se reportaron entre el 2006 y 2012 se pasó de 4,394 de 2013 a julio del 2017.

Organizaciones como REDIM, señalan que esta fallida Guerra contra el narcotráfico, ha impactado a los menores, no solo por las desapariciones y por los homicidios sino por el reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes, que trabajan para los grupos delictivos; así como factores de orfandad y el desplazamiento forzado de los mismos.

Un factor que ha ido en aumento en las desapariciones es: la trata de personas que en su mayoría son de menores de edad ausentes son del sexo femenino; y de acuerdo a estadísticas de reportes de personas desaparecidas 6 de cada 10 casos son de niñas y adolescentes mujeres. Este alarmante incremento se relaciona claramente con una nueva vertiente del crimen organizado con fines de explotación sexual.

Ahora bien, existe la teoría de que dichas desapariciones de niños, niñas y adolescentes están relacionadas con la:

Explotación laboral de infantes y adolescentes relacionadas con el Crimen Organizado.

A continuación, haremos una descripción detallada de los sectores en donde el crimen organizado y su relación con la explotación laboral de infantes y adolescentes.

#### PORNOGRAFIA INFANTIL.

La revista Proceso en México, en su edición con fecha 2 de marzo del 2007, señaló que México es considerado el segundo país en el mundo con mayor producción de pornografía infantil, pero la tenencia o posesión de este tipo de material no está sancionada por las leyes, indica el Informe Global de Monitoreo

de las acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, elaborado por Ecpat Internacional.

Pese a las evidencias que proporcionan las denuncias, los reportes periodísticos, los informes y estudios, "no se puede actuar con contundencia jurídica", señala el informe, ya que aún existen grandes vacíos legales para identificar y sancionar delitos cibernéticos y delitos asociados, como la distribución de material pornográfico.

La impunidad "contribuye al incremento de la oferta de material pornográfico infantil, y a que su venta se vuelva abierta y pública, como ocurre en Tepito y La Merced, en la Ciudad de México", considera la existencia de una red Internacional.

Según las estadísticas de la Policía Federal Preventiva (PFP), la explotación sexual de menores de edad a través de Internet se incrementa aceleradamente, por lo que ya ocupa el tercer lugar en la lista de delitos cibernéticos, después de los fraudes y las amenazas

Así mismo dicho informe señala que tan sólo en enero de 2004, se registraron 72 mil 100 sitios de pornografía sexual de menores de edad, mientras que a inicios del 2006 ya había más de 100 mil sitios.

De acuerdo con el texto, hasta el año 2003 la Policía Cibernética de México tenía la clasificación de imágenes de pornografía infantil en Internet en cuatro rangos: de cero a cuatro años, de cuatro a ocho, de ocho a doce y de doce a diecisiete, grupo en el que predominaban las imágenes pornográficas.

No obstante, el primer cuatrimestre del 2004 se creó un nuevo rango como consecuencia del visible aumento en la detección de imágenes de pornografía con bebés, por lo que la nueva categoría comprende a niñas y niños de cero a un año

de edad, ya que se registró un incremento del 5 por ciento en fotografías e imágenes de abuso de recién nacidos, subraya el informe

### **VACÍOS LEGALES.**

En México, en el año 2007 en su intento por detener este fenómeno de la pornografía infantil, que lesiona a la infancia, el Senado aprobó por unanimidad la reforma al Código Penal Federal en materia de explotación sexual infantil, donde se definieron tipos penales de pornografía, turismo sexual infantil y lenocinio.

Se corrigió también el término de prostitución, porque, según la exlegisladora Angélica de la Peña, "las niñas y los niños no son prostitutos, son enganchados por la delincuencia organizada para meterlos en las redes de la prostitución"; entonces se definió lenocinio contra personas menores de 18 años.

En dicha reforma se establece también que se sancionará a quienes abusen sexualmente de niñas, niños y adolescentes, aprovechando la relación personal que tienen con éstos (los menores de edad) y menciona entre ellos a sacerdotes, médicos, profesores y funcionarios públicos.

Aunque novedosas en algunos aspectos, estas modificaciones legales no constituyen los primeros avances para erradicar el abuso a menores de edad

Como consecuencia, surgió el Plan Nacional de Acción para Prevenir, Atender y Erradicar la Explotación Sexual Comercial Infantil No obstante, dicho instrumento no está sustentado jurídicamente, por lo que depende de la voluntad del gobierno en turno dar continuidad а su realización. señala el monitoreo Destaca, además, que la Coordinación Nacional para Prevenir, Atender y Erradicar la Explotación Sexual Comercial Infantil, creada en 2002, no cuenta con los mecanismos y recursos económicos necesarios para permitir implementación del Plan y mantener la continuidad de sus programas, ni para articular los sectores públicos, social y privado para enfrentar la explotación sexual de manera efectiva.

De igual forma, la legislación en nuestro país cuenta con muchos vacíos en este tema, toda vez que, según el monitoreo, todavía quedan áreas pendientes para armonizar la legislación de los diferentes estados con la federal y la normativa internacional, lo que representa "graves dificultades".

### PROSTITUCIÓN INFANTIL.

Mientras los niños son utilizados con frecuencia para actividades relacionadas con el tráfico y venta de droga, robos, extorsiones y acciones violentas, las niñas generalmente son víctimas de violencia sexual y de género. Muchas son forzadas a mantener relaciones con integrantes de los grupos criminales, son abusadas sexualmente, y tratadas y explotadas con fines sexuales. A pesar de ello, no existen suficientes políticas y programas enfocados a prevenir la violencia contra las niñas y a proteger a las víctimas, por el contrario, son estigmatizadas, y en algunos países se sigue criminalizando a las niñas víctimas de trata y explotación sexual por considerar que contravienen las leyes contra la prostitución, sin que se realicen investigaciones serias y exhaustivas para identificar y castigar a las personas que ejercen la violencia y la explotación en su contra. Sin embargo, las niñas y las adolescentes son también captadas y utilizadas para el tráfico de la droga, como mulas, quedando expuestas a las redes de narcotraficantes y muchas de ellas enfrentando condenas penales por delitos de drogas. Si bien su involucramiento con las maras y otras organizaciones delictivas usualmente ha sido en roles tradicionales de género, asociados al cuidado de otros y a tareas de apoyo, esta situación ha empezado a variar en algunas instancias, con adolescentes-mujeres asumiendo roles más activos en estas organizaciones.

Las guerras, las catástrofes naturales y las epidemias de VIH/SIDA, contribuyen al aumento del número de huérfanos en el mundo cada año. Por ser tan vulnerables, estos niños aceptan cualquier tipo de trabajo. Así, la prostitución se

convierte en una forma de supervivencia, dado que es una actividad altamente lucrativa en comparación con otro tipo de trabajo degradante o peligroso.

La pobreza extrema de los países, es otro factor en donde los niños, niñas y adolescentes son explotados por sus padres para ejercer la prostitución, comparado con el nivel de los salarios locales, la prostitución es una actividad muy lucrativa.

En Kenia, por ejemplo, un encuentro sexual con una niña de menos de 16 años puede costar aproximadamente 20 euros. Sin embargo, los precios pueden llegar a los 60 euros según el caso. Mientras tanto, un keniata gana de media tan sólo cuatro euros al día.

Constantemente, y en todo el mundo, un gran número de niños son secuestrados e integrados en redes de prostitución contra su voluntad, esto ha traído como consecuencia un elevado crecimiento del mercado del sexo

Durante los últimos cuarenta años, la industria del sexo se ha sistematizado y difundido por medio de las nuevas formas de comunicación, contribuyendo al desarrollo de la prostitución y, sobre todo, al aumento y la normalización de la pornografía, lo cual le genera grandes ganancias similares al tráfico de drogas a los cárteles del crimen organizado.

El turismo sexual, es la explotación sexual de menores con fines comerciales, realizada por una o varias personas que viajan hacia otras provincias, regiones geográficas o países.

Desde hace muchos años, los guías turísticos, corporaciones de taxistas que trabajan para el crimen organizado, son los principales actores que proporcionan las direcciones de los lugares donde se pueden obtener los servicios sexuales de niños inclusive, también ofrecen sus servicios para proporcionarles niñas o niños que son explotados sexualmente. También son ofertados sus servicios a través de internet

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, EXPLOTADOS LABORALMENTE POR EL CRIMEN ORGANIZADO EN ACTIVIDADES DEL NARCOTRÁFICO.

Según datos estadísticos, en México hay aproximadamente unos **5 mil jóvenes** presos por la comisión de delitos graves, de los cuales el **22 % son por homicidio**, una elevada cifra que empaña una realidad todavía más lacerante.

Muchos de estos niños y adolescentes caen en las redes del **crimen organizado** por **problemas familiares, pobreza, desescolarización o adicciones** y se ven abocados a marcarán para siempre.

La mayoría de estas víctimas, que son enrolados en el crimen organizado viven un infierno. Viven en constante inestabilidad psicológica, ya que jamás en su vida imaginaron tener que ejecutar, o descuartizar, a una persona", explica el ex delincuente juvenil apodado, el Maru, hoy facilitador de procesos educativos en la organización social Cauce Ciudadano.

Los menores infantes resultan víctimas del abandono de la protección del Estado, de su familia y de su comunidad, aunque al mismo tiempo victimarios, pues lo primero no los exime de responsabilidad penal.

De acuerdo con el grupo Cauce Ciudadano actualmente unos 75.000 menores de edad están integrados a grupos de delincuencia organizada, y participan abiertamente en sus actividades. Un fenómeno que también se vivió en los años 90 en Colombia, cuando arreciaba la guerra del Estado contra el crimen organizado. Así mismo el crimen organizado recurre con más frecuencia a pandillas de jóvenes en situación vulnerable para reclutarlos como narcomenudistas,

La mayoría, unos 24.000, se integraron al Cartel de Sinaloa y enseguida se encuentran los que participan con Los Zetas que suman 17.000. Otros 7.500 se ubican en las filas de La Familia Michoacana y el resto se distribuyen en otros carteles, según ha documentado esta asociación.

"Hay un uso indiscriminado de adolescentes y de jóvenes, chicos de 13, 14 o 15 años que trabajan como halcones (vigilantes), como sicarios, en el empaquetado de la droga, secuestro de personas o la vigilancia de las casas de seguridad".

Los menores se encuentran en la primera línea de violencia, pues incluso participan en combates entre carteles. Organizaciones civiles han documentado que entre el 1 de diciembre de 2006 y el último día de octubre pasado unos 1,873 adolescentes fueron asesinados.

Según el gubernamental Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía (Inegi), las agresiones son la primera causa de muerte entre los varones de entre 15 y 29 años de edad.

Muchos niños, niñas y adolescentes son víctimas de secuestros masivos; en otros casos sus familias recibieron amenazas para obligarles a trabajar para delincuentes, algunos más se unieron por miedo o porque era su única alternativa de empleo. En las comunidades indígenas los menores infantes son utilizados para la siembra de amapola, algunos son obligados a realizar tales tareas sino son asesinados, otros lo realizan con el fin de obtener dinero ya que como nunca han tenido tanto dinero junto los pagos que realizan los carteles son atractivos para ellos.

También hay casos, los menos, en que los adolescentes desean unirse a las bandas. Pero el común denominador es que son víctimas o victimarios que padecen la ausencia del Estado, cuya obligación es protegerles.

Datos de la Procuraduría General de la República (PGR), dan cuenta de que entre diciembre de 2006 y junio de 2012 fueron detenidos 5 mil 585 menores por delitos relacionados con el narcotráfico y la delincuencia organizada.

Es necesario manifestar que en estas estadísticas no incluyen a los menores detenidos por homicidio, el delito para el que los adolescentes son más utilizados y que, por ser del fuero común, es castigado por los sistemas estatales de justicia. Otro informe elaborado en 2010 por la PGR para la Organización de Estados Americanos (OEA) aseguró que en México operaban 215 pandillas relacionadas con la delincuencia organizada: 165 en el norte, 34 en el centro del país y 16 en el sur. Según la dependencia, en ese año la pandilla internacional Mara Salvatrucha tenía presencia en 21 entidades mexicanas.

Información de inteligencia refiere la operación de pandilleros reclutados por Joaquín 'El Chapo' Guzmán (líder del cartel de Sinaloa) en los municipios de Ciudad Juárez, Batopilas, Guachochi, Nuevo Casas Grandes, Casas Grandes, Janos, Ascensión, Ignacio Zaragoza, Galeana, Guadalupe y Calvo, Praxedis G. Guerrero, Villa Ahumada y Valle de Juárez en Chihuahua, para pelear la plaza a La Línea, brazo ejecutor de los Carrillo Fuentes.

# CAUSAS POR LAS CUALES LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SON EXPLOTADOS LABORALMENTE POR EL CRIMEN ORGANIZADO.

Según especialistas e investigadores, los grupos criminales, pretenden aprovechar que en México antes de los 14 años las personas no son legalmente responsables de sus delitos, y después de esa edad hasta los 18 años reciben sentencias mínimas.

También es una forma de recuperar las tropas que perdieron durante los años más intensos de la guerra contra el narcotráfico, sobre todo porque el sector más abundante de la población mexicana es joven.

Más allá de la polémica, el reclutamiento de menores por parte de los carteles revela el vacío legal que existe en el país para abordar el problema.

La ausencia de un adecuado marco legal es grave, coinciden especialistas, pues hace más difícil resolver el problema de estos menores.

Debido a la pobreza extrema a nivel mundial, ocasiona que los padres sienten obligados a vender a sus hijos a proxenetas o dejarlos que incurran en las filas del crimen organizado debido a sus bajos ingresos, mismos que no alcanzan para cubrir las necesidades básicas de su familia. La pobreza extrema, también conduce al abandono en virtud que ambos padres se ven obligados a salir a trabajar para buscar el sustento de toda la familia. Por este rechazo, los niños se ven obligados a dejar el ambiente familiar y a vivir en las calles. Se vuelven más vulnerables y teniendo carencias y necesidades, se convierten en el blanco perfecto de manipuladores, que los engañan prometiéndoles trabajo y una muy buena remuneración.

los huérfanos son un sector muy vulnerable el cual es aprovechado por los criminales para inducir a los niños, niñas y adolescentes al tráfico de personas con fines de explotarlos sexualmente e inducirlos al tráfico de drogas.

Conclusiones.

Las organizaciones atribuyen esta crisis a varias causas que se acentúan en un contexto de impunidad, "donde aun cuando se denuncia no pasa nada, donde hay omisión de las autoridades como forma intencionada de inhibir la denuncia, y donde no se considera a los niños como responsabilidad del Estado, sino de sus familias",

# "LOS NIÑOS COMO VÍCTIMAS DIRECTAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO"

# POLICIA DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN COMISARIA PARA LA MUJER GABINETE PSICOSOCIAL

Responsables:

Lic. en Servicio Social MARISA DEL CARMEN SALINAS

Lic. en Psicologia MARTÍN ARCHILLA

#### -NOVIEMBRE DE 2018-

# LOS NIÑOS COMO VÍCTIMAS DIRECTAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Introducción: Reconocimiento de la problemática

La Comisaria para la Mujer es una unidad especializada de la Policía de San Juan – Argentina, encargada de la recepción e investigación de denuncias en violencia familiar, delitos contra la integridad sexual y conexos a la trata de personas. Está planteada con y en perspectiva de género para Victimas mujeres mayores de 18 años.

En el trabajo diario que realiza el gabinete psico – social, se pueden observar diversas situaciones, entre ellas:

- Las mujeres en situación de violencia (victimas) en algunos casos acuden a realizar su consulta o denuncia acompañada de sus hijos, los cuales además de poseer una carga emocional angustiante propia de la situación familiar que viven, deben enfrentar un ambiente desconocido y un relativo tiempo de espera.
- Durante el relato, las entrevistadas manifiestan que sus hijos se encuentran presentes en las situaciones de violencia, y que a raíz de eso notan cambios significativos en sus conductas y reacciones de los niños.

 Algunas mujeres toman la decisión de denunciar o cesar la situación, a raíz del pedido de sus propios hijos que no soportan más los hechos violentos, o cuando caen en la cuenta de que el agresor también maltrata a sus hijos.

Al notar que estos niños quedan por fuera del asesoramiento y análisis que se le da al caso, el gabinete psico – social comenzó a proponer pequeños cambios en la dependencia, a fin de poder aportar algunas herramientas que le permitan a los niños sobre llevar la situación angustiante que deben atravesar, los cuales son:

- Modificación del ambiente de la sala de espera: Creación de la "Sala de Espera Amigable" que consiste en brindar a las mujeres y sus hijos un ambiente más cálido y acogedor, colocando mensajes positivos y alentadores, colocación de un televisor.
- En la misma Sala se crea en un "Rincón de juegos" para los pequeños que asistían con sus madres, acondicionado con mesitas y sillitas, juguetes, juegos de plaza, lápices, para que se puedan recrear mientras transcurre el tiempo allí.
- Se instala un "Armario Amigable" con leche, alimentos, pañales, ropa, abrigos y zapatillas de distintas medidas, para aquellos niños que junto con su madre deben "huir" de una situación violenta o se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Sostener las intervenciones desde la perspectiva tradicional, es mantener una visión parcial y limitada sobre un fenómeno social mucho más amplio y complejo. Por ende lo que se propone desde el equipo de trabajo es ampliar la mirada, dando lugar a intervenciones integrales desde las diferentes áreas gubernamentales. Este cambio de paradigma implica la consideración de que los hijos/as de las mujeres maltratadas son también victimas de esa violencia y por ello deben ser parte de los procesos de intervención en materia de violencia de género.

# Análisis de la situación a la luz de la normativa vigente:

Es necesario establecer un enfoque donde se considere a los niños como actores activos dentro de la dinámica familiar violenta, es decir que no son solo individuos pasivos inmersos en el conflicto, al ser receptores de agresiones físicas o malos tratos, sino que están expuestos a un clima de hostilidad y tensión que trae aparejado sus repercusiones tanto a nivel físico como psicológico por medio una sintomatología muy variada.

Durante mucho tiempo se habló de niños testigos de violencia considerándolos como un ser pasivo y mero observador de situaciones familiares, de este modo, no se consideraba el sufrimiento propio y se daba por supuesto que el trabajo en la recuperación de la madre conllevaría la recuperación de sus hijos, vulnerando los derechos y necesidades propias de los niños/as establecidos dentro de la CNUDN. Nuestra visión es considerar a los niños, niñas y adolescentes como VICTIMAS, porque viven recibiendo como patrón de aprendizaje que la violencia es un medio para la resolución de conflictos y un modo de relacionarse, lo que puede acarrear consecuencias devastadoras para su desarrollo y sus futuras relaciones interpersonales.

Por lo expuesto es que siendo parte del Estado consideramos que es nuestra responsabilidad proteger y atender de manera específica a los hijos/as de las mujeres víctimas de violencia. Estas intervenciones desde las incumbencias propias de cada área y dispositivos deben estar orientadas a acompañar a la familia para fortalecerla y empoderarla para generar un ambiente lo más seguro posible que garantice la protección de los niños/as. Esto al mismo tiempo se lograra cuando los integrantes de la familia puedan hacer consciente los roles que cada uno desempeña y se responsabilice por ello.

Cabe decir que la República Argentina (así como la mayoría de los países que aquí están representados) se encuentra adherida a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Hay que reconocer primero y principalmente que el fundamente más importante establecido por dicha convención es que se confirmó que los niños y niñas también son titulares de derechos humanos (acabando con la concepción de que los niños, niñas y adolescentes por ser menores son

propiedad de los padres, únicos efectores de los derechos del menor). Por ende, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, a todos los países se les exige adoptar leyes, políticas y programas para asegurar que todo niño crezca en un ambiente de amor y comprensión; libre del miedo y la necesidad; sea protegido contra la discriminación, violencia y explotación y tenga todas las oportunidades para desarrollarse hasta el máximo de su potencial. Así encontramos en el preámbulo de dicha declaración la siguiente afirmación: "Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad".

Entendemos entonces que el estado tiene la responsabilidad primordial de respetar, proteger y satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que deberá adoptar medidas para asegurar que los progenitores, representantes legales y otras personas no violen sus derechos. En el Artículo 3 de la CDN se exige que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". También encontramos que en el Artículo 9 se declara que: "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño", incluidos los casos de violencia.

En el artículo 27 de la declaración podemos leer lo que nosotros consideramos más significativo para el presente trabajo:

- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
- A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
- Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

El Estado está obligado a crear un marco legislativo y de políticas y programas para prevenir la violencia proporcionando protección adecuada y respondiendo a la violencia cuando se produzca. A modo de ejemplificación para tomar cuenta del

fenómeno que queremos exponer, se calcula que anualmente a nivel mundial entre 133 y 275 millones de niños y niñas presencian violencia entre sus progenitores/cuidadores de manera frecuente, normalmente peleas entre sus padres o entre la madre y su pareja. Y particularmente, desde las estadísticas obtenidas por el gabinete psico – social de la comisaría para la mujer, vemos que en un 68% de los casos abordados se encuentran presentes niños, niñas y / o adolescentes, y que a su vez, la edad promedio de los mismos es de 6.60 años.



# ¿Cómo afecta la situación de violencia familiar a los niños, niñas y adolescentes?

Se ha comprobado que los niños/as que se encuentran expuestos a estos climas de violencia (directa o indirectamente) de una manera prolongada y persistente, acentuando su sensación de desprotección e indefensión propias de su edad cronológica, generando situaciones traumáticas, donde el niño/a siente peligrar su propia vida. Como producto de esto se puede evidenciar un amplio espectro de sintomatología tanto somática como psicológica:

 <u>Årea Emocional:</u> puede presentar problemas en el control de expresiones de agresión hacia otros y hacia sí mismo, así como dificultades al entender y comprender emociones, situación que se deriva del hecho de que las personas que supuestamente deberían querer y cuidar del niño, son aquellas personas que se comportan de una manera violenta, generando un doble discurso, colocando al niño/a y su psiguismo en una situación de dualidad, dificultándose el proceso identificatorio con los aspectos sanos de las relaciones, base fundamental de los comportamientos futuros del niño/a. Facilita el desarrollo de sentimientos de indefensión, impotencia, miedo de que ocurra de nuevo la experiencia traumática, sintiendo frustración porque ellos tienden a considerar que los cambios con respecto a su vida son poco probables, debido a lo cual pueden mostrarse como retraídos. Concepto negativo de sí mismo: Se pueden desarrollar sentimientos de culpa y de vergüenza en los que los niños tienden a creer que son merecedores de maltrato, en donde no perciben peligro o lo normalizan, disminuyendo respuestas de defensa y auto conservación como efecto de la ausencia de un sentimiento de vulnerabilidad (Sepúlveda, 2006). Las consecuencias emocionales de experimentar o presenciar un trato doloroso y degradante que no pueden entender ni impedir incluyen sensaciones de rechazo y abandono, apego limitado, trauma, temor, ansiedad, inseguridad y autoestima deteriorada.

- <u>Área Social</u>: Es probable que haya dificultad para comunicarse y establecer vínculos más estrechos, expresando miedo y desconfianza, logrando de esta forma evitar re experimentar algún sentimiento asociado al evento violento.
- Área Cognitiva: Las dificultades en la atención y concentración pueden obstruir el desarrollo del potencial en el desempeño de actividades escolares; también se presenta que los niños centran su atención en cosas diferentes mientras ocurre el evento traumático, olvidando los episodios traumáticos (amnesia) y/o manteniendo a los agresores en un concepto favorable (disociación). Cuando la violencia familiar es aguda, los niños y niñas pueden mostrar cambios de comportamiento relacionados con la

- edad y síntomas consistentes con el trastorno por estrés postraumático (PTSD) y la depresión.
- <u>Área Somática</u>: Retraso en el crecimiento. Dificultades o problemas en el sueño y alimentación. Regresiones. Menos habilidades motoras. Síntomas psicosomáticos como por ejemplo asma, eczemas, etc. Inapetencias. Anorexia.

## **CONCLUSIONES**

El objetivo principal de esta ponencia es que se pueda visibilizar la situación de los niños que conviven con la violencia contra su madre.

Que el hecho de ser visibilizado como VICTIMA DIRECTA resulte una variable significativa a tener en cuenta en las causas judiciales (divorcio, custodia, régimen de parentalidad, ingreso a hogares de tránsito, prohibición de acercamiento, etc), considerando las consecuencias directas sobre su persona al vivenciar un entorno conflictivo.

Las instituciones encargadas de la Protección de la Mujer deberían estar instrumentadas legal y administrativamente para abordar paralelamente la problemática del niño, dado el papel fundamental que tienen en el proceso de contención y asistencia; y propiciar que las madres tomen conciencia de que sus hijos son víctimas directas de la violencia que ellas sufren.

Los profesionales intervinientes requieren formación especializada en el trato con niños víctimas de violencia de género

# **Bibliografía**

- Informe mundial sobre la violencia y la salud OMS Ginebra
- Violencia de Genero e Infancia Tesis Doctoral Begoña Lopez Monsalvo.
- Prevención del maltrato infantil Qué hacer, y cómo obtener evidencias –
   OMS 2009
- INFORME MUNDIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LOS NIÑOS Y NIÑAS - Paulo Sergio Pinheiro
- Convención Internacional de los Derechos del Niño

# "VISIÓN DE LAS MADRES DE ADOLESCENTES INFRACTORES LEGALES RESPECTO DE LA JUSTICIA"

<u>AUTORES</u>: Mgter. Liliana Muñoz, Mgter. Mónica Valgañón, Lic. Agustina Ferrandiz, Lic. Paula Quiroga, Lic. Carla Cintas, Lic. Florencia Yanardi.

**RESUMEN DE LA PROPUESTA**: Frente a la gran demanda que se debe atender en las instituciones públicas, es necesario

- Un cambio de mirada en el servicio que reciben las personas que acuden a él, y no solamente responder al caso por caso, sino hacer un uso más eficiente de los recursos, escuchando las necesidades de estos grupos que comparten la misma problemática.
- Además, es necesario cuestionarse nuevas formas de prevenir conductas delictivas y reincidencias, que promueven la insatisfacción y la violencia social.
- Acortar la distancia entre estas personas que provienen de realidades muy complejas, y las instituciones a las que asisten en busca de soluciones.

# "Visión de las Madres de Adolescentes Infractores Legales respecto de la Justicia"

# Representación Social

En el presente trabajo, se intentará dar cuenta de lo que piensa un grupo de mujeres que atravesaron un proceso jurídico debido a la conducta infractora de sus hijos, acerca de qué es la justicia. La intención tiene que ver con encontrar cuál es el conocimiento que comparte este grupo acerca de lo que es la justicia. El grupo, está conformado por mujeres, las cuáles no cometieron ningún delito personalmente, pero son responsables legales de sus hijos menores de edad, por lo que deben asistir al juzgado para cumplir ciertas medidas tutelares, que ayudarán a solucionar su problema jurídico.

Este tipo de conocimiento, espontáneo, colectivo y del sentido común, se sistematiza a partir del estudio de las representaciones sociales. Es un conocimiento que toma sentido a partir del contexto de donde surgen las personas que lo comparten, y que se encuentra en el medio de los psicológico y lo social. El fenómeno de las representaciones sociales va más allá de la opinión, ya que articula lo cognitivo con lo afectivo, y resulta importante en este caso comprender cuál es, ya que la representación social de un grupo, guiará la conducta y la comunicación del individuo en la vida social.

Es de interés para este estudio, el conocer la representación social del grupo acerca de la justicia, ya que se puede entender que afecta de algún modo su recorrido por el proceso judicial, su cooperación o desatención con las tareas que les han asignado para solucionar este problema, y a su actitud futura a cumplir o no con la ley.

Concepto de Representación Social

Para Moscovici (1979), una representación comunica, así como expresa, produce y determina comportamientos, de modo que simultáneamente define la naturaleza de los estímulos del entorno y los significados de las respuestas que debemos darles. Es así que el autor define las RS como "una modalidad particular del conocimiento, cuya función es la elaboración de los comportamientos y la comunicación entre los individuos".

El autor continúa diciendo que una RS es una representación siempre de alguien o algo, en las cuales los grupos sociales encuentran su eco.

Según Mora (2002), es el sentido común que tiene como meta comunicar, sentirse parte dentro del ambiente social a partir del cual se origina el intercambio de comunicaciones del grupo social. Es una forma de conocimiento mediante el cual quien conoce se coloca dentro de lo que conoce, tomando dos caras, la figurativa y la simbólica, es decir, se refleja la posibilidad de atribuir a toda figura un sentido y a todo sentido una figura.

Denise Jodelet (1986, en Muñoz 2014) hace una síntesis y propone:

El concepto de RS designa una forma de conocimiento específico, el saber de sentido común, cuyos contenidos manifiestan la operación de procesos generativos y funcionales socialmente caracterizados. En un sentido más amplio, designa una forma de pensamiento social.

Las RS constituyen modalidades de pensamiento práctico orientados hacia la comunicación, la comprensión y el dominio del entorno social, material e ideal. En tanto que tales, presentan características específicas a nivel de organización de los contenidos, las operaciones mentales y la lógica.

La caracterización social de los contenidos o de los procesos de representación ha de referirse a las condiciones y a los contextos en los que surgen las representaciones, a las comunicaciones mediante las que circulan y a las funciones a las que sirven dentro de la interacción con el mundo y los demás (p. 178).

La autora, a partir de esto, manifiesta que la representación permite traer simbólicamente un objeto ausente, mediante una construcción, determinada por lo social, es decir, no es un duplicado del mismo, sino un representante mental. Destaca las siguientes características:

- Siempre es la representación de un objeto,
- Tienen un carácter de imagen y la propiedad de poder intercambiar lo sensible y la idea, la percepción y el concepto,
- Tiene un carácter simbólico y significante,
- Tiene un carácter constructivo,
- Tiene un carácter autónomo y creativo (Jodelet 1986, en Muñoz 2014, p.178).

Robert Farr, uno de los que más ha estudiado la teoría de Moscovici, aporta su visión acerca de las RS, destacando que las mismas aparecen cuando las personas postulan temas de interés compartido, o cuando existe el "eco de los acontecimientos seleccionados como significativos o dignos de interés por quienes tienen el control de los medios de comunicación. Agrega además que las RS tienen una doble función, hacer que lo extraño resulte familiar y lo invisible

perceptible, ya que lo insólito o lo desconocido son amenazantes cuando no se tiene una categoría para clasificarlos" (Mora, 2002, p.7).

Entonces, Farr define las RS como:

Sistemas cognoscitivos con una lógica y un lenguaje propios. No representa simplemente opiniones acerca de "imágenes de" o "actitudes hacia" sino "teorías o ramas del conocimiento" con derechos propios para el descubrimiento y la organización de la realidad. Sistemas de valores, ideas y prácticas con una función doble: primero, establecer un orden que permita a los individuos orientarse en su mundo material y social y dominarlo, segundo, posibilitar la comunicación entre los miembros de una comunidad proporcionándoles un código para el intercambio social y un código para nombrar y clasificar sin ambigüedades los diversos aspectos de su mundo y de su historia individual y grupal (Farr, 1983 en Mora, 2002, p.7).

Vázquez Ortega (2005) describe que desde los aportes de Serge Moscovici, las RS comparten tres características fundamentales: su formación en la interacción social, el hecho de que sean siempre representaciones de algo o alguien y que tengan un carácter simbólico. El autor menciona que las RS intervienen directamente en la definición de la situación, determinando el tipo de relación pertinente que se constituye en opciones para las personas, en las situaciones donde la tarea es efectuada, así como en el tipo de comportamiento que ellas asumirán y los marcos de referencia que retomarán en sus prácticas cotidianas, en otras palabras, no es un simple efecto de la realidad, sino una organización significante.

Por su parte, Banchs (1986) toma los aportes de Moscovici, y rescata que los seres humanos no son meros receptores pasivos, ya que manifiestan autonomía en su pensamiento, producen, así como comunican, representaciones en todo momento y lugar, tales como comentarios, críticas, formas de educar a sus hijos, planes, etc.

Para esta autora, "el estudio de las RS se focaliza en la manera en la cual los seres humanos tratan de aprehender y entender las cosas que los rodean y de resolver los rompecabezas comunes sobre su nacimiento, su cuerpo, sus humillaciones, el cielo que ven, el humor de sus vecinos y el poder al cual se someten".

Resalta, además, el rol activo del sujeto, al momento de aclarar que no se trata de un "re-productor" de la información que recibe y selecciona, sino que la produce y significa, sin mostrar una ruptura marcada entre el mundo externo e interno del sujeto, ya que "el sujeto y el objeto no son fundamentalmente distintos…representarse algo es darse en conjunto, indiferenciadamente, el estímulo y la respuesta…esto implica que siempre hay una parte de construcción y re-construcción en el acto de representación" (Jodelet, 1983 en Banchs, 1986).

Si bien, las mujeres tienen características comunes, en este grupo de estudio, cada una de las participantes tiene una historia en la que se ha relacionado de forma particular con la justicia. Sin embargo, hubieran atravesado situaciones similares en el pasado o no, tenían una idea acerca de que era la justicia, es decir que, sin haber vivenciado una situación particular, todas le daban un sentido, según el cual, se comportaban.

Por su parte, Abric (2001) dice:

La representación funciona como un sistema de interpretación de la realidad que rige las relaciones de los individuos con su entorno físico y social, ya que determinará sus comportamientos o sus prácticas. Es una guía para la acción, orienta las acciones y las relaciones sociales. Es un sistema de pre-decodificación de la realidad puesto que determina un conjunto de anticipaciones y expectativas (p.13).

El estudio de la RS social de la justicia en este grupo entonces, es relevante ya que si afirmamos que la RS de un fenómeno determina la conducta o sus prácticas, se puede inferir que una RS positiva de la justicia, determinará conductas tendientes a solucionar el problema jurídico, a prevenir futuras reincidencias, y a valorar el cumplimiento de las leyes y la cohesión social, y por el

contrario, una RS negativa de la justicia, guiará un comportamiento indiferente o transgresor de las leyes y normas sociales.

#### Acceso a la Justicia

El grupo estudiado mantiene con la justica una relación especial. Son personas que si bien, no cometieron ningún delito personalmente, son padres de un hijo menor de edad, por lo tanto, son responsables legales de su conducta delictiva. En Mendoza, hay tres Juzgados Penales de Menores, sin embargo, sólo en uno de ellos los padres deben asistir a los talleres de educación parental como una de las medidas tutelares. Éstos talleres, tienen como objetivo, no sólo solucionar el problema legal en que ha incurrido el menor, sino, apuntar a que los padres puedan identificar y aprender nuevas pautas de comunicación y de conducta más saludables y funcionales, con el fin último de evitar la reiterancia de la conducta delictiva en estos hijos, y prevenirla en otros, conociendo el daño que generan a otros miembros de la sociedad.

Sin embargo, el hecho de que no hayan accedido a la justicia de manera voluntaria, no significa que sus derechos no deban ser respetados y garantizados como a cualquier persona, y a veces sucede, que personas como las participantes de esta investigación, provenientes de contextos vulnerables, se encuentran en desventaja al momento de demandar un trato justo.

# Palabras iniciales sobre la justicia

Es necesario, plantear algunos elementos importantes que giran en torno al concepto de justicia, antes de hablar más detenidamente sobre el derecho al acceso a la justicia.

A lo largo de toda la bibliografía que trabaja este concepto, sólo hay una idea clara al respecto: es imposible definir a la justicia de manera precisa y permanente, por lo tanto, sería ingenuo pensar que todas las personas que viven en una misma sociedad comparten su visión acerca de qué es y cómo debe funcionar la justicia. Uno de los autores más emblemáticos que hizo el intento de definirla, fue John Rawls, considerado como uno de los filósofos políticos más influyentes del siglo XX. Dice Rawls.

"La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad es de los sistemas de pensamiento" (Rawls, 1971, p. 17).

En su libro "Teoría de la Justicia", comienza explicando que una sociedad, es una agrupación de personas relativamente autosuficientes, que para establecer relaciones, acuerdan determinadas reglas de conducta, y actúan de acuerdo a ellas, en la mayoría de los casos. Pero, si bien una sociedad requiere establecer relaciones de cooperación para la obtención de beneficios comunes, está caracterizada tanto por intereses comunes como por el conflicto.

El conflicto de intereses se da, ya que los individuos no son indiferentes a cómo se distribuyen los mayores beneficios sociales, producto de su acción conjunta. Son necesarios, por lo tanto, una serie de principios según los cuales pueda decidirse entre las diferentes disposiciones sociales que determinarán esta distribución de ventajas. Estos principios son los principios de la *justicia social:* que brindan la manera de asignar derechos y obligaciones en las instituciones básicas de la sociedad como también las cargas y los beneficios de la cooperación social. Esto implicaría que para que una sociedad sea ordenada, todos sus miembros deberían aceptar y conocer los mismos principios de justicia, y actuar según los mismos, y además, garantizar que las instituciones sociales básicas puedan satisfacer estos principios.

En la realidad, en este sentido, las sociedades no están usualmente, bien ordenadas, ya que generalmente no hay acuerdo sobre lo que es justo o injusto. Sin embargo, más allá del desacuerdo, todos los hombres tienen una concepción de justicia, es decir, que todos comprenden la necesidad de establecer un conjunto de principios capaces de asignar derechos y deberes básicos, y de definir lo que juzgan como una correcta asignación de cargas y beneficios de la cooperación social, y más importante, que tengan la disposición de afirmar estos principios. Es natural, por lo tanto, pensar que existen diferentes concepciones de justicia, que dependen de estos principios.

Siguiendo al autor, se puede sostener que incluso aquellas personas que no mantienen la misma concepción sobre la justicia, pueden estar de acuerdo en que una de las características que hacen justas a las instituciones es la de no hacer disticiones arbitrarias entre las personas al momento de distribuirles derechos y obligaciones básicas.

En esencia, según la teoría, para poder vivir en sociedad, los seres humanos establecen un contrato social. Este contrato implica abandonar ciertas libertades que dispondrían en el "Estado de Naturaleza" a cambio de ciertos derechos. En esta primera instancia, los hombres son libres, iguales e independientes (Locke, 2003 en Torrecilla y Hernández Castilla, 2011). Sin embargo, la vida del hombre en este estado sería solitaria y peligrosa y no existiría el trabajo, ni la cultura. El contrato entonces, vendría a proveer soluciones a esas faltas de la naturaleza, y en caso de desacuerdo entre dos personas, dispondría de acciones a seguir (Torrecilla y Hernández Castilla, 2011).

### Formas de justicia

En la actualidad, coexisten tres concepciones sobre el ideal de lo que debería ser y cómo debería funcionar la justicia.

#### Justicia como distribución

Se basa en la forma en que los bienes primarios se distribuyen en la sociedad (Rawls, 1971 en Torrecilla y Hernández Castilla, 2011). Tres principios delimitan la adecuada asignación de privilegios y obligaciones:

- Justicia igualitaria: a cada persona una parte igual. Esta idea sobre la justicia sostiene como principio a la igualdad en la distribución de los bienes sociales. Su dificultad parte del hecho de que las personas parten de diferentes niveles de percepción de beneficios o cargas sociales, no son iguales en todos los aspectos, entonces, la igualdad en la distribución, inevitablemente conllevará desigualdades.
- Justicia según la necesidad: a cada persona de acuerdo con sus necesidades individuales, es decir que deben distribuirse más asignaciones a quienes posean más necesidades. El hecho de no redistribuir los bienes, implica que las personas vivan en condiciones de desventaja social y material por causas que se encuentran fuera de su control.

- Justicia según el mérito: a cada persona según sus méritos. Este planteamiento indica que aquellos que colaboran a producir mayores beneficios sociales deben tener también, una mayor proporción de los mismos.
  - A estos tres principios habría que añadirle un cuarto:
- El principio de diferencia. Este principio indica que la única manera en que pueden justificarse las desigualdades es si existen a favor de los más desventajados.

### Acceso a la justicia

El grupo estudiado en esta investigación proviene de contextos vulnerables. Son personas que no han tenido acceso a niveles de educación superior, que tienen trabajos inestables e informales, viven en barrios que no siempre poseen acceso a los servicios básicos, donde la policía no acude en caso de necesidad, y donde es mejor caminar mirando el suelo porque una sola mirada a quien no corresponde puede ser interpretada como un desafío. Son personas que utilizan las instituciones públicas de salud, educación y justicia, sin posibilidad de cuestionar o decidir sobre el trato que reciben, y donde son cuestionadas y juzgadas por la mayoría de los trabajadores de esas instituciones. Pueden o no tener una actitud sumisa frente al mal trato o al trato injusto, sin embargo, si no pueden afrontar los gastos económicos de un profesional particular del ámbito privado, no pueden más que aceptar y resignarse a los tiempos y soluciones de estas instituciones.

Es importante hablar de acceso a la justicia en este grupo particular, porque como ya se dijo anteriormente, si bien no solicitaron la ayuda de la justicia voluntariamente, cabe preguntarse cuál es el impacto que tiene su intervención, no sólo en la solución del problema jurídico actual sino también en la prevención de futuras conductas delictivas.

Tanto en Argentina y en Mendoza, si bien en los casos en donde una persona no pueda obtener ayuda legal por sus propios medios, el Estado garantiza la atención de abogados y asesoría en materia legal, en la realidad ocurre que dichos servicios no dan abasto con la gran demanda. Esta situación genera incertidumbre

e impotencia en las personas que están esperando que se resuelva un juicio a veces por años, durante el cual no pueden comunicarse con su abogado cuando lo deseen y no pueden conocer el estado de su juicio. Muchas veces las participantes de este estudio mencionaron que se sentían un número, que sentían que no eran escuchadas y que no podían defenderse.

## Madres y Padres de menores infractores legales

El grupo de madres que participó en este estudio, mostraba muchas dificultades en el ejercicio de la parentalidad, principalmente en poner límites y castigar las conductas que faltaran a esos límites. Era común, por ejemplo, que comentaran que hijos pequeños habían decidido dejar de ir a la escuela ya que no les gustaba. Y si bien, ellas no deseaban esta situación, no sentían que tenían el poder o la capacidad de modificarla. También ocurría, que ellas tenían una imagen de sí mismas de ser madres muy competentes, lo que hacía que se mostraran muy a la defensiva cuando se intentaba reflexionar sobre conductas más adaptativas y alternativas para mejorar la comunicación en sus familias.

# Como objetivo este trabajo tiene la finalidad de:

Conocer la Representación Social que poseen estas madres, de la justicia.

#### Grupo de estudio

El grupo de estudio se conformó por 5 mujeres, entre 38 y 46 años que participaban de los talleres que se dictaban semanalmente en cámara gesell de los juzgados de familiar, las cuales eran derivadas por el Tercer Juzgado de Familia de la Provincia de Mendoza. Todas las mujeres tenían en común que eran madres de menores infractores de la ley penal. Todas fueron invitadas a participar en esta investigación de manera voluntaria, anónima y con previo consentimiento informado. El objetivo de este estudio se basa en las experiencias de participantes de grupos pequeños, profundizando sus vivencias, opiniones, y percepción que ellos tienen sobre el contexto donde están inmersos.

#### Instrumento

### Test de evocaciones jerarquizadas

Es un instrumento metodológico que posibilita el acceso a la información sobre las representaciones sociales. Esto se realiza mediante la asociación libre y la jerarquización (Aparicio y Mazzitelli, 2007).

En esta técnica los participantes deben escribir todas las palabras que puedan pensar, a partir de una palabra estímulo única. Una vez que han seleccionado treinta y dos (32) palabras, deberán seleccionar las dieciséis (16) que crean que son más afines a la palabra estímulo. Este procedimiento se repite hasta que quedan ocho (8) palabras. Finalmente, estas últimas palabras son jerarquizadas a partir de un valor. Se le asigna el valor uno (1), a la palabra que se cree que está más cercanamente vinculada a la palabra estímulo, y así sucesivamente hasta llegar al valor ocho (8), que se le asigna a la palabra que se cree más alejada del concepto estímulo.

Tabla 1.

Estructura de la representación social de la justicia de madres con hijos menores en conflicto con la ley penal.

|       | Frecuencia | Alta                       | Frecuencia Baja                          |
|-------|------------|----------------------------|------------------------------------------|
| Valor | NÚCLEO:    |                            | CONTRASTE:                               |
| Alto  | •          | Características positivas  | <ul> <li>Factores protectores</li> </ul> |
|       |            | de la justicia (cualidades | (elementos que aparecen                  |
|       |            | positivas que se le        | cuando si ha existido la                 |
|       |            | otorgan a la justicia como | intervención de la justicia, y que       |
|       |            | concepto abstracto,        | propician un ambiente o                  |
|       |            | ejemplo justa,             | contexto más saludable y                 |
|       |            | leal,respetable, etc.)     | positivo, ejemplo, equilibrio,           |
|       | •          | Recursos intervinientes en | seguridad, etc.)                         |
|       |            | el proceso                 |                                          |
|       |            | (instrumentos y agentes    |                                          |
|       |            | que forman parte del       |                                          |

proceso judicial, ejemplo, jueza, leyes, abogados, etc.)

#### Valor PRIMERA PERIFERIA:

# Bajo

- Características negativas del proceso jurídico (cualidades negativas que se le otorgan a la justicia como proceso, ejemplo, detención injusta, lenta, más asesoramiento, etc.)
- Sentimientos negativos hacia el acceso a la justicia (afectos negativos que perciben los sujetos al verse involucrados en un proceso judicial, ejemplo, decepción, miedo, bronca, molestia, etc)

#### **SEGUNDA PERIFERIA:**

Factores de riesgo

 (elementos que facilitan y propician un ambiente o contexto amenazante para las personas, y que, además, surgen en mayor medida cuando la justicia tiene poca o ninguna intervención, ejemplo, justicia propia, inseguridad, etc)

El núcleo de significados de la representación social, tiene que ver con cuestiones positivas de la justicia, por un lado, las características positivas de la justicia, por otro, los recursos intervinientes en el proceso. Es una valoración ideal de la justicia y demuestra una adaptación del grupo hacia una noción idealizado de justicia. La califican de manera positiva, a pesar de que en la realidad viven consecuencias negativas de su paso por este proceso. Hablan de un concepto alejado de la realidad, desafectivizado, que describiría más al espíritu de la justicia, que a lo que ocurre en la realidad. También es importante destacar con respecto al núcleo, que logran identificar quienes son los responsables de que funcione la justicia. En este caso mencionan a "jueza", "abogados", "personas capacitadas" y "leyes". Es destacable que en esta categoría, no aparezca la policía como un agente

importante en el proceso de justicia, lo que le da continuidad a la idea de que el núcleo tiene que ver con una visión de la justicia alejada de la realidad, lejos de su control y con poco contacto, como serían los jueces y las leyes por ejemplo. En cambio, la policía, es un agente con el que se tiene un contacto más cotidiano, y que en general, ha tenido una participación negativa en la experiencia judicial de estas mujeres.

El núcleo se compara con los elementos de contraste. El contraste en esta estructura particular de representación social, son los factores protectores. El contraste está formado por aquellos elementos que aparecen con poca frecuencia, pero que los puntuaron con una importancia elevada. Esto significa, que hay uno, o pocos sujetos que comienzan a tener en cuenta estos elementos como de gran importancia en cuanto a la representación. Implicarían una ruptura, o cambio con respecto al núcleo. Es decir, que hay un grupo de pocos sujetos, que comienzan a modificar su RS con respecto a la justicia. En este caso, la emergencia de un nuevo significado se refiere a los factores protectores, es decir que este grupo, ve como muy valorados estos factores, pero los nombran como algo que falta, algo poco común. La justicia en este grupo, no se relaciona con la existencia en la realidad de factores protectores. No pueden visualizar las consecuencias positivas que tendría la justicia si actuara eficazmente. La experiencia de este grupo con la justicia es principalmente negativa, con variadas consecuencias negativas para su vida personal y familiar, y con pocas o nulas consecuencias positivas. La justicia entonces, existe sólo para aplicar castigos a las infracciones, no para proteger o cuidar o para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Es decir que la justicia sólo es buena, cuando está afuera, cuando es ajena a la realidad que viven.

La primera periferia hace referencia, por el contrario, a aspectos negativos, pero ya no de la justicia como una idea abstracta sino, de la vivencia que tienen estas madres del proceso de justicia que atraviesan y de las consecuencias que les significa este proceso. Esta manifestación de aspectos negativos, tiene que ver con que los elementos periféricos, son aquellos que sostienen y protegen al núcleo, son el anclaje entre el núcleo y la realidad. Los elementos periféricos están

fuertemente vinculados al contexto en donde se desenvuelven los sujetos, y se relacionan con lo vivido y con el presente de las personas. Esta primera periferia tiene que ver con aquellos elementos que las personas evocaron con mucha frecuencia pero que le asignaron una valoración baja. Esta categoría de análisis tiene que ver con que la experiencia particular de este grupo con la justicia ha sido negativa. Sin embargo, la RS acerca de la justicia en general, no se relaciona con sus vivencias en ningún aspecto. Hay una distancia muy grande entre un tipo de justicia, que es buena y aparentemente inalcanzable, y el tipo de justicia que les toca atravesar a ellas. La primera, no tiene ninguna relación con la que viven ellas. Y en parte, puede estar relacionado al hecho, de que en el núcleo también, se identifican todos los actores participantes del proceso de justicia, que son aquellos encargados de ejercerla y defenderla, y todos los actores mencionados son externos a ellas, están en el afuera, no en lo propio. No se hizo alusión en ningún sentido, de que para que exista una justicia eficaz, todas las personas de una comunidad, deberían conocer los códigos de convivencia propios de esa comunidad y respetarlos. La justicia de la que se habla en esta RS particular, sólo existe luego de haber cometido una infracción. Es un tipo de justicia castigadora, a la cual ellas se deben adaptar, y resignar a los malos tratos e ineficacia de sus actores y procesos.

En la segunda periferia, se destacan aquellos elementos que están más alejados del núcleo. En este caso, los factores de riesgo. De esta forma, al igual que los factores protectores, aparecen alejados de la RS de justicia. Es decir que hay poca vinculación entre los factores de riesgo que predisponen a la conducta delictiva, y la justicia. Son conceptos desligados entre sí.

#### **CONCLUSIONES**

A la RS de la justicia de este grupo de madres, en general se observa un núcleo de representación común al grupo, positivo de la justicia. Esto implica un buen pronóstico para las futuras intervenciones y maniobras que se puedan realizar en juzgados y otras instituciones de justicia al momento de intentar

prevenir la conducta delictiva, ya que, como dice Abric (2001), la RS de un fenómeno, funciona como un sistema de interpretación de la realidad que rige las relaciones de los individuos con su entorno físico y social, ya que determinará sus comportamientos, es decir que orienta la acción y las relaciones sociales. Se puede pensar entonces, que una RS social positiva de la justicia, favorecerá conductas relacionadas a cumplir con las prescripciones de la misma.

Asimismo, el núcleo también está compuesto por aquellos recursos que intervienen en el proceso jurídico. Es relevante comentar este punto, que los agentes que son identificados para hacer cumplir las leyes son los jueces y los abogados. Este grupo no identifica, por ejemplo, su propio protagonismo en el desenlace favorable o desfavorable que puede llegar a tener su proceso jurídico. Esto puede tener que ver con la singularidad de este grupo, caracterizado en gran parte por un contexto y una historia de vulnerabilidad, en el que predomina la inseguridad y la indefensión frente a las distintas instituciones, en el que juegan un papel pasivo de aceptación de las indicaciones de la institución, en el caso de no estar de acuerdo, el abandono y renuncia a su ayuda, como dice Pérez Contreras (2005) las personas que viven en contextos vulnerables sufren riesgos e inseguridad en todos los aspectos de su desarrollo como personas y como ciudadanos, y se encuentran en una situación de desventaja frente a la posibilidad de ejercer sus derechos y libertades, y que estas sean reconocidas por los demás

En conclusión, la representación predominante de este grupo sobre la justicia es positiva, la consideran necesaria para la vida en sociedad, y para regular la conducta de sus miembros. Parece, por lo tanto, que el conflicto aparece, al ingresar de manera más o menos "obligatoria" en un proceso jurídico. Se da una ruptura entre esta visión positiva e idealizada del espíritu de la justicia, con una realidad que no ayuda a solucionar el problema actual que están atravesando. Este proceso es vivido con una gran carga de sentimientos negativos y con una sensación de no encontrar respuestas en la justicia. Se puede inferir

que esta podría ser una de las razones por las cuales una gran cantidad de padres abandona los talleres dictados en el juzgado durante los primeros encuentros, y muy pocos los completan.

Finalmente, es importante destacar que los resultados obtenidos en este estudio sólo son aplicables al grupo estudiado, por lo tanto, no son generalizables a otros grupos.

# Bibliografía

- Aberastury A. y Knobel M (1971). La Adolescencia Normal, un enfoque psicoanalítico. Educador: Paidós.
- Abric, J. C (2001). *Prácticas sociales y representaciones*. México: Coyoacán.
- Banchs, M. A. (1986). Concepto de representaciones sociales. Análisis comparativo. Revista costarricense de psicología. Recuperado de: http://rcps-cr.org/wp-content/uploads/2016/05/1986.pdf
- Berizonce, R. O (2012). Virtualidad y proyecciones del movimiento de acceso a la justicia. Revista de Derecho y Ciencias Sociales (6), 25 37.
   Recuperado de: <a href="https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5582545">https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5582545</a>
- Birgin, H y Gherardi, N (2011). La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales. Buenos Aires: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
   Recuperado de: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/libros/documento/2016-12/6LaGarantiadeAccesoalaJusticia\_0.pdf
- Calderón Sumarriva, A. (2011). El nuevo sistema procesal penal: análisis crítico. Lima, Perú, EGACAL. Recuperado de: <a href="https://es.scribd.com/doc/69000855/El-Nuevo-Sistema-Procesal-Penal-Analisis-Critico">https://es.scribd.com/doc/69000855/El-Nuevo-Sistema-Procesal-Penal-Analisis-Critico</a>
- Cappelletti, M y Garth, B (1983). El acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general. Argentina: Colegio de Abogados de Departamento Judicial de La Plata.
- Carretero M, Palacios J, Marches; A, (comps). (1985). Psicología evolutiva
   3. Adolescencia, madurez y senectud. Madrid: Alianza Editorial.
   Recuperado de: <a href="http://bibliopsi.org/docs/materias/obligatorias/CFG/genetica/zalazar/Carreter-o%20-%20Adolescencia,%20madurez%20y%20senectud.pdf">http://bibliopsi.org/docs/materias/obligatorias/CFG/genetica/zalazar/Carreter-o%20-%20Adolescencia,%20madurez%20y%20senectud.pdf</a>

- Cataldi, M. M. (2015, 16 de junio). La noción de coparentalidad y el derecho de los hijos a vivir en familia. Nuevo Código civil y comercial de la Nación.
   Recuperado de: <a href="http://www.nuevocodigocivil.com/la-nocion-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-myriam-m-cataldi-2/">http://www.nuevocodigocivil.com/la-nocion-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-myriam-m-cataldi-2/</a>
- Cerrutti, M y Binstock, G (2009). Familias latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública. CEPAL.
   División de desarrollo social. Series de políticas sociales. N° 147.
   Recuperado: http://www.cepal.org/es/publicaciones/6153-familias-latinoamericanas-transformacion-desafios-demandas-la-accion-publica
- Coletti, M y Linares J. L (1997). La intervención sistémica en los servicios sociales ante la familia multiproblemática. La experiencia de Ciutat Vella.
   Barcelona: Paidós Terapia Familiar. Recuperado de: <a href="http://www.cepal.org/es/publicaciones/6153-familias-latinoamericanas-en-transformacion-desafios-y-demandas-para-la-accion">http://www.cepal.org/es/publicaciones/6153-familias-latinoamericanas-en-transformacion-desafios-y-demandas-para-la-accion</a>
- Contreras, S (2012). La justicia en Aristóteles. Una revisión de las ideas fundamentales de Ethica Nicomachea. Ágora Estudos Clássicos em Debate (14), 63 – 80.
  - Recuperado de: http://www2.dlc.ua.pt/classicos/4.%20S.%20Contreras.pdf
- Di Segni de Obiols S. (2002) Adultos en crisis. Jóvenes a la deriva. Buenos Aires, Argentina. Noveduc.
- Díaz García, I (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto,
   Iusfundamentalidad y consecuencias. Revista lus et Praxis (2), 33 76.
   Recuperado de:
  - http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0718-00122012000200003
- Domenech Sallés, C y Ger Cabero, S (2011). Las competencias parentales en la familia contemporánea: descripción, promoción y evaluación.
   Educación social: revista de educación socioeducativa. (49), 25-47.
   Recuperado de: <a href="https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/295430">https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/295430</a>

- Espinoza Torres, P (2000). Grupos vulnerables y cambio social. Quórum, México. Instituto de investigaciones legislativas de la Cámara de Diputados, año IX, (72), 10. Recuperado de: <a href="https://www.google.com.ar/search?q=Grupos+vulnerables+y+cambio+social&oq=Grupos+vulnerables+y+cambio+social&aqs=chrome.69i57j0.3138j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8</a>
- Flores Giménez, Vanina. (2009). Delincuencia juvenil, jóvenes que trasgreden la ley (tesis de grado). Universidad del Aconcagua, Mendoza Argentina. Recuperado de: <a href="http://bibliotecadigital.uda.edu.ar/55">http://bibliotecadigital.uda.edu.ar/55</a>
- Fraser, N (2008). La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. Revista de trabajo. Año 4, (6), 83 – 99. Recuperado de: http://www.trabajo.gob.ar/downloads/cegiot/08agodic\_fraser.pdf
- García Barthe M. S. (2012). *Adolescencia y pubertad: problemática actual*. Buenos Aires, Argentina. A Construir.
- Ley 22.278. Régimen Penal de la Minoridad. Boletín oficial. Buenos Aires,
   Argentina, 25 de agosto de 1980.
- Ley N° 24. 430. Constitución de la Nación Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Buenos Aires, 15 de Diciembre de 1994.
- Mazzitelli, C. A. y Aparicio, M. T. (2009). Las actitudes de los alumnos hacia las Ciencias Naturales, en el marco de las representaciones sociales, y su influencia en el aprendizaje. Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias. 8(1), 193-215. Recuperado de: http://www.docenciauniversitaria.org/volumenes/volumen8/ART11\_Vol8\_N1 .pdf
- Molina, L. y Romero J. (2003). Trayectorias y representaciones sociales: jóvenes infractores de ley, entre la reincidencia y la reinserción social.
   (Tesis de Grado Universitario). Facultad de Humanidades y Tecnologías de la Comunicación Social, Universidad Tecnológica Metropolitana, Santiago

- de Chile, Chile. Recuperado de: <a href="https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/trayectorias\_representacione">https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/trayectorias\_representacione</a> s%20sociales%20del%20joven%20infractor.pdf
- Mora, M. (2002). La teoría de las representaciones sociales de Serge Moscovici. Athenea digital: revista de pensamiento e investigación social.
   Recuperado de:
  - http://www.raco.cat/index.php/Athenea/article/viewFile/34106/33945
- Moreira, V. (2011). Grupo de Amigos, Género y Delincuencia Juvenil (Tesis de Doctorado). Facultad de Psicología, Santiago de Compostela, España).
   Recuperado en:
   <a href="https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/3660/MoreiraTrillo.pdf;">https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/3660/MoreiraTrillo.pdf;</a>j

   sessionid=FE5363548030FC806C6C0D6E9E7CC1A4?sequence=1
- Muñoz, L. (2014). Representaciones sociales de madres de adolescentes reiterantes en la conducta delictiva y el funcionamiento familiar. (Tesis de Maestría). Facultad de Psicología, Universidad del Aconcagua, Mendoza, Argentina.
- Nudler, A y Romaniuk, S (2005). Prácticas y subjetividades parentales: transformaciones e inercias. Revista de estudios de género. La ventana. Vol. 3 (22), 269- 285. Recuperado de: <a href="http://www.revistascientificas.udg.mx/index.php/LV/article/view/789/764">http://www.revistascientificas.udg.mx/index.php/LV/article/view/789/764</a>
- Perera Pérez, M (2003). A propósito de las representaciones sociales. Apuntes teóricos, trayectoria y actualidad. La Havana: CIPS.
- Pérez Contreras, M. M (2005). Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar. Revista jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (113), 845 867. Recuperado de:
   <a href="http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex113/BMD11309.pdf">http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex113/BMD11309.pdf</a>
- Pizarro, R (2001). La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina. CEPAL. División de Estadística y Proyecciones
   Económicas. Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile.

### Recuperado de:

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4762/S0102116\_es.pdf

- Rawls, J (1971). Teoría de la Justicia. EEUU: Hardvard University Press.
   Recuperado de: <a href="https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john\_rawls\_-teoria\_de\_la\_justicia.pdf">https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john\_rawls\_-teoria\_de\_la\_justicia.pdf</a>
- Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Brasilia, 4 a 6 de Marzo de 2008. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Recuperado de:

https://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf

- Roche, C. L y Richter, J (2005). *Barreras para el acceso a la justicia*. Cap. II. En Casal, J. M, Roche C. L, Richter, J y Chacon Hanson, A. Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia. Caracas: Texto.
  - Recuperado de: <a href="http://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/03831.pdf">http://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/03831.pdf</a>
- Saba, R. P (2005). (Des) Igualdad estructual. *Revista Derecho y Humanidades* (11), 123 147. Recuperado de:

  <a href="http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/1705">http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/1705</a>
  7
- Saba, R. P (2011). Igualdad de trato entre particulares. *Lecciones y Ensayos* (89), 217 276.

Recuperado de:

http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/saba-roberto-p-igualdad-de-trato-entre-particulares.pdf

- Torrecilla, F. J. M y Hernández Castilla, R (2011). Hacia un concepto de justicia social. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio de Educación*. *Vol.* 9 (4), 7 23.
  - Recuperado de: <a href="https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3932634">https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3932634</a>
- UNICEF. Ministerio de educación de la Nación (2005) Proponer y dialogar,
   Vol 2. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de:
   https://www.unicef.org/argentina/spanish/Proponer\_y\_Dialogar2.pdf

- UNICEF y Ministerio de Desarrollo de la Nación Argentina. (2008)

  Adolescentes en el sistema penal. Situación Actual y propuestas para un proceso de transformación Recuperado de: <a href="http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes\_en\_el\_sistema\_penal\_pdf">http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes\_en\_el\_sistema\_penal\_pdf</a>
- Vázquez Ortega, J. J. (2005). Investigación-acción en derechos humanos: su representación social en el Movimiento Urbano Popular. Polis. Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial, Vol. 1(2), 101-133.
   Recuperado de: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/polis/cont/20052/pr/pr6.pdf

# "REPENSANDO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LOS MODOS DE INTERVENIR SOBRE LAS INFANCIAS"

# María de los Ángeles Pesado Riccardi<sup>5</sup> Buenos Aires, Argentina

Repensando el interés superior del niño y los modos de intervenir sobre las infancias

#### Resumen:

El artículo parte del análisis del interés superior del niño como principio esencial del enfoque de los derechos de la infancia<sup>6</sup>. Se van considerando algunas tensiones e interrogantes que surgen cuando se quiere adaptar los modos de intervenir sobre la niñez y la adolescencia al enfoque de derechos. La forma en que la infancia es nombrada en las políticas, normas, jurisprudencia presupone modos específicos de concebirla y de pensar su intervención social.

Palabras clave: infancias, derechos, políticas públicas, protección, y corresponsabilidad

Comienzo el análisis con el planteo de la infancia como construcción social e histórica. En segundo término, enuncio los principales supuestos del enfoque de derechos y la protección integral. En tercer lugar describo la normativa y la institucionalidad del sistema de promoción y protección de los derechos de la

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>Secretaria de Relaciones Interinstitucionales de la Defensoría General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina. Abogada de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Maestría en Educación Universidad del Salvador, Diplomada en Derechos de las Mujeres y Género de la Escuela de Abogados del Estado y estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales de FLACSO-Argentina. Miembro de ALAMFPYONAF y de la Unión de Magistrado del Departamento Judicial de Lomas de Zamora

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Se va a utilizar el término infancia como sinónimo de niñez y adolescencia

niñez y la adolescencia en Argentina focalizando en la Provincia de Buenos Aires. En el cuarto punto, expongo dos casos trabajados desde la Defensoría General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora<sup>7</sup>, en los que, desde la corresponsabilidad y articulación institucional quiero visibilizar, cómo a través del trabajo conjunto con el fuero de responsabilidad penal juvenil sobre el caso A.J.E., y de la participación en el Consejo Local de Protección y Promoción de los Derechos de la Niñez en la campaña sobre la Trata, se juega el interés superior del niño con la trama de concepciones, intervenciones e instituciones. Se explora el significado, alcance y ejercicio del derecho del niño a ser oído/escuchado y su participación efectiva en los procesos judiciales y/o administrativos que lo afectan, y en los espacios intersectoriales comunitarios que los convocan.

## 1.- Haciendo foco sobre los modos de comprender la infancia.

En su obra póstuma *qué es la política* H. Arendt expone que "cierta sordera a los significados lingüísticos ha tenido como consecuencia un tipo de ceguera ante las realidades a las que corresponden" (Arendt, 1997:12). Sostiene que para averiguar el sentido original de los conceptos hay que rastrearlos, analizarlos, enmarcarlos, porque el "acto de teorizar tiene algo que ver con reencontrar, recuperar y destilar un sentido que se ha evaporado" (Arendt, 1997:13). De allí, su invitación a rastrear las huellas de los conceptos, hasta llegar a las experiencias concretas y en general también políticas que les dieron vida. Los conceptos como los discursos son construcciones sociales, contextualizadas, atravesadas por las luchas de poder, por lo tanto no son ni abstractos, ni neutros, ni ahistóricos.

En Argentina, el estudio sobre la infancia desde una perspectiva social e histórica, lleva más de treinta años, y surgió en el marco de un debate interdisciplinario y en la conformación de un campo específico de estudios. Estas inquietudes teóricas se potenciaron y vieron legitimadas a partir de la sanción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN).

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> La Defensoría depende del Ministerio Público del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.

La niñez y la adolescencia han sido tradicionalmente pensadas a partir de representaciones universalistas: "el concepto infancia operó durante mucho tiempo como una narrativa que alude a un tiempo común y lineal transitado por todos los niños y niñas sin distinciones sociales. Casi como "un estado de gracia especial, que oculta las desgracias particulares" (Carli, 1994:3).

"Niños, adolescentes y jóvenes, han sido naturalizados a partir de una concepción evolucionista y unilateral del desarrollo y la socialización. (...) A pesar del peso que tiene en su configuración, el tema del tiempo y su correlato en las edades, estamos hablando propiamente de una temporalidad, de un tiempo socialmente configurado. Es decir, de un tiempo significado por los sujetos y las imágenes culturales con las cuales coexisten, y de un tiempo ritualizado y objetivado en las prácticas sociales que giran en torno a los sujetos y las instituciones." (Vergara del Solar, 2007:21).

Como se deduce de lo expuesto, la infancia es un constructo social, dinámico y variable culturalmente. Ahora bien, la constitución de la niñez como sujeto sólo se puede analizar en la tensión producida entre la intervención adulta y la experiencia del niño/a, entre la construcción social de la infancia y la historia irrepetible de cada niño/a, entre la imagen que se da de sí mismo y que una sociedad construye para la generación infantil en una época y las trayectorias individuales. Entonces, son las infancias porque refieren a trayectorias múltiples, diferentes y cada vez más afectadas por la desigualdad. Creo que en esto reside la importancia de analizar la niñez, la adolescencia, las infancias como actores sociales activos y con capacidad de agencia.

Los distintos dispositivos jurídico-administrativos que se han diseñado para intervenir sobre un sector determinado de la infancia, la pasible de ser tutelada, judicializada, adoptada, tienen el objetivo explícito de proteger o restituir los

derechos de una población considerada vulnerable. Entonces, abandono, maltrato, negligencia o riesgo, son las categorías que habilitan la actuación de distintos agentes y organismos que obtienen su legitimidad del compromiso moral de proteger a quienes no pueden hacerlo por sí solos (Villalta, 2010).

Varias investigaciones sobre la infancia (Alvarado - Patiño, 2013; LLobet, 2011) plantean la necesidad de desentrañar y contextualizar los discursos de los derechos de la niñez; desnaturalizar las prácticas y dispositivos jurídicos administrativos de su protección; indagar los sentidos que profesionales y expertos atribuyen a la infancia y su protección, porque las formas de intervención social y los modos legitimados para hablar de la infancia y su protección son productos provisionales de procesos histórico-políticos en donde distintos actores reclaman para sí la legitimidad de la intervención e intentan imponer sus posturas en relación a lo que entienden es lo mejor para un niño (LLobet, 2011).

En Argentina, como en Latinoamérica y el Caribe a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se institucionaliza el enfoque de derechos sobre la infancia como discurso privilegiado para interpretar las necesidades de la niñez y protegerla; sin embargo, los contextos de desigualdad social en los que se encuentra gran parte de la infancia son un fuerte condicionamiento a la efectiva protección, interpelan y posicionan a los operadores del sistema en la encrucijada entre los postulados derivados del enfoque de derechos del niño y la realidad signada por la pobreza, la exclusión, la discriminación que los instala como vulnerables (Barna, 2014).

# 2.- El enfoque de derechos y la protección de la infancia.

El sistema de protección integral se instituye desde el enfoque de derechos, por el cual se reconoce al niño como sujeto de derechos y no como objeto de intervención tutelar del Estado. La niñez y la adolescencia gozan de una protección complementaria de sus derechos dado que se agregan nuevas garantías –además de las que corresponden a todas las personas- propias de su condición de personas en desarrollo. Los derechos del niño no dependen de

ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de hacer efectiva su satisfacción. Este reconocimiento socio-jurídico posiciona a la niñez y la adolescencia en otro lugar y redefine sus relaciones respecto al Estado, la familia y la sociedad donde el respeto al ejercicio de sus derechos es el eje central.

Hay dos implicancias fundamentales que tiene la protección integral de la infancia pensada desde un enfoque de derechos:

- ⇒ se identifica con la protección de los derechos de los individuos, vinculada al principio de legalidad, por el cual la intervención estatal sólo se justifica en supuestos legalmente previstos, dados por aquellas situaciones que amenacen o vulneren los derechos de los niños. Por lo tanto, se deslegitima cualquier otra intervención que no se fundamente y oriente en este principio.
- ⇒ en aquellas situaciones que atraviesa el individuo y que requieren de protección, dejan de ser identificadas y descriptas en términos de necesidades humanas, para definirse en términos de derechos y de obligaciones de responder para que se efectivicen.

Cabe destacar que, esta diferencia entre necesidades y derechos repercute en la práctica dado que los derechos generan deberes y responsabilidades basadas en estándares objetivos, mientras que las necesidades no. Satisfacer necesidades puede implicar una cuestión moral, caritativa o asistencial, en la que los destinatarios / beneficiarios dependen de la compasión o buena voluntad, no de un reclamo exigible y por tanto ejecutable legalmente. Comprender esta mirada cambia esencialmente el sentido y orientación de las intervenciones.

El principio del interés superior del niño es el eje vertebrador del enfoque de derecho de la protección integral, no obstante varios autores han señalado que en la jurisprudencia, se apela a este principio como una directriz vaga, indeterminada

y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, constituyendo una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos, en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico (Cillero Bruñol, 1998). En su redacción aparece como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

"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 la que se atenderá será el interés superior del niño" (art3.1 CIDN)

El interés superior del niño como principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentren limitadas por esos derechos; en este sentido se busca superar el paternalismo-autoritarismo que tradicionalmente regulaba los temas relativos a la infancia, dado que se le recuerda al juez o a la autoridad competente, que las decisiones y resoluciones jurídicas deben producirse en estricta sujeción a los derechos de la niñez. La aplicación de esta regla justifica por ejemplo, la disminución al mínimo posible de la intervención penal sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar.

Este principio funciona también como pauta hermenéutica, frente a situaciones de incompatible en el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño; permite arbitrar conflictos jurídicos de derecho, haciendo prevalecer un derecho sobre otro. El ejemplo más característico está dado por el artículo 9° de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos.

Otra de sus funciones es la de ser garantía de prioridad, dado que cuando en un sistema social compiten diversos grupos por los recursos, que siempre son

escasos, el principio del interés superior del niño exige considerar en forma prioritaria a la infancia, en el diseño de las políticas, en su ejecución, en la asignación de recursos, en el acceso a los servicios y a la atención de los organismos públicos.

En síntesis el principio del interés superior del niño:

- ⇒ es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos;
- ⇒ es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; permite llenar vacíos o lagunas normativas,
- ⇒ es un criterio político para la formulación de políticas públicas, permitiendo considerar prioritariamente a la infancia en su diseño, ejecución y asignación de recursos.

## 3.- El sistema de protección integral de la infancia argentino.

En 1990 Argentina ratifica su adscripción a la Convención y en el año 1994, con la reforma de la Constitución, le da jerarquía constitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna. A pesar de estos avances significativos, el país tardó 11 años en realizar su proceso de reforma legislativa y producir la adecuación normativa interna a nivel nacional y provincial en materia de protección de los derechos de la infancia. Recién en septiembre de 2005 fue sancionada la Ley Nacional 26.061 que establece la derogación de la Ley de Patronato de Menores, vigente desde 1919 (que recogía el viejo modelo de la situación irregular).

La nueva legislación permite:

⇒ Incorporar la perspectiva de derechos en la atención y asistencia de los niños y sus familias.

- ⇒ Desjudicializar los problemas sociales que pasan a ser abordados en forma prioritaria por las políticas públicas, evitando la estigmatización y exclusión de los grupos sociales vulnerables.
- ⇒ Profundizar el diseño, la planificación y la ejecución de políticas públicas para la infancia en clave de derechos humanos, promoviendo la construcción de ciudadanía y la inclusión social para los niños y familias argentinos.
- ⇒ Otorgar sustentabilidad al proceso de descentralización de programas y recursos para la atención de la infancia, adolescencia y la familia.
- ⇒ Promover la gestión asociada y corresponsable entre los Estados Nacional, Provincial y Municipal, en sus diferentes áreas y las organizaciones de la sociedad civil (ONG, comisiones barriales)

Esta conceptualización tiene consecuencias en el rol que debe asumir el Estado en la gestión de la protección de la infancia. Surge una nueva institucionalidad que exige, por un lado repensar la función y rol del Estado en la corresponsabilidad que le incumbe –junto con la familia y la comunidad- en la efectiva protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia. Por otro lado, esta nueva institucionalidad da cuenta de una nueva vinculación estatal que coloca a cada Poder del Estado en su esfera de actuación propiamente dicha, reconociendo un amplio margen de participación de la comunidad a través de las organizaciones civiles.

La ley crea el Sistema de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, conformado por todos los organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos son: a) las políticas, planes y programas; b) los organismos administrativos y judiciales de protección de derechos; c) los recursos económicos; d) los procedimientos; e) las

medidas de protección de derechos y; f ) las medidas de protección excepcional de derechos .

 El Sistema de Protección Integral a nivel provincial: el caso de la Provincia de Buenos Aires.

Argentina tiene un sistema de gobierno federal, por el cual cada provincia tiene la potestad de legislar en lo que respecta a su organización institucional, su administración de justicia, sus normas de procedimiento y su régimen municipal. Estas cuestiones están directamente vinculadas al diseño de la nueva institucionalidad del modelo de protección integral de la infancia. En este sentido, la ley nacional opera como marco, para que luego cada provincia, delimite sus estrategias de intervención a través de su propia legislación. Los avances normativos en las provincias han sido dispares. Algunas no han sancionado leyes de protección integral propias y otras ni siquiera no han adherido a la Ley Nacional 26.061.

La provincia de Buenos Aires, luego de un arduo y disputado proceso legislativo, que insumió más de seis años, en el año 2007 consagra la doctrina de la protección integral a través del nuevo sistema normativo bonaerense, integrado básicamente por las leyes 13.298 y 13.634, y sus decretos reglamentarios.

La Ley 13.298 deroga el Patronato de Menores y crea el Sistema de Promoción y Protección integral de los Derechos del Niño en la Provincia de Buenos Aires, fijando como objetivo principal de la política de y para la niñez, su contención en el núcleo familiar, a través de la implementación de planes y programas de prevención, asistencia e inserción social<sup>8</sup>. Se dispone la implementación del sistema de protección a nivel municipal, con financiamiento provincial. La adscripción de los Municipios a esta ley es optativa y se consagra mediante la

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup>En el marco de la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino", considerando principios interpretativos del sistema: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD).

realización de un convenio entre los gobiernos locales y el área de niñez provincial. La nueva institucionalidad del sistema de protección a nivel local está conformada por los siguientes organismos:

- ⇒ Servicios Zonales de Promoción y Protección de Derechos (art. 18, inc.4 del Decreto Reglamentario) cuyas funciones son: unificar el mecanismo de articulación y seguimiento de la aplicación de la Ley tanto con los gobiernos municipales como con los Servicios Locales. Se erige como instancia de revisión respecto de los acuerdos celebrados entre el niño y sus representantes legales en el ámbito del Servicio Local.
- ⇒ Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos (art. 18-21de la Ley, art. 18, 20 y 21 del Decreto Reglamentario) sus atribuciones: facilitar el acceso de niños, niñas y adolescentes con sus derechos amenazados y/o vulnerados a programas disponibles en su comunidad. Formular propuestas de resolución alternativa ante conflictos familiares.
- Decreto Reglamentario) destinados a: elaborar un plan de acción territorial para la protección y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes que refleje la concertación de acciones y la optimización de recursos lograda en el nivel central por parte de la comisión interministerial. Cabe mencionar que en aquellos casos en que el Municipio no manifieste expresamente su voluntad de constituir y participar del Consejo Local, este podrá constituirse exclusivamente con instituciones sociales de la comunidad y representantes de la Comisión Interministerial, como mínimo aquellos de salud y educación, y todos los que contaran con efectores en esas localidades.

Como señalan Villalta (2010) la característica más innovadora de la norma ha sido, sustraer de la esfera judicial la facultad de adoptar medidas de protección de

derechos y encomendar esta tarea a organismos administrativos, promoviendo así la denominada desjudicialización de la pobreza, y crear un Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños/as y Adolescentes compuesto por todos los organismos que diseñen e implementen políticas para la niñez. Así se otorga centralidad a la transversalidad, integralidad y corresponsabilidad en las políticas públicas específicas de y para la infancia.

La Ley 13.634 disuelve los Tribunales de Menores en la Provincia de Buenos Aires<sup>9</sup>, crea el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil<sup>10</sup>, un proceso penal específico aplicable a todo niño punible<sup>11</sup>, imputado de delito en jurisdicción territorial de la provincia de Buenos Aires. También define al Ministerio de Desarrollo Social como la contraparte del Poder Ejecutivo encargada de formular, coordinar y ejecutar políticas, programas y medidas destinadas a prevenir el delito juvenil, asegurando los derechos y garantías de los jóvenes infractores a la ley penal, además de generar ámbitos para la ejecución de medidas socioeducativas que, centradas en la responsabilidad del joven infractor, posibiliten su real inserción en su comunidad de origen.

La norma crea el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil compuesto por Fiscales y Defensores Oficiales que intervienen en todas las etapas del proceso, instaura los Juzgados de Garantías del Joven, para que lleven adelante el control de la investigación preliminar y sea responsable de las medidas que se tomen con respecto al joven durante el proceso; el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil, como órgano de juzgamiento que resuelve la aplicación de medidas, salvo delitos graves en que toma intervención el Tribunal de Responsabilidad Penal.

El Poder Ejecutivo Provincial, a través del Ministerio de Desarrollo Social, crea mediante Resolución 127/07 los nuevos dispositivos institucionales del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Los destinatarios de estos dispositivos son

<sup>11</sup> Art.1 de la ley 22.278 (modificada por la Ley 22.803): "No es punible el menor que no haya cumplido 16 años".

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> En Argentina, la Provincia de Buenos Aires fue pionera en esta materia: en 1938 se crearon 2 Tribunales de Menores.
<sup>10</sup> . La Observación General Nro.13 del Comité de Derechos Humanos (órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) sobre el art.14 del Pacto, en el párrafo 16, señala que. "Los menores deben disfrutar por lo menos de las misma garantías y protección que se conceden a los adultos en el art.14."

jóvenes menores de 18 años en conflicto con la ley penal. Los dispositivos son los siguientes:

- ⇒ Centros de Recepción y evaluación. Son establecimientos de régimen cerrado para el cumplimiento de la detención y de medidas preventivas de privación de libertad ordenadas por los Tribunales en el marco de un proceso penal. Recepcionan en primera instancia a los jóvenes aprehendidos (imputables e inimputables) por disposición judicial comunicada por oficio. Su función es la evaluación de los jóvenes a quienes se haya impuesto una medida judicial cautelar y/o sancionatoria, restrictiva o privativa de la libertad ambulatoria o de seguridad (para inimputables). El equipo técnico evaluara a los jóvenes para determinar la institución más adecuada para el cumplimiento de la medida impuesta por la autoridad judicial.
- ⇒ Centros Cerrados. Creados para el cumplimiento de medidas privativas de la libertad ordenadas por la Justicia, en el marco de un proceso penal.
- ⇒ Centros de Contención. Establecimientos de régimen abierto, o régimen de semi-libertad (art. 80 ley 13.634) para el cumplimiento de medidas cautelares o sancionatorias restrictivas de la libertad ambulatoria, ordenadas por la autoridad judicial competente.
- ⇒ Centros de Referencia. Establecimientos en cada departamento judicial, de atención ambulatoria, para el cumplimiento de medidas cautelares o sancionatorias alternativas a la restricción o privación de la libertad ambulatoria, ordenadas por los juzgados o tribunales competentes en el marco de un proceso penal seguido a personas menores de edad. Con funciones de evaluación, atención y/o derivación de los jóvenes a

programas descentralizados en municipios u organizaciones de la comunidad.

En este marco político, normativo e institucional se propone y obliga a superar miradas e intervenciones sectoriales, aisladas, para avanzar hacia un escenario de co-responsabilidad, identificando los distintos actores vinculados en el trabajo con niños, niñas y adolescentes, y donde los mismos sean partícipes, sean escuchados y formen parte del diseño de las estrategias de trabajo.

Para el abordaje territorial de las problemáticas la metodología clave del sistema de protección, es la del trabajo en red. En varios de los documentos intersectoriales de capacitación de los agentes que intervienen en el sistema se alude a la red, a una red que precede a la llegada del operador, una red inserta en la vida cotidiana, en los vínculos, en el centro de vida de los niños, en su comunidad. Por eso se promueve visibilizar esas redes, entendiendo que para hacer efectivos los derechos sólo es posible cuando se trabaja en los entornos próximos de los niños, niñas y adolescentes, desde una inserción sostenida y comprometida que permita escuchar, reconocer, ponerle territorialidad, nombres, encuentros, dolores y esperanzas a las distintas intervenciones.

Este trabajo de generar y promover lazos, alianzas, diagnósticos y estrategias conjuntas y cogestionadas entre los operadores institucionales que desde la corresponsabilidad persiguen la defensa y efectivización de los derechos de la infancia es complejo y paradójico. Como sostiene Barna (2014) es necesario repensar cómo se reconfiguran las prácticas de intervención social sobre las infancias y sus familias en los contextos actuales, en los cuales los agentes estatales operan en una encrucijada entre los encumbrados tópicos morales del enfoque de derechos y las contradicciones cotidianas del mudo social.

## 4.- El interés superior y los modos de intervenir sobre la infancia.

La Secretaria de Articulación Interinstitucional de la Defensoría General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, tienen como objetivo fortalecer la corresponsabilidad en el acceso y administración de justicia a través de la articulación y coordinación con las políticas públicas intersectoriales locales, las organizaciones no gubernamentales, las universidades y las redes comunitarias territoriales. En este marco se participó en dos experiencias muy distintas, la primera, acompañando la intervención de la Defensoría Oficial de Responsabilidad Penal Juvenil y del Equipo Técnico Psicosocial sobre un joven en conflicto con la ley; la segunda, participando de la Campaña de Trata realizada por la Comisión de Niños del Consejo Local de Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez. Estos casos ponen de manifiesto cómo se configura el interés superior del niño en la compleja trama de concepciones, estrategias, actores e instituciones que operan en los modos de intervenir la protección de las infancias.

 El primer caso se trata de Juan un adolescente de 16 años que ingresó al Centro de Recepción, Evaluación y Ubicación de Menores -CREU-(institución de encierro) por robo calificado.

De los distintos informes que conforman su expediente se puedo analizar la siguiente información respecto a su historia de vida y las distintas intervenciones institucionales:

El grupo familiar de Juan está compuesto por su mamá de 33 años, el padre de 41 años quien realiza changas de jardinería y albañilería y siete hermanos más chicos de 15,12,11,10, 8, 5 y 4 años-. Sociabilidad: marginal. Escolaridad: analfabeto abandonó la escuela en 3<sup>er</sup> grado. Juan consume paco<sup>12</sup> y debido a su incremento se solicitó judicialmente su internación. Su hermana de 15 también consume paco y concurrió un breve tiempo al Centro Provincial de Adicciones –CPA-.

El perito médico del fuero de responsabilidad penal juvenil dice que el menor

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> La pasta base de coca es una droga de bajo costo elaborada con residuos de cocaína y procesada con ácido sulfúrico y queroseno

se presenta con mínimo cuidado personal, pensamiento enlentecido, ubicado parcialmente en tiempo y espacio, analfabeto ... con impresión de deterioro neurológico (disártrico, lenguaje pueril) Hipofrontalizado clínicamente. El menor admite ser consumidor de sustancias tóxicas desde los 10 años (pegamento, nafta, marihuana, cocaína nasal, pasta base, alcohol)

Intervención del Servicio Zonal frente al pedido de los padres de internar al joven y a su hermana por consumo de paco, se les solicita que persuadan a sus hijos para concurrir al CPA para diagnóstico y evaluación para su internación en Comunidad Terapéutica.

El CPA informa que Juan estuvo en una Granja de rehabilitación por voluntad propia llevado por los padres. Se fuga de la Granja por violencia con sus pares. Estuvo varios meses en situación de calle. Tiene varios cortes en su brazo y pierna. Estructura familiar no contenedora. Se sugiere internación especializada en adicciones.

La asistente social del juzgado evaluando medida impuesta informa: el analfabetismo de los progenitores funciona como un grave elemento obturador del desarrollo psico-afectivo de los niños que componen el grupo familiar. El joven ha repetido varias veces 3er grado abandonando definitivamente la escuela. La totalidad de los hijos no han sido reconocidos por el progenitor por carecer éste de DNI. La situación laboral familiar se sostiene desde la pensión no contributiva de la madre y las changas del padre. Juan tiene mala predisposición a la entrevista, reclama su libertad en forma constante sin haber logrado implicarse en la responsabilidad que sus actos conllevan. En cuanto a los aspectos psico-sociales evaluados en el mes no se observa capacidad reflexiva alguna sosteniendo su postura desafiante y negadora, conducta nociva para dar curso a la implementación de medidas alternativas de libertad. Se requiere traslado del jóven a una institución adecuada a su problemática de múltiple adicción, siendo una Comunidad Terapéutica de régimen cerrado la modalidad que permitiría un

abordaje interdisciplinario individual e intrafamiliar indispensable para el trazado de un proyecto de vida a futuro con capacidad de sostén temporal.

Desde la Defensoría se interpone acción de habeas corpus correctivo. Se solicita que se ordene alojamiento al joven en una institución acorde a su problemática adictiva, que se disponga tratamiento psicológico, psiquiátrico (que en los 6 meses de encierro no tuvo), se realicen los estudios indicados por el perito médico hace 6 meses y se lo incluya en el ciclo educativo. No se dio a lugar a lo peticionado por la defensa.

El CREU informa que hace más de un mes que se gestionó la solicitud de traslado a una Comunidad Terapéutica Cerrada, sin contar con respuesta favorable por el órgano administrativo de intervención provincial. La Comunidad Terapéutica Casa del Sur es el único recurso convenido con la Subsecretaria de Desarrollo Social de la Provincia y no cuenta con cupo, el joven tiene el puesto número 15 en el listado de espera de vacantes.

Juan nunca accedió a la vacante y siguió privado de su libertad en el CREU. El caso de Juan es la traducción de la judicialización de la asistencia. Es la crónica de una muerte anunciada, en el sentido de la falta de respuesta del Estado ante la situación de asistencial y de consumo de Juan. El Estado es responsable por las acciones y las omisiones. La falta de instituciones que atiendan las adicciones, en una provincia con el alto índice de consumo que tiene, es un incumplimiento a la responsabilidad que el Estado tiene en pos de garantizar el sistema de protección integral y su efectivización. Por otro lado las concepciones que se juegan en los profesionales, marcan como señalan Cillero y Guemureman:

"Las leyes de menores, a diferencia de lo que aparentan, no se estructuran a partir de la legítima diferenciación jurídica entre adultos y no-adultos, sino en una radical separación de dos tipos de infancia: la que tiene sus derechos satisfechos debido a la protección familiar, y aquella que no los tiene." Cillero Bruñol (2001)

"La utilización del aparato de la administración de justicia en forma sistemática para este estrato poblacional ha estado desde siempre directamente vinculada a la ausencia de políticas públicas de promoción y desarrollo. La presencia activa del Estado en la promoción de derechos, podría haber contribuido a desvincular a estos sujetos de la estigmatización que conlleva su nominación como 'menores en situación de riesgo' o 'en peligro moral y material'". <sup>13</sup>

Si bien no hay recetas para la intervención, el caso de Juan nos muestra la vulneración constante de sus derechos que termina en la situación de conflicto ante la ley. Uno de los mayores desafíos para que un enfoque de derechos posibilite cambiar no sólo los circuitos de la protección, sino fundamentalmente los sentidos asociados a ella consiste, en repensar y desarmar la trama a partir de la cual las familias de esos niños/as han sido etiquetadas y culpabilizadas en distintas y sucesivas intervenciones profesionales, aun en aquellas destinadas a proteger los derechos que esos niños tienen vulnerados. Por otro lado, esas interpretaciones se contextualizan en escenarios en los que la seguridad es instalada como problema y a partir de ahí, no sólo los adolescentes pobres son clasificados como sujetos potencialmente peligrosos, sino también lo son aquellos niños que tienen problemas de conducta, no concurren a la escuela o son descuidados por sus familias (Villalta, 2010). Por otro lado, un sistema de protección requiere inversión, un presupuesto que garantice el funcionamiento de los dispositivos necesarios para hacer frente a las situaciones de desigualdad y exclusión en las que se encuentra atrapada cierta infancia, la vulnerada.

 El segundo caso: la participación protagónica y capacidad de agencia de la infancia en el marco de la Comisión de niñas, niños y adolescentes del Consejo Local de Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez de Lomas de Zamora.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Guemureman, Silvia, y Daroqui, Alcira, La niñez ajusticiada, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, págs.37/38.

El consejo local<sup>14</sup> es un espacio intersectorial con participación de las áreas de educación, desarrollo social, salud, seguridad, defensoría oficial y organizaciones comunitarias dedicadas a la infancia en el territorio. Desde su constitución por Ordenanza municipal del año 2010, se conformó la Comisión de Niños. Este espacio es repensado de forma constante, para que la mirada adulto-céntrica no lo invada, para que los/as chicos/as se apropien de él y puedan plantear sus inquietudes, promocionar sus ideas, compartir y resignificar experiencias... para que puedan pensar su hogar, su barrio, su escuela, su plaza y todo ámbito y relación que los y las atraviesa desde lo que significa ser sujetos de derecho.

Durante el año 2016 y 2017 se realizaron varios encuentros de niños, niñas y adolescentes. Durante el primer año fueron promocionados por la Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia –SENAF- en el marco de líneas de acción para promocionar y fortalecer las participación de la infancia a nivel nacional y provincial; en el segundo año desde el Consejo Local fueron convocados a participar todos/as los chicos/as que estaban en distintos programas sociales<sup>15</sup> y a los que venían participando de la comisión de niños, el lema de invitación a los encuentros decía: "Encuentro de niñas, niños y adolescentes: escuchados, respetados y organizados".

En los trabajos realizados en estos espacios de participación, específicamente en los destinados a realizar un diagnóstico, desde sus miradas y voces, sobre cómo veían sus barrios, qué cuestiones les preocupaban, entre las problemáticas que señalaron se destaca la preocupación por la desaparición en la zona de algunas chicas y la camioneta blanca a la que se vinculaba esta situación.

Vecinos e instituciones – Profesorado de Formación Docente, organizaciones sociales, unidades sanitarias, entre otras- de los barrios de Budge, Villa

<sup>14</sup> La Ley Provincial 13.298 prevé la creación de Consejos Locales como "órganos esenciales del Sistema de Promoción y Protección de Derechos". Entre sus funciones se destacan la de elaborar un diagnóstico sobre la situación de la infancia y adolescencia a nivel local, diseñar un Plan de Acción Territorial que el Estado debe efectivizar con la participación de actores públicos y privados, y realizar un seguimiento de las políticas públicas con impacto en la situación de niños y jóvenes.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Envión, es un programa de Responsabilidad Social Compartida, está destinado a chicos entre 12 y 21 años que se encuentran en situación de vulnerabilidad social. El objetivo esencial es la inclusión, la contención, el acompañamiento y el diseño de estrategias que fortalezcan su estima, reparen y brinden igualdad de oportunidades

Centenario, Fiorito y Albertina denunciaban que varias chicas habían sido secuestradas por un grupo organizado que se movilizaba en una camioneta Trafic blanca. Durante varias semanas – en el año 2016- se realizaron protestas, corte de calles pidiendo explicaciones y la aparición de esas mujeres. En los titulares de los periódicos locales aparecía: "Terror en Lomas de Zamora: Vecinos denuncian que una camioneta secuestró a varias mujeres". La policía afirmaba que todo era una 'psicosis' generalizada

A partir de esta situación, que las/os chicas/os habían identificado se comienza a trabajar, sus voces fueron oídas, respetadas y acompañadas. Por otro lado, las organizaciones de la comunidad presentaron denuncias e información a la fiscalía departamental. Se inicia una investigación judicial que llevo casi dos años y concluyó con el desarme de una red de trata de personas, el descubrimiento de un presunto sistema de recaudación ilegal utilizado por personal de la policía bonaerense, que extorsionaba a comerciantes y daba protección a la banda que explotaba sexualmente a mujeres. El juez federal N° 2 de Lomas de Zamora, ordena la detención del comisario inspector, que se desempeñaba como jefe distrital de Lomas Norte, de la que dependen las comisarías de Villa Fiorito, Ingeniero Budge, Villa Centenario y Parque Barón.

En uno de los últimos encuentros de la Comisión los/as chicos/as propusieron hacer una campaña sobre la Trata de personas, plantearon que querían informar de que se trataba y a dónde se podía recurrir. Los adultos que desde el Consejo acompañamos, enseguida pensamos en una campaña tradicional, afiches, dibujos, ante esto nos manifestaron que querían llegar a todas partes, querían viralizar la información a través de las redes sociales, para todos/as estuvieran atentos y se cuidaran. Desde el Consejo se contactó a una organización Chicos .net que los ayudo a plasmar sus ideas y dibujos en GIF y videos cortos para subir a las redes. Toda la etapa de planificación, producción estuvo guiada por los chicos/as, inclusive ellos/as pensaron cómo y dónde tenía que ser la presentación de la campaña. Como adultos no nos sorprendimos de sus capacidades, ideas y compromiso, si nos dimos cuenta que nosotros/as habíamos dado un gran salto,

habíamos aprendido a generar un espacio de participación protagónica de niñas, niños y adolescentes.

La campaña se presentó en el salón principal del Municipio, en el Concejo Deliberante que lo declaró de interés municipal y próximamente se presenta en el Poder Judicial.

Hacer efectivo el interés superior del niño, el ser escuchado y respetado, implica repensar la relación niño – adulto, la configuración de las identidades infantiles. La historiadora S. Carli (2006) planteaba el derecho al crecimiento, que es condición de lo que denomina la confianza, a la que se suman el derecho a la inclusión y el derecho a la participación. La tarea del sistema de promoción y protección es socio educativa, y educar en la sociedad contemporánea requiere volver a considerar al niño/a como un sujeto en crecimiento, como un sujeto que se está constituyendo, que vive, juega, sufre y ama en condiciones más complejas. diversas y desiguales. Si bien el mercado u otros fenómenos modifican las identidades de niños/as y de adultos, no eliminan las posiciones diferenciales que unos y otros ocupan en todo proceso de transmisión. La infancia, requiere pensar un tipo de vínculo entre adultos y niños/as en el que la erosión de las diferencias y de las distancias no devenga obstáculo epistemológico o material para la configuración de una nueva mirada que permita la construcción de otra posición del adulto. Si bien la desigualdad y la exclusión se encuentran presentes como una realidad tangible, al menos existe cierto grado de acuerdo en torno a que únicamente pueden ser superadas mediante políticas públicas integrales e inclusivas que transfieran poder a las comunidades y fomenten la participación ciudadana, entendida como la intervención en la toma de decisiones. La Comisión de niñas, niños y adolescentes del Consejo Local de Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez de Lomas de Zamora es un claro ejemplo de esto.

## 5.- Mas interrogantes que conclusiones...

La finalidad del trabajo como se expuso a un comienzo fue desnaturalizar concepciones, visibilizar la retórica de los derechos como un logro plausible que,

no obstante requiere analizarla desde los contextos de desigualdad y exclusión que signan nuestro tiempo. Cómo implementar sistemas de protección efectivos? Cómo desinstalar concepciones, que aún en nombre de los derechos humanos son estigmatizantes de familias y niños/as? Cómo generar intervenciones promotoras del agenciamiento de familias y niños/as? Cómo cuidar a los operadores del sistema que viven la encrucijada cotidiana del enfoque de derechos y las contradicciones de realidad social? Cómo cambiamos las prácticas y damos nuevos sentidos en pos del interés superior del niño?

Reflexionar sobre el interés superior del niño, sobre las infancias, las familias, las intervenciones desde el Estado y la comunidad, es preguntarse por el valor que se le confiere a la vida, es explorar las condiciones contextuales que rodean su cotidianidad, calidad de vida, derechos, potencialidades, la situación de familias y la realidad de las políticas que atraviesan a niñas, niños y adolescentes.

La sistematización y producción de conocimiento resultante de la observación, la reflexión, la indagación, la participación y la discusión son caminos de búsqueda de nuevas interpretaciones y explicaciones, que a su vez, contiene una trayectoria de tensiones, luchas, ocultamientos y confrontaciones. La investigación y su socialización son una vía que permite resignificar el enfoque de derechos y de la protección integral para repensar prácticas e intervenciones que contribuyan a que niñas, niños y adolescentes vivan dignamente y sean felices.

## **Bibliografías**

ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L. (2006) Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos. Ponencia presentada al Seminario los Derechos humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza. Buenos Aires: UNESCO

ALVARADO S. Y PATIÑO J. (2013) "Jóvenes investigadores en infancia y juventud, desde una perspectiva crítica latinoamericana: aprendizajes y resultados". Editoras Académicas - . Centro Editorial CINDE-Childwatch-Universidad de Manizales.

ARENDT H. (1997) Que es la política. Traducido por Rosa Sala CarbóEdiciones Paidós, Barcelona. Título original: Was ist Politik? Ausdem Nachla R. Piper GMBH & Co KG, Munich, 1995

BARNA A (2014) Clasificaciones y estimaciones en la gestión de la infancia "con derechos vulnerados". Prácticas cotidianas de intervención en un dispositivo estatal del conurbano bonaerense. Revista Antropolítica, n. 36, p. 113-148, Niterói.

BELOFF, M.: (2001) "Algunas conclusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos" en GARCIA MENDEZ, E. (Comp.) "Adolescentes y Responsabilidad Penal". Editorial Ad. HOC. Buenos Aires.

CARLI, S. (1994). Historia de la infancia. Una mirada a la relación entre cultura, educación, sociedad y política en Argentina. En Revista del IICE Nº 4. Facultad de Filosofía y Letras UBA. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores

CARLI, S. (2006) Notas para pensar la infancia en la Argentina (1983-2001) En La cuestión de la infancia. Entre la escuela, la calle y el shopping. (Sandra Carli Comp.) Buenos Aires: Paidós

CILLERO BRUÑOL, M (2001) "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva", Revista Justicia y derechos del niño N° 3, UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Buenos Aires-

GARCIA MENDEZ, E (1991) "Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y Derechos Humanos en América Latina". En Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los derechos. Edit. Galerna. Unicri.

GUEMUREMAN, S. y DAROQUI, A. (2001) La niñez ajusticiada, Editores Del Puerto, Buenos Aires

IGLESIAS, S, y otros. (1992) Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño. En Derecho a Tener Derecho, Tomo I, Unicef., Instituto Interamericano del Niño.

LERNER, G. (2006). La redefinición de las funciones de los órganos administrativos y judiciales en la protección de los derechos de los niños en la ley 26.061. En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 35. Lexis Nexis.

LÓPEZ, O. (2016) "Las políticas públicas en la ley 26.061: de la focalización a la universalidad" en GARCIA MENDEZ, E. (Comp.) "Protección Integral de Derechos de Niñas y Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26061. Cap. VIII. Editores del Puerto

VERGARA DEL SOLAR, A (2007). La intervención social como conflicto. El caso de la infancia y juventud en Chile. En Revista Praxis. Año 9. Nº1. Santiago.

VILLALTA, C. (2010) "La administración de la infancia en debate. Entre tensiones y reconfiguraciones institucionales". Estudios en Antropología Social, Vol. 1 (2).

# "PORQUE EL CONOCIMIENTO ES PREVENCIÓN: INFANCIA ROBADA CAMPANA"

#### **Prof. Rita Mabel Garcia**

Sabemos que son cada vez más los niños sometidos a abusos y maltratos físicos, mentales, y sexuales; como así, el aumento de la repitencia y el ausentismo escolar en el ámbito de la educación primaria y secundaria; la participación de niños, niñas y adolescentes en la comisión de delitos y su respectiva judicialización y/o segregación social ; la participación desde edades cada vez más tempranas en el consumo y abuso de sustancias psicoactivas; el trabajo y la prostitución infantil; entre otras problemáticas Sociales actuales que nos interpelan a otorgarles máxima prioridad y celeridad en su tratamiento. Sabemos que los/as niños, niñas y adolescentes son un grupo social particularmente vulnerable a las violaciones de su derechos, dada su especial etapa de desarrollo personal y sus escasas posibilidades de opinar, ser escuchados y que sus opiniones sean tenidas en cuenta , junto al limitado conocimiento que tienen de sus derechos y dificultades para el acceso a un asesoramiento. La convención sobre los Derechos del Niño expresa en sus fundamentos que la infancia es un bien de la humanidad que trasciende el resguardo de la vida privada de la familia cuanto esta no se encuentra en condiciones de garantizar sus cuidados básicos, en aquellas ocasiones en que se produce una vulneración grave de derechos prevalece el principio rector del "interés superior del niño".

Si un NNA recurre a un adulto de una institución educativa, un miembro del equipo de conducción institucional o del equipo de Orientación Escolar o un auxiliar, para manifestar una situación , probablemente lo haga con la seguridad de obtener la garantía de una respuesta comprometida, lo elige porque confía. La escuela tiene que acompañar siempre y en todos los casos en los cuales se presenta una situación de conflicto y/o vulneración de derechos. La urgencia por la socialización, la articulación con toras instituciones en el marco de la corresponsabilidad y la posibilidad de evaluar el tiempo de las acciones a fin de no

obturar el proceso de confianza que se construye, es fundamental el trabajo en red. Se hace referencia a la red comunitaria con las instituciones, organizaciones y servicios que abordan las diferentes problemáticas y temáticas vinculadas con las infancias y juventudes y situaciones de violencia en el contexto familiar.

Minimizar, negar o relativizar la veracidad del relato del NNA no solo no respeta la Convencion de los Derechos del Niño, sino que además generara en el NNA la convicción de que la justicia e nula o que está destinado por siempre a soportar situaciones de vulneración de derechos,

Ley Nacional 26.061. Ley de protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

**Articulo 47**: Créase la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien tendrá a su cargo 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.

### ARTICULO 55. — FUNCIONES.

- a) **Promover las acciones para la protección** de los intereses difusos o colectivos relativos a las niñas, niños y adolescentes;
- b) **Interponer acciones para la protección** de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cualquier juicio, instancia o tribunal;
- c) Velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a las niñas, niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso. Para ello puede tomar las declaraciones del reclamante, entenderse directamente con la persona o autoridad reclamada y efectuar recomendaciones con miras a la mejoría de los servicios públicos y privados de atención de las niñas, niños y adolescentes, determinando un plazo razonable para su perfecta adecuación;
- d) Indicar acciones con miras a la aplicación de las sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de las niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal del infractor, cuando correspondiera.

- e) Supervisar las entidades públicas y privadas que se dediquen a la atención de las niñas, niños o adolescentes, sea albergándolos en forma transitoria o permanente, sea desarrollando programas de atención a los mismos, debiendo denunciar ante las autoridades competentes cualquier irregularidad que amenace o vulnere los derechos de todas las niñas, los niños o los adolescentes;
- f) Requerir para el desempeño de sus funciones el auxilio de la fuerza pública, de los servicios médicos-asistenciales y educativos, sean públicos o privados.
- g) Proporcionar asesoramiento de cualquier índole a las niñas, niños y adolescentes y a sus familias, a través de una organización adecuada;
- h) Asesorar a las niñas, niños, adolescentes y a sus familias acerca de los recursos públicos, privados y comunitarios, donde puedan recurrir para la solución de su problemática.
- i) Intervenir en la instancia de asesoramiento de mediación o conciliación.
- j) Recibir todo tipo de reclamo formulado por los niños, niñas o adolescentes o cualquier denuncia que se efectúe con relación a las niñas, niños y adolescentes, ya sea personalmente o mediante un servicio telefónico gratuito y permanente debiéndose dar curso de inmediato al requerimiento de que se trate. Ante la ausencia de quien y de quienes deben proteger los Derechos de los NN Y A, en la ciudad de Campana, se constituyó este Foro, siendo su objetivo la de concientizar, visibilizar y sensibilizar a diversas problemáticas actuales a través de la prevención a todo niño, niña o adolescente y pueda recibir información sobre sus derechos; realizándose jornadas, talleres, charlas en instituciones educativas o entidades de bien público.

**Bullying** 

Cyberbullying

Groming

Sexting

Suicidio adolescente

Enfermedades de trasmisión sexual

Embarazo adolescente

Abuso sexual infantil.

Alguna vez te ha contado un amigo o amiga que tiene un problema tan grande que no sabe qué hacer?

Tal vez tú amigo o amiga tiene miedo de decirles a otras personas su problema porque cree que nadie va a comprender?

Quieres ayudarle, pero no sabes cómo?

Que causas pueden hacer que un o una joven se deprima y se convierten en factores de riesgo?

Como ayudar a una persona que te dice que quiere hacerse daño?

Ser la coordinadora de infancia robada campana fue y es tener un compromiso ante las necesidades de quienes tienen vulnerados sus Derechos, el estado y quienes cumplen el rol en cada institución debe cumplir con las obligaciones asumidas con compromiso y empatía. Estar e infancia es interactuar y hacer un trabajo articulado, en equipo y en red con escuelas, Hospitales de niños, hogares de niños y demás instituciones, que

"SI UN NIÑO O NIÑA VIVE AVERGONZADO APRENDE A SENTIRSE CULPABLE" SI UN NIÑO O NIÑA VIVE CON ESTIMULO APRENDE A CONFIAR"

#### Profesora: Rita Mabel Garcia.

Diplomada en Gestión y Administración en Organizaciones Publicas

Especialista en Educación y en Derechos del niño, niña y adolescente.

Docente especializada en Adultos y Adolescentes.

Profesora de Enseñanza primaria.

Profesora de Lengua y Literatura en el tercer ciclo .

Integrante de la Sociedad Española de Suicidologia

Miembro de la Unión Iberoamericana de Municipios

Integrante de la Asociación de Suicidologia Latinoamericana y Caribe Voluntaria Legislativa de la Cámara de Senadores de Nación Argentina Coordinadora del Infancia Robada Campana.

## "LA GUARDA Y SU RELACIÓN CON EL CRIADAZGO"

#### Autora:

## Ab. Mag. Arriola Bogado, Alba Antonia

#### **Síntesis**

La ponencia es un fragmento de la tesis inscripta en el programa de Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia de la Universidad del Pacífico (UP), donde se expone parte de los resultados de la investigación bajo el título de "La guarda y el impacto del tiempo en la seguridad jurídica del niño, niña y adolescente en las causas finiquitadas en los juzgados de la niñez y la adolescencia de la capital, cohorte 2013-2015", por la que se reconoce el proceso de recolección de datos y la identificación de algunos expedientes sobre medidas cautelares de guarda, relacionados con grupo de hermanos cuyas edades oscilan entre 6, 9, 12 y 17 años de edad en situación de criadazgo. La situación no estuvo visibilizada en el informe psicosocial sobre las condiciones de albergabilidad de la familia sustituta, siendo ésta una pericia necesaria para otorgar la guarda regulada en los artículos 106, 107 y 108 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Palabras clave: guarda, seguridad jurídica, condiciones de albergabilidad.

#### Introducción

#### Guarda. Concepto.

La conceptualización de la guarda se encuentra en el art.106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que lo define como "una medida por la cual el Juzgado encomienda a una persona, comprobadamente apta, el cuidado, protección, atención y asistencia integral del niño o adolescente sujeto de la misma".

La naturaleza de la norma transcripta radica en su transitoriedad y vigencia, supeditada por las circunstancias que la determinaron; inclusive significa que el guardador/a tiene atribuciones de índole paterno – filial que en algún momento va discrepar con el ejercicio de la patria potestad de los obligados, o sea los padres del niño, no se discute que la guarda constituye un recurso importante para precautelar el derecho a la familia, cuando se producen alteraciones provisorias en el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El órgano judicial que otorga la Guarda debe priorizar la finalidad de la medida cautelar, asegurando el impulso procesal en función al *interés superior del niño*, requiriendo en tiempo y forma a los otros órganos que forman parte del proceso, a fin de precautelar la seguridad jurídica del niño.

## Condiciones para ser familia sustituta

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Ley 57/90, reconoce la importancia de la familia en la protección y crianza de los hijos, y obliga a los Estados a brindar atención integral a todos aquellos niños con necesidades de protección especial

El art.103 del Código de la Niñez y la Adolescencia en concordancia con la normativa internacional, determina que los niños privados de su núcleo familiar por orden judicial, podrán ser acogidos por una familia, temporalmente, mediante la guarda, la tutela o definitivamente, por la adopción.

Las condiciones para la familia sustituta están determinadas por el artículo 104º del Código de la Niñez y la Adolescencia. La familia sustituta constituye un medio para garantizar el derecho de vivir en familia y para su determinación, el magistrado debe tener en cuenta varios aspectos que hacen a las relaciones de familia como ser:

- 1) el grado de parentesco;
- 2) la relación de afectividad;
- 3) la verificación de las condiciones de albergabilidad de la familia;
- 4) el seguimiento, y

5) la obligación de priorizar la adopción de niños menores de cinco años.

## Evaluación al guardador.

Una vez iniciado el proceso de guarda, el pretenso guardador para asumir el cuidado de un niño, niña o adolescente, debe estar evaluada y acompañada periódicamente por los auxiliares de la justicia, así señala el art. 108 del Código de la Niñez y la Adolescencia. La intervención del profesional técnico para la evaluación, depende del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia; los estudios socioambientales y psicológicos se realizan tomando en cuenta las orientaciones técnicas para cada caso, y los profesionales lo expresan por medio de informes, quedando siempre a criterio del magistrado, la valoración en su conjunto de los insumos aportados para la resolución de la medida cautelar solicitada.

La evaluación psicosocial en un proceso de guarda, apunta más que nada para conocer la capacidad de respuesta del guardador ante situaciones límites o de crisis, la capacidad de autonomía y de autogestión, las motivaciones que le indujo para solicitar la guarda, valorar la incidencia de desajustes en la capacidad para desempeñar el cargo, y fundamentalmente el valor de adaptación del niño, niña y adolescente en su nuevo entorno familiar; por ende, resulta relevante proporcionar al magistrado información comprensible sobre las variables que caracterizan al nuevo entorno familiar, para asesorarle en la toma de decisiones.

Casualmente, en agosto del año 2016, la Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa había expresado durante la "Presentación del Protocolo de Justicia Intercultural" en la Corte Suprema de Justicia que "lo bueno hay que difundir e imitar" cuando se refería a la necesidad de contar con peritos indígenas en todas las circunscripciones judiciales, basando sus intervenciones en un documento de orientación para el magistrado y guía para el perito designado por el Juez; es así que si inferimos que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de protección, y la normativa establece que la Guarda es una medida de decisión judicial temporal, otorgado en función al Interés Superior del Niño, se debería entonces analizar la

corresponsabilidad de los operadores del justicia, en cuanto a la aplicación de los artículos. 108 y 165 del Código de la Niñez y la Adolescencia, éste último modificado recientemente por Ley 6083/2018, los cuales refieren a que: "la guarda deberá ser acompañada y evaluada periódicamente por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y sus auxiliares"; "..cada Juzgado de la Niñez y la Adolescencia deberá contar obligatoriamente con su propio equipo interdisciplinario asesor de la justicia..".

### Obligación de comunicar

El art. 107 del Código de la Niñez establece: "Toda persona que acoge a un niño o adolescente, sin que se le haya otorgado la guarda del mismo, estará obligada a comunicar este hecho al Juez en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de incurrir en el hecho punible establecido en el art. 222 del Código Penal", vale decir, que la familia sustituta para no infringir la ley debe solicitar la guarda ante el Juez competente en el término de 48 horas del acogimiento, que luego serán evaluadas sus pretensiones y las condiciones de albergabilidad, con la observación de que una vez concedida la guarda, el guardador no podrá transferir a otras personas.

## La guarda y su relación con el Criadazgo.

La guarda como institución de familia sustituta, implica una relación de familia entre el guardador y el niño o adolescente sujeto a la misma, a diferencia de la relación establecida entre las y los adolescentes trabajadores domésticos en hogares de terceros y sus empleadores, que de carácter laboral por lo que no puede aplicarse como medida de protección al niño o adolescente.

Es de mencionar la obra del Prof. Dr. Silvio Manuel Rodríguez "Aspectos procesales del otorgamiento de la Guarda a la luz de la ley de adopciones" (Gaceta Judicial 2- año 2010), menciona que, según el Código del Menor (1981), "la Adopción Simple tenía su origen en el criadazgo".

El criadazgo es una práctica utilizada por las familias que acogen principalmente a adolescentes de condiciones más desfavorables, con la promesa de una mejor vida, y que a la continúan las denuncias en los diferentes medios de comunicación, que el criadazgo sigue afectando a niños, niñas y adolescentes, quienes crecen en familias ajenas, sustituyendo a sus padres en sus cuidados y responsabilidades, mediante

acuerdos basados en la "confianza" entre los padres y la familia receptora, a fin de realizar trabajos domésticos, aprovechando la situación familiar, para lucrar con ellos.

La perspectiva de derechos instaurada por la Convención de los Derechos del Niño, señala directrices claras que pueden orientar hacia un enfoque integral sobre los Derechos del Niño. El Estado y la sociedad deben apoyar a los padres para que puedan cumplir con su rol parental, ante la imposibilidad de que los hijos e hijas permanezcan con su familia y sean obligados al desarraigo forzoso del entorno social y familiar.

## Resultados revelados de la investigación

El análisis de los expedientes sobre guardas, durante la investigación tuvo un enfoque cuantitativo y cualitativo, que permitieron procesar los datos de los Juzgados de Niñez y Adolescencia de la Capital, procediéndose a segregar por Juzgados y Expedientes.

En el siguiente cuadro, se detallan algunos de los casos estudiado

| EDAD      | TIPO DE   | ACTIVIDAD REALIZADA POR EL NIÑO         |  |  |
|-----------|-----------|-----------------------------------------|--|--|
|           | FAMILIA   |                                         |  |  |
| 17, 9 Y 7 | Acogedora | Cuida a la abuela de la familia, a su   |  |  |
| años      |           | cargo está el baño y alimentación de    |  |  |
| (grupo de |           | la persona de 87 años ;                 |  |  |
| hermanos) |           | Cuida al niño RN de la familia, niño de |  |  |
|           |           | 3 meses.                                |  |  |

|             |           | Responsable de la despensa familiar,      |  |  |  |
|-------------|-----------|-------------------------------------------|--|--|--|
|             |           | ·                                         |  |  |  |
|             |           | abierto de 6 a.m. a 18 horas              |  |  |  |
|             |           | No asisten a la escuela                   |  |  |  |
|             |           | Obs.: madre fallecida y el padre con      |  |  |  |
|             |           | paradero desconocido                      |  |  |  |
| 12 años     | Acogedora | Realiza todos los quehaceres              |  |  |  |
|             |           | domésticos.                               |  |  |  |
|             |           | Escolarizada en el 3º grado               |  |  |  |
|             |           | Obs.: padre maltratador y no conoció a la |  |  |  |
|             |           | madre                                     |  |  |  |
| 7 Y 12 años | Ampliada  | A cargo de ambos, todos los               |  |  |  |
|             |           | quehaceres domésticos de la casa de       |  |  |  |
|             |           | la abuela                                 |  |  |  |
|             |           | No se relacionaron con la madre           |  |  |  |
|             |           | Escolarizados en grados inferiores a la   |  |  |  |
|             |           | edad.                                     |  |  |  |
|             |           | Obs.: Padre con paradero desconocido      |  |  |  |
| 10 años     | Ampliada  | A cargo de la abuela materna en silla     |  |  |  |
|             |           | de ruedas,                                |  |  |  |
|             |           | No escolarizada.                          |  |  |  |
|             |           | Obs.: Madre adicta al crack.              |  |  |  |



| GUARDA | MEDIDA CAUTELAR<br>GUARDA | LEVANTAMIENTO DE MEDIDA | REINSERSION | PERDIDA DE LA<br>PATRIA POTESTAD |  |
|--------|---------------------------|-------------------------|-------------|----------------------------------|--|
| 28     | 14                        | 2                       | 4           | 2                                |  |

### 7

## **Conclusiones y Recomendaciones**

A partir de todo lo expuesto, la investigación sobre "Guarda y el impacto del tiempo en la seguridad jurídica del niño, niña y adolescente", ha tenido un resultado satisfactorio para los fines académicos; sin embargo, han quedado vestigios de que los procesos para la protección integral del niño, niña y adolescente privado del entorno familiar, necesitan de mayor rigor en la planificación, ejecución y controles interinstitucionales.

Fueron identificados criterios y procedimientos utilizados por los magistrados en la determinación de la guarda", quienes utilizan para la toma de decisiones el estudio psicosocial de las condiciones de albergabilidad, para ello recurren a la información proporcionada por técnicos intervinientes tanto del Poder Judicial como del Sistema Nacional de Protección.

Se pudo observar igualmente, que los dictámenes periciales emitidos por los profesionales psicólogos y trabajadores sociales, no siempre reflejan la realidad de la persona evaluada o de la situación en el contexto del expediente. Falta una

mayor información relativa a las consecuencias de la permanencia de un niño, niña o adolescente que pone en riesgo los derechos humanos y en especial, su condición de vulnerabilidad (salud, educación, recreación, lazos familiares).

Por tanto, quedan las recomendaciones finales que todo proceso en la que participen niños, niñas y adolescentes, deberán tenerse en cuenta su "interés superior", garantizadas por medio de la Constitución Nacional, Tratados de Derechos Humanos, Convenios ratificados y leyes, que conllevan a la obligación del Estado en su rol ineludible e indelegable, cual es, la "Protección Integral".

Agradezco la oportunidad y me despido con una frase de María Montessori: "Los secretos del alma"

"Tocar al niño es tocar el punto más delicado y vital, donde todo puede decidirse y renovarse, donde todo está lleno de vida, donde se hallan encerrados los secretos del alma, por ahí se elabora la educación del hombre del mañana."

## Referencias Bibliográficas

Prof. Dr. Silvio Manuel Rodríguez "Aspectos procesales del otorgamiento de la Guarda a la luz de la ley de Adopciones". Gaceta Judicial - Asunción

Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa "Manual de Derecho de la Niñez y la Adolescencia. (3°ed). Gráfica Universidad del Pacífico - Asunción.

Trabajo de tesis: "La guarda y el impacto del tiempo en la seguridad jurídica del niño, niña y adolescente en las causas finiquitadas en los juzgados de la niñez y la adolescencia de la capital, cohorte 2013-2015". Autoras: Alba Arriola – Victoria Zapata

## "ASPECTOS JURÍDICOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA EDUCACIÓN INFANTIL DIRIGIDA A NIÑOS DE 3 A 5 AÑOS EN EL DISTRITO DE BARRANQUILLA"

### **AUTORES:**

Melany Maria Donado Oyola Blas Eduardo González Gutiérrez María Luisa Pertuz Gil

#### Resumen.

A continuación se presentan resultados parciales de un proyecto de investigación en el que se analiza el marco normativo y las políticas públicas nacionales desarrolladas por el Estado colombiano, dirigidas a la primera infancia en edad preescolar, así como la implementación en el distrito de Barranquilla de políticas, programas o proyectos orientados a la prestación del servicio de educación infantil, con el que se pretende construir, proponer temas de reflexión y aportar materia de discusión académica, a partir de la evaluación de las mismas.

### Fundamentación de la Ponencia.

La educación es un derecho de vital importancia para el ser humano por ser un instrumento que permite el desarrollo armónico de sus facultades como persona. Para el caso de los niños y niñas, el artículo 44 de la Carta Política, establece una especial protección a favor de sus derechos fundamentales y consagra entre éstos el derecho a la educación considerando que prevalecen sobre los de los demás.

Es, precisamente la primera infancia (que comprende de los 0 a los 6 años de edad) una etapa completamente favorable para recibir una educación adecuada, puesto que en ella se asientan las bases para las funciones cerebrales superiores, como la memoria, el razonamiento lógico, el lenguaje, entre otras. Por eso es crucial que en dicho periodo estas habilidades puedan ser aprendidas y estimuladas, construyendo una identidad positiva para las etapas futuras del desarrollo (Campo, 2001).

Colombia enfrenta actualmente grandes desafíos para mejorar la calidad y cobertura de su sistema de educación, sin embargo, a pesar de las diferentes políticas públicas e inversiones dirigidas a este respecto en los últimos años, ¿Ha descuidado el Estado

colombiano el sector de la educación infantil? ¿En la actualidad hay escasas instituciones públicas que brinden educación preescolar? y ¿Éstas a su vez prestan un servicio a la altura de las exigencias y necesidades para que los niños y niñas puedan desarrollarse integralmente, como lo establece la ley?

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-008 del 2016, a través del M.P: Alberto Rojas Ríos, ha señalado que "(...) el derecho fundamental a la educación de los menores de 18 años cobra trascendencia en atención al principio del interés superior del niño, el cual debe responder a sus necesidades. El Estado tiene la obligación de determinar las medidas pertinentes para la prestación del servicio, las cuales, deben atender al interés de niños, niñas y adolescentes sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad, no sólo como sujetos de protección especial sino como plenos sujetos de derecho."

En este orden de ideas, se hace necesaria la revisión del marco legal internacional, nacional y la Jurisprudencia Constitucional, respecto del derecho fundamental de los niños y niñas a la educación, así como las políticas públicas desarrolladas por el Estado orientadas al fortalecimiento de la educación integral de la primera infancia en nivel preescolar, conjuntamente con los programas de acción pública implementados en el distrito de Barranquilla dirigidos a la prestación del servicio de educación infantil, a fin de determinar la ejecución eficaz de las mismas.

#### Avances teóricos.

### a. Marco Legal

La Constitución Política de 1991 fue sin duda un hecho importante para el reconocimiento de la de los derechos de la infancia como fundamentales, desde entonces los niños y niñas fueron considerados como sujetos de derechos y de especial protección constitucional. En el artículo 44 el constituyente consagra que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los de los demás. En este mismo artículo se evidencia la estipulación del derecho que tienen los niños y niñas a la educación y lo eleva a la categoría de fundamental.

La educación es reconocida en el artículo 67 de la Carta de 1991 como un derecho y un servicio público con función social cuyo fin es el acceso al conocimiento, a la ciencia, y a

los demás bienes y valores de la cultura. Es la educación un factor esencial para el desarrollo humano, social y económico de la persona y por supuesto, una herramienta para la construcción de paz de nuestra sociedad. Su carácter prestacional supone para el Estado la obligación de desarrollar actividades continuas y dirigidas a su satisfacción pública, de manera directa o delegada bajo la regulación, control y vigilancia del mismo. Según la doctrina nacional e internacional, la educación en todas sus formas y en todos los niveles comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional: la asequibilidad, la accesibilidad, la adaptabilidad y la aceptabilidad. En cuanto a la característica de la accesibilidad en la sentencia T-1030 de 2016 con ponencia del Magistrado Marco Monroy Cabra la define de la siguiente manera: (...) la accesibilidad, implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema eludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico.

Teniendo en cuenta este criterio descrito, la Constitución dispone en el inciso tercero del artículo 67 superior que la educación será obligatoria y gratuita entre los cinco y quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. Por lo que el Estado debe orientar prioritariamente sus políticas a la cobertura de la educación del grupo poblacional descrito en éste, a fin de cumplir con la obligación constitucional.

Tal postulado ha sido objeto de varias inquietudes, como por ejemplo ¿Desde qué edad es obligatoria la educación? y ¿Cuáles son los grados de educación que el Estado está obligado garantizar?, La Corte Constitucional ha dado respuesta a estos cuestionamientos en sentencias que presentaron casos similares, a partir de que la resolución 1515 del 2003 fuera derogada expresamente en el 2006 por la Resolución 5360, por medio de la cual el Ministerio de Educación Nacional (MEN) instruye a las entidades territoriales verificar que la edad mínima para ingresar al grado de transición (grado obligatorio) sea de cinco años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar, con el fin de que los recursos destinados para tal fin sean invertidos en la población infantil que la Constitución determinan. Por lo que cuando las entidades territoriales empezaron a dar cumplimiento a dichas disposiciones, los niños y niñas de tres y cuatro años se vieron afectados al no seguir recibiendo el servicio de educación preescolar.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-755 de 2008, con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo, reitera la jurisprudencia manejada en estos casos similares diciendo que: (...) Una interpretación armónica del artículo 67 de la Carta, con el artículo 44 y con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado Colombiano en la materia, esta Corte ha concluido que la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años. (...) porque según el principio de interpretación pro infans —contenido también en el artículo 44-, debe optarse por la interpretación de las disposiciones que menos perjudique el derecho a la educación de los niños.

En este orden de ideas, La Corte ha precisado que la edad señalada en el artículo 67 de la Constitución, interpretado a la luz del artículo 44, es sólo un criterio establecido por el constituyente para delimitar una cierta población objeto de un interés especial por parte del Estado. (...) Finalmente, determinó que las edades fijadas en la norma aludida no pueden tomarse como criterios excluyentes sino inclusivos.

Resolviendo el cuestionamiento sobre cuáles son los grados de instrucción que el Estado está obligado a garantizar en esta sentencia se manifiesta lo siguiente: Los grados previstos en el inciso 3º del artículo 67 de la Carta constituyen el contenido mínimo del derecho que el Estado debe garantizar, y que como se trata de un contenido mínimo, el Estado debe ampliarlo progresivamente, es decir, debe extender la cobertura del sistema educativo a nuevos grados de preescolar, secundaria y educación superior.

Podemos deducir que el Estado debe de manera progresiva ampliar el rango poblacional descrito el artículo 67 hasta lograr revestir el resto de grados escolares. Dentro de la jurisprudencia encontrada, en la sentencia C-507 del 2008 con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, se examinó sobre el principio de progresividad derivado de los derechos Económicos, Sociales y Culturales como la educación: La Constitución admite que la satisfacción plena de los derechos sociales exige una inversión considerable de recursos públicos con los cuales el Estado no cuenta de manera inmediata. Por ello, dada la escasez de recursos, la satisfacción de los derechos sociales está sometida a una cierta gradualidad progresiva, (...) la obligación del Estado en materia de derechos sociales, es la de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos posibles, para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos.

Vale aclarar, como se hizo en esta sentencia, que el principio progresividad de los derechos sociales no se puede ver como justificación para la inactividad del Estado, pues éste implica la obligación de actuar lo más eficazmente posible a fin de ampliar la satisfacción de los mismos.

Ahora bien, en el año 2006 Colombia asume un papel activo frente a la infancia con la expedición la ley 1098 (Código de Infancia y Adolescencia) el cual se consagran principios como el interés superior del niño, que exige la obligación correlativa del Estado de generar políticas orientadas a su desarrollo integral para asegurar prelación de sus derechos.

Respecto a la educación preescolar, cuenta con tres niveles de formación: Prejardín, dirigido a la atención de niños y niñas de tres (3) años de edad, Jardín, de cuatro (4) años y Transición también denominado grado cero, dirigido a educandos de cinco (5) años y que corresponde al grado obligatorio constitucional.

Por otra parte, la ampliación de la atención se regula en el artículo 18 de la Ley 115 de 1994 que dice: "Artículo 18: El nivel de educación preescolar de tres grados se generalizará en instituciones educativas del Estado o en las instituciones que establezcan programas para la prestación de este servicio, de acuerdo con la programación que determinen las entidades territoriales en sus respectivos planes de desarrollo.

Para tal efecto se tendrá en cuenta que la ampliación de la educación preescolar debe ser gradual a partir del cubrimiento del ochenta por ciento (80%) del grado obligatorio de preescolar establecido por la Constitución y al menos del ochenta por ciento (80%) de la educación básica para la población entre seis (6) y quince (15) años".

Respecto a la Dirección de la Primera Infancia, a nivel Nacional se encuentra el MEN el cual traza los lineamientos para la prestación del servicio educativo. Que a su vez le otorga las equivalentes potestades al viceministerio de Preescolar, Básica y Media, encargado de fomentar las políticas públicas necesarias para brindar la atención de los niños y niñas con el acompañamiento de las entidades territoriales (MEN, 2009). Junto con la Comisión Intersectorial de Primera Infancia, creado como un espacio institucional para la coordinación de acciones encaminadas a establecer e implementar un modelo para la estrategia de atención integral de la primera infancia y el ICBF, entidad responsable de la protección y el bienestar de la niñez.

Según el artículo 7 numeral 1 de la ley 715 del 2001, las entidades encargadas de la prestación del servicio de educación preescolar corresponden a los municipios y distritos o,

en su defecto, a los departamentos tratándose de municipios no certificados, teniendo en cuenta a la participación de educación del Sistema General de Participaciones y a los recursos propios que la respectiva entidad territorial destine para el efecto.

En el distrito de Barranquilla se encarga de la prestación de este servicio: la Alcaldía Distrital, la Secretaria de Educación, que se ocupa del grado obligatorio de preescolar (Transición), la Secretaria de Gestión Social la cual gestiona la educación inicial de la primera infancia, en articulación con el ICBF Regional Atlántico.

## b. Políticas Públicas Nacionales y Distritales.

La implementación de políticas públicas dirigidas a la primera infancia a nivel nacional empieza a ocupar un espacio en la agenda pública a partir de lo ordenado por el documento Conpes 109 del 2007 (Colombia Por La Primera Infancia), inicialmente con el Programa de Atención Integral a la Primera Infancia y luego, con la estrategia "De Cero a Siempre". En el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, "Prosperidad para Todos" define la estrategia De Cero a Siempre como un conjunto de acciones planificadas de carácter nacional y territorial que busca garantizar el desarrollo infantil de niñas y niños de primera infancia de 0 a 6 años, empezando por quienes se encuentran en mayor condición de vulneración y de pobreza, pero con el compromiso de avanzar progresivamente hacia la universalización de la atención. (CIPI, 2012).

En el actual Plan de Desarrollo "Todos por un nuevo país 2014 – 2018" se continuó con la estrategia "De Cero a Siempre". Y a su vez se incluyó en el artículo 52 la educación inicial como un servicio obligatorio en el marco de la Atención Integral (DNP, 2014) y a través de la Ley 1804 de 2016 se establece como política de Estado dicha estrategia. Se entiende entonces que, al organizar institucionalmente la educación preescolar en tres grados, los dos primeros que corresponden a una etapa previa a la escolarización obligatoria, harían parte de la educación inicial de la primera infancia (Urango, 2016).

No obstante, en Colombia, no está tan clara la aplicación de la educación inicial y la educación preescolar. Para efectos de la presente investigación, es importante mostrar la delimitación conceptual: La Educación Inicial, no tiene como finalidad enseñar contenidos temáticos de la manera en que se hace en la básica primaria, o tratar al niño como alumno en situación escolar, sino desplegar diferentes oportunidades para potenciar su desarrollo de acuerdo con sus características, aprender desde las preguntas e intereses

que surgen en su vida cotidiana y valorar sus saberes, así como sus formas de ser y estar en el mundo, entre otros. La Educación Preescolar son las prácticas pedagógicas que se concentran en el aprestamiento o el desarrollo de habilidades y conocimientos básicos que permiten a niñas y niños prepararse, acomodarse y ajustarse a los requerimientos de la educación formal.

Por lo que la Educación Inicial se aleja del trabajo con conocimientos disciplinares y áreas escolares abarcando entonces, una idea más amplia que la educación tal y como está referida comúnmente en el contexto escolar, donde se tiende a hacerse énfasis en los aspectos cognitivos, teniendo en cuenta que la educación inicial está enmarcada en la atención integral y por lo tanto se atiende desde el momento de la gestación a la mujer embarazada, pasando por etapas como la lactancia, la orientación familiar para obtener un vínculo efectivo con el niño entre otros procesos de la primera infancia hasta llegar al de escolaridad formal, de modo que no se trata de un servicio escolarizado (Urango, 2016).

En Colombia la estrategia de Cero a Siempre se enfatiza en la educación inicial, siendo éste el principal servicio prestado al niño menor de 5 años en materia de educación y en consecuencia la educación preescolar, es mayormente suministrada por el sector privado. Teniendo en cuenta lo anterior se hace pertinente examinar si es suficiente la educación inicial en materia pedagógica para el adecuado desarrollo cognitivo de la etapa más importante de aprendizaje del ser humano.

El programa de atención integral a la primera infancia cuenta con 3 tipos de modalidades: la comunitaria, la familiar y la institucional. En la modalidad comunitaria se realiza intervención interdisciplinaria en 1.400 Hogares comunitarios en áreas de atención específicas como la educación inicial. La modalidad familiar es dirigida a madres gestantes, lactantes, niños y niñas de 0 a 2 años. Por último, se encuentra la modalidad institucional, dirigida a niños y niñas de 3 a 5 años de edad.

La presente investigación se enfocará el estudio de la modalidad institucional y comunitaria. La primera se lleva a cabo en los Centros de Desarrollo infantil (CDI), consisten en: [...] un espacio institucional especializado que garantiza una atención con calidad, a través de la prestación de un servicio de educación inicial, cuidado idóneo, donde se brindan los componentes de atención: familia, salud y nutrición, pedagógico, talento humano y ambientes educativos; originando una atención integral en donde se adelantan acciones y gestiones para amparar los derechos de salud, protección y la

participación de los niños y las niñas. Está definido como una prestación adicional a las responsabilidades de las familias y la comunidad y se proporciona de forma gratuita (ICBF, s.f).

En la modalidad institucional también se encuentran los Hogares Infantiles (HI) que responden al desarrollo integral de los niños y niñas entre los 6 meses y 5 años y 11 meses; busca respaldar a sus familias en la asistencia y protección de estos. El programa asiste a niños y niñas pertenecientes a familias en condiciones de vulnerabilidad económica, social y psicoafectiva. En la prestación del servicio, se le da prevalencia a niños y niñas con padres que se ausentan del hogar durante el día, por motivos de trabajo o estudio (ICBF, 2014).

En la modalidad comunitaria encontramos los Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB) son centros de cuidado infantil diseñados para la atención de niños menores de 6 años pertenecientes a familias en pobreza o que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad (ICBF, 2014) para atender las necesidades básicas de cuidado, nutrición, protección, salud, educación y desarrollo psicosocial de los niños y niñas. Atienden entre 12 y 14 niños, a cargo de una madre escogida por los miembros del ICBF conocida como la madre comunitaria (MC), quien se encarga de los niños en su propio hogar.

En cuanto a las políticas educativas del distrito de Barranquilla, el presente proyecto se enfocará desde el año 2012 hasta el 2018. Fue a partir de este periodo que la secretaría de gestión social asumió el cargo de la población vinculada a los programas de primera infancia.

Para poder apreciar la situación real de la educación infantil se necesita evaluar la implementación de las políticas de educación dirigidas a este sector. Con éste fin se hace indispensable diseñar un instrumento de medición que nos permita recolectar información de los contextos educativos (CDI, HI y HCB) y triangular si lo revisado cumple a cabalidad con los programas y proyectos establecidos en el distrito, para determinar qué tan idónea es la atención brindada y si se distancia de una pedagogía que respete sus ritmos de aprendizaje, que ayude a los niños a establecer relaciones con los demás, con su entorno y consigo mismo o si por el contrario no se hace necesaria la escolarización ni la formalidad para tener educación infantil de calidad.

**Propuestas** 

I. Evidenciar cuales son las debilidades jurídicas y políticas tanto nacionales como distritales, y las inconsistencias que se presentan en la atención de la educación infantil. Lo anterior se logrará, con la revisión de los indicadores de evaluaciones del distrito que realizan de forma periódica y luego comparar esa información con la de un trabajo de campo que permita determinar cómo es la realidad y cuáles son las incongruencias en el marco del interés superior del niño y de una educación infantil que permita su desarrollo integral y el respeto frente a sus gustos, ritmos de aprendizaje, autonomía y aprovechamiento de la plasticidad cerebral. Se ha diseñado el siguiente instrumento de medición de calidad:



- II. Establecer los miveres de preescolar pre jardín y jardín como grados obligatorios de la educación formal, siendo estos prerrequisitos para ingresar al grado de transición, con el fin de incentivar: 1. El interés por parte del Estado para que amplié la cobertura y la calidad brindada de este sector de la educación. 2. La asistencia de los niños y niñas inscritos en los CDI, HI y HCB, y promover el interés de los padres de familia para que sus hijos accedan a una educación inicial y preescolar.
- III. Sensibilizar e instruir a la sociedad, a la comunidad, a las universidades y a los mismos niños y niñas respecto de los principios constitucionales y universales que garantizan su desarrollo integral de forma prevalente así como también la importancia de la educación infantil y como se ha venido implementando las políticas educativas dirigidas a la primera infancia en el distrito de Barranquilla.



## **CONCLUSIONES**

COMISIÓN Nº 1: Políticas públicas, legislativas y judiciales relativas a los derechos humanos de niños, niñas, adolescentes y jóvenes y el crimen organizado

### Se recomienda:

- 1- Que se solicite a las Universidades crear en el ámbito que corresponda una consultoría jurídica respecto de los derechos de niños niñas y adolescentes especialmente orientado al derecho a la identidad
- **2-** Que el sistema de Protección Integral de Derechos, refuerce programas y acciones en miras a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración
- 3- Que se priorice la respuesta de prisión domiciliaria a las mujeres con hijos atendiendo al interés superior y el bienestar del niño o la niña según lo establece la legislación internacional vigente
- 4- Considerar como una variable importante para la toma de decisiones respecto de los niños y niñas víctimas y testigos de la violencia de género, las consecuencias que tiene esta situación en cuanto a su persona.
- 5- Articular en las instituciones una atención personalizada a través de programas que inserten a los progenitores de los y las adolecentes infractoras a fin de que puedan contenerlas/os de manera más eficaz para evitar la reiterancia de hechos y la protección integral de las/os

- 6- Abordar la prevención de las situaciones problemáticas socio jurídicas en las que están involucradas la niñez y la adolescencia
- 7- Definir Instrumentos para acceder a la justicia, sugiriéndose en caso de del Abuso sexual creación de proponiendo un Protocolo Interinstitucional, Interdisciplinario e Intersectorial, apoyada en dos pilares: La capacitación y el monitoreo del estricto cumplimiento de la normativa

## **Particularmente:**

- **Colombia** propone que en su país se implementen políticas publicas educativas que incluyan a la primera infancia desde los o a 5 años .
- **Paraguay** donde la guarda esta relacionada con el criadazgo, los procesos para la protección integral del niño, niña y adolescente privado del entorno familiar, tengan mayor rigor en la planificación, ejecución y controles interinstitucionales, de manera de evitar la indefinición que genera la guarda, para asegurar el acceso a figuras legales mas definitivas como la adopción o el reintegro a la familia.

# **COMISION II**



Encarnación - 2018

## "HIJO/AS AFINES: DERECHOS Y DEBERES ALIMENTARIOS EN EL MARCO DE LA DOCTRINA DE LA SOCIOAFECTIVIDAD"

Autoras: Sanz, Mónica Edit - Ferrari, Viviana Andrea

### **RESUMEN**

La incorporación de la figura legal del/la progenitor/a afín en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, se enmarca en el paradigma del reconocimiento de los distintos modelos familiares actuales.

Su regulación contiene derechos y obligaciones durante la vida en común de convivientes y/o matrimonios con hijos de otras relaciones anteriores, así como con posterioridad a la disolución del vínculo o la ruptura de la convivencia.

En este trabajo haremos foco en la pertinencia, o no, del reclamo alimentario del hijo/a afín mayor de edad (entre los 18 y 21 años) luego de producida la ruptura del matrimonio.

Nuestra hipótesis es que dicho reclamo es pertinente, para lo cual analizaremos distintos argumentos jurídicos y fácticos que la dan sustento a dicha afirmación.

### Introducción

Nuestra elección de la temática que analizaremos tuvo como origen la inquietud surgida a partir de un expediente judicial en el cual una cónyuge por su propio derecho promovió una demanda de alimentos para sí, con sustento en el artículo la art. 432 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, y conjuntamente, en representación de su hijo, alimentos para él, según lo prescripto por el art. 676 del mismo cuerpo legal. Durante el transcurso del proceso comentado, el adolescente -hijo afín-, adquirió la mayoría de edad y con dicho basamento se denegó la pretensión.

Consideramos que la asistencia alimentaria, post disolución de la convivencia o vínculo conyugal, con relación al hijo mayor de 18 años y hasta los 21 años, resultaría viable de aplicación jurisprudencial en la actualidad, sin perjuicio de que

en un futuro pudiera incluirse el rango etario mencionado expresamente en el texto legal.

Cabe aclarar que la situación familiar del caso judicial aludido, tiene un grado de complejidad tal, que dio origen a diversas pretensiones judiciales conexas. Advertir ello resulta relevante, toda vez que, en nuestra opinión, sólo a través de una mirada integradora, será posible visibilizar cabalmente la conflictiva familiar y arribar a una decisión respecto de la viabilidad de un reclamo alimentario de esta naturaleza.

Entendemos que, tal como se encuentra legislado actualmente, no resultaría adecuada una reforma legal que habilite fórmulas generales para la procedencia del reclamo alimentario a todo progenitor afín por el sólo hecho de haberlo sido, sino que la excepcionalidad se mantenga, en los dos rangos etarios (de 13 a 18 años y de 18 a 21 años), siempre que se verifiquen los requisitos de su admisibilidad (que el cambio de situación haya causado un grave daño y el cónyuge o conviviente haya asumido durante la vida en común el sustento del hijo del otro), manteniéndose de este modo, soluciones provenientes de un análisis casuístico jurisprudencial.

Nuestra conclusión, que adelantamos, es que el reclamo resultaría pertinente hoy, por aplicación de normas de jerarquía superior, de raigambre constitucional y convencional, así como de una interpretación integradora del plexo normativo.

## I. Ilustrando un caso judicial que actuó como disparador<sup>16</sup>

El caso que comentamos tiene como protagonistas a una pareja que contrajo matrimonio en el año 2010, luego de un año convivencia. En ese momento el grupo familiar estaba conformado por ambos cónyuges (a quienes llamaremos Sr. L. y Sra. S.) y el hijo de la accionante (W.), nacido de una relación anterior sin filiación paterna.

Con el devenir del tiempo, se produjo el nacimiento de la hija de ambos cónyuges en el año 2013 (M.), quien nació en forma prematura y fue diagnosticada con

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup>"M., S. N. c/ L., J. S. s/ Alimentos", Expte. Nro. 667/17, Juzgado de Familia Nro. 2, Circunscripción Judicial del Sur, Provincia de Chubut, Argentina.

hidrocefalia. En ese mismo año (2013) el Sr. L. inició un trámite de guarda judicial del hijo de la actora.<sup>17</sup>

La convivencia matrimonial se mantuvo hasta el año 2017, resultando la separación producto de una exclusión del hogar acaecida en virtud de una denuncia de violencia familiar y de género, promovida por la cónyuge<sup>18</sup>.

En vigencia de las medidas protectorias se produjo el deceso de la niña M., atravesando la señora S. un estado de profunda depresión. En este contexto, el señor L. regresó a la casa, pero a poco de ello se instaló nuevamente el ciclo violento, e intempestivamente, el demandado dejó arbitrariamente de abonar el alquiler, los impuestos y la cuota alimentaria, aduciendo que el fallecimiento de su hija lo eximía de responsabilidad alguna con relación a la asistencia alimentaria del restante grupo familiar.

Así, la señora S. tuvo que vender pertenecías personales para pagar el alquiler del mes en curso, y al mes siguiente, ante la carencia de ingresos debió hacer entrega de la vivienda a su propietaria, solicitando cobijo en la casa de una amiga, mientras que el joven W. debió hacerlo en la casa de un amigo, ante la falta de espacio y comodidades para que ambos permanecieran juntos.

La Sra. S. inició la demanda de alimentos, que será el eje del comentario; en tanto paralelamente el Sr. L. inició una demanda de divorcio<sup>19</sup>, solicitó el cese de la guarda judicial del adolescente W. y el rechazo de la pretensión alimentaria de ambos.

Así las cosas, durante la tramitación del proceso alimentario se produjo judicialmente el cese de guarda del joven. Mientras tanto en los alimentos, se fijó una suma de dinero correspondiente a alimentos provisorios, la que fue apelada. La Excma. Cámara de Apelaciones, concedió parcialmente el recurso y disminuyó la cuota provisoria, pues sólo la mantuvo para la cónyuge y no así para el hijo afín, quien dos días antes de que se dictara la sentencia había cumplido 18 años.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup>"Asesoría de Familia (M.) s/ guarda judicial", Expte. 358/2013, Juzgado de Familia Nº 2, Circunscripción Judicial del Sur, Provincia de Chubut, Argentina.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup>"M., S. N. c/ L., J. L. s/ Violencia Familiar", Expte 367/2017, Juzgado de Familia N° 3, Circunscripción Judicial del Sur, Provincia de Chubut, Argentina.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> "L., J. L.- M. S. N. S/ divorcio", Expte. 443/2017, Juzgado de Familia Nº 2, Circunscripción Judicial del Sur, Provincia de Chubut, Argentina.

¿Cuáles fueron los fundamentos de la Cámara? 1. Diferenció las dos situaciones: la de la madre por un lado, y por el otro el del hijo afín. 2. Reconoció la regla de solidaridad familiar y el carácter subsidiario de la cuota alimentaria. 3. Especificó que se puede reclamar el cumplimiento de dicha cuota cuando los progenitores biológicos no puedan cumplir con esta prestación. 4. Con respecto al quantum de los alimentos sostuvo que no son iguales los que rigen durante la convivencia que cuando cesa la unión. En el primer caso, consideró que se trata de alimentos regulares, y en cambio cuando cesa la convivencia, constituye una cuota asistencial. 5. Aclaró además que existe un límite temporal del deber alimentario del progenitor afín cuando cesa la convivencia, y es que llega a su fin cuando el beneficiario alcanza los dieciocho años.

## II. La figura del /la progenitor/a afín en la legislación civil argentina, en la Doctrina y en la Jurisprudencia: Análisis crítico. Reflexiones.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante CCyCN) define el/a progenitor/a afín en su art. 672 como "el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente".

Dicho concepto legal ha sido incorporado mediante la reforma del Código Civil Argentino en el año 2014, en el marco de la denominada "constitucionalización del derecho privado", que en la temática que nos convoca aquí, se trasluce en una visión pluralista que reconoce diversos proyectos de vida, y una noción amplia y compresiva de "las familias", fundadas en su democratización y en la solidaridad familiar.

En ese contexto, uno de esos modelos actuales resulta ser el de las familias ensambladas.<sup>20</sup> Efectivamente, la vida en común puede originar lazos afectivos

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup>GROSMAN, Cecilia, "Derechos y Deberes de los progenitores afines", Cap. 7, Tomo IV, p. 220. En: Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Dir. Kemelmajer de Carlucci, A., y otras, Rubinzal Culzoni Ed., Bs.As., 2014.- Para la autora son aquellas: "originadas en el matrimonio o unión convivencial de una pareja, cuando uno o ambos integrantes tienen hijos nacidos de una unión anterior, con o sin hijos comunes"

profundos, llegando a conformar la identidad en su faz dinámica<sup>21</sup>, y exige su preservación, resaltándose de tal modo los vínculos socio-afectivos.<sup>22</sup>

Ahora bien, entrando concretamente al análisis de la figura legal en estudio, es de relevancia clarificar que si bien la unión convivencial no da lugar al parentesco por afinidad (que establece lazos de parentesco derivados del matrimonio con los parientes consanguíneos del cónyuge, art. 538 del CCyCN), se ha extendido la "designación" al **conviviente** del progenitor, por la similar función que cumple en estas familias. Se ha acudido a la noción "afín" con un sentido más amplio, aunque no se configure técnicamente un lazo de parentesco por afinidad.<sup>23</sup>

Consideramos meritoria la extensión a los lazos convivenciales, en la comprensión de que la figura legal analizada ancla en la socioafectividad, así como en la voluntad de asumir funciones parentales colaborativas y complementarias.

Con respecto a los **deberes del/a progenitor/a afín,** el art. 673 del CCyCN alude a "colaboración", sin excluir los derechos y deberes de los progenitores principales, responsables de los hijos, por lo tanto para la norma en cuestión, existe una **función complementaria.** 

Sin embargo la complementariedad durante la convivencia se traduce en algunas ocasiones en una obligación primaria. Así, Grosman (Op. cit. 273), señala que: "Resulta dudosa la efectividad de la subsidiariedad en la medida en que la mayoría de los casos el progenitor afín convive con el hijo de su cónyuge o conviviente y cotidianamente aporta para el sustento de estos niños o adolescentes, ya que entre todos integran una familia, por lo que su obligación subsidiaria se tornaría primaria."

Consideramos incluso, que según el caso, habría que continuar evaluando la cuestión de la función principal y complementaria, más allá de lo anteriormente expuesto, en situaciones en las que el progenitor biológico o

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Por identidad dinámica se alude al patrimonio ideológico, cultural y vital de la personalidad que se trasunta en el exterior, por oposición a la identidad estática, que hace referencia al orden biológico, al nombre, a la imagen, y a la identificación.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> GROSMAN y HERRERA, "Relaciones de hecho en las familias ensambladas", RDF Nº 46, Julio/Agosto 2010, Abeledo Perrot, Bs. As., ps. 80 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup>GROSMAN, Cecilia Op. Cit. con cita en: MOLINA DE JUAN, M. F. El parentesco en el Anteproyecto de Código Civil, en J.A. 2012-II-47, Número Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto del Código Civil.

adoptivo se han desentendido por completo de sus obligaciones por extensos períodos de tiempo. Por ejemplo: años sin comunicación con sus hijos, sin ejercicio de sus cuidados, sin abonar una cuota alimentaria, y dichas funciones han sido ejercidas por el progenitor afín. En tales casos correspondería, asimismo, evaluarse – en relación al hijo/ afin-quién debiera asumir la toma de decisiones.

Focalizándonos en la **cuestión alimentaria**, el principal fundamento que la origina, durante la convivencia, reside en el **principio de solidaridad familiar.** El artículo 676 del CCyCN, dispone expresamente el **carácter subsidiario** de la obligación del progenitor/a afín.

Sobre este aspecto, se han realizado algunas precisiones: En primer lugar, que dicho carácter sólo tiene vigencia a falta de parientes consanguíneos o cuando éstos no tienen recursos.<sup>24</sup> El progenitor afín se sitúa en grado posterior a la de los parientes consanguíneos en línea recta; es decir en primer término, se encuentran progenitores y abuelos. Sin embargo, pensamos que la limitación a la consanguinidad es incompleta, ya que existen otros obligados como los parientes adoptivos (el art. 535 regula el parentesco por adopción).<sup>25</sup>

En segundo lugar, se ha sostenido<sup>26</sup>, que la fuente legal de derivación de los alimentos es independiente de la clásica división de fuentes, es decir no puede asimilarse al progenitor afín ni con el padre (fuente responsabilidad parental) ni con el vínculo de parentesco (ya que el progenitor afín no debe confundirse con el vínculo generado por el parentesco por afinidad). Por lo tanto, conforme Millán (Op.cit.) ha surgido una nueva fuente obligacional en materia de alimentos: la del progenitor afín, con supuestos de procedencia, extensión y vigencia diversa de todas las otras fuentes de obligación alimentaria anteriormente conocidas, basada en el vínculo filial.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Grosman (Op. cit., p. 272)

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Los deberes alimentarios entre parientes están regulados en el art. 537 (orden de alimentos), art. 538 (los alimentos entre parientes afines, o sea los debidos en línea recta en primer grado) y art. 535 (por adopción).

MILLAN, Fernando, "El progenitor y su obligación alimentaria en el nuevo Código Civil y Comercial", Suplemento Especial CCyCN Ed. RIUS, a/12/2014.

Producido el cese, el artículo citado expresa: "...Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un daño grave al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia."

Centrándonos en el requisito de procedencia del grave daño que se produciría si quien ha sido sostén del hogar deja automáticamente de cubrir los gastos cotidianos, Grosman (Op. cit.) destaca que el mismo se funda en "la repentinidad en que ello sucede".

En el contexto que hemos explicado anteriormente, ha quedado expuesta la importancia que reviste la función del progenitor/a afín, tanto durante la convivencia o después del cese de la misma.

Frente a tal importancia de la figura legal, nos preguntamos: ¿cuáles son las consecuencias disvaliosas que podría tener la ruptura de la pareja y su desintegración para un/a hijo/a afín luego de haber convivido con quien durante cierto período de tiempo generó con él/ella un lazo y vínculo afectivo, incidió en su identidad dinámica, y se responsabilizó de los cuidados de ese niño/a? ¿dada la ruptura de la pareja, la falta de asistencia y abandono del hijo /a afín en lo sucesivo (comunicación, afecto, alimentación, entre otras) afecta la identidad del hijo/a afín en cuestión?

Hemos reflexionado que, ante todos estos interrogantes, las respuestas variarán de acuerdo a cada caso y situación particular, dependiendo de la modalidad relacional de progenitores y progenitor afín. La labor de los jueces, pensamos resultará ardua, pues dependerá de ellos, realizar un análisis pormenorizado de todos los aspectos comprende el contexto familiar del que se trate.

Otra cuestión a reflexionar, la que nos propusimos como central para debatir al inicio de este trabajo, se relaciona con el **límite temporal de la obligación alimentaria del progenitor afín**, límite que sólo se extiende hoy hasta los 18 años.

¿Sería posible extender esta edad a los 21 años como en el caso de la obligación alimentaria del progenitor biológico o adoptivo? (art. 658).

Consideramos que sí. Sin embargo cabe aclarar que, si bien compartimos la visión de Millán respecto de que la fuente de la obligación alimentaria del progenitor afín no encuadraría ni en la responsabilidad parental ni en el parentesco, y que se trata de una fuente nueva basada en el vínculo filial; consideramos que aquella encontraría fundamento en una "responsabilidad parental complementaria", descartando como fuente el parentesco, lo cual continúa poniendo en un pie de igualdad tanto a los hijos afines provenientes de uniones matrimoniales como los de uniones convivenciales.

De hecho, la figura que analizamos se encuentra incorporada en el Título VII "Responsabilidad Parental", Capítulo 7 "Deberes y Derechos de los progenitores e hijos afines".

Claro está, que cada situación deberá ser analizada integralmente para poder determinar su procedencia, su cuantía y su extensión, porque cada realidad tiene matices propios; y quizás en alguna de ellas los jueces entiendan no prospere el reclamo.

Conforme lo que venimos sosteniendo, cabe efectuar algunas consideraciones acerca de los fundamentos de la sentencia de Cámara citada en el acápite I.2) de esta ponencia:

En primer lugar, nos preguntamos ¿resultó pertinente el cese de la cuota alimentaria provisoria dispuesta en primera instancia con fundamento en haber alcanzado el hijo afín días antes la mayoría de edad? Consideramos que no. En este caso se tuvo en cuenta únicamente el cumplimiento de la edad legal – límite temporal- que exige la normativa (18 años) para denegar un derecho humano básico.

No se tuvieron en consideración los antecedentes familiares, el contexto de la historia familiar, el grave daño producido al joven por la tempestividad de la ruptura, la vulneración de derechos humanos básicos por ejemplo a la vivienda, la ausencia de un progenitor principal obligado a la asistencia alimentaria, y la existencia de otros parientes obligados por el desarraigo (no eran oriundos madre

e hijo de la zona donde tramitó la causa), el rol central que ocupó el progenitor afín en la vida del joven y la familia (fue sostén del hogar), la discriminación a la que fue expuesto con posterioridad al fallecimiento de su hermana, la violencia económica hacia el grupo familiar.

Todo lo expuesto, no resulta una nimiedad, pues, conforme los arts. 1, 2, 3 del CCyCN los/as jueces/as están obligados a dictar sentencias fundadas, de acuerdo a lo previsto en las Leyes, Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, realizando una interpretación, que tenga en cuenta la finalidad de la ley, sus palabras, finalidades, leyes análogas, disposiciones de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los principios y valores jurídicos, todo ello, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En segundo lugar, nos preguntamos ¿cabría extender dicha obligación a los 21 años conforme la aplicación analógica de la extensión alimentaria (con su salvedad de que el hijo cuente con recursos propios) en el caso de lo previsto por el art. 658? Consideramos que sí. Sin embargo, como ya hemos adelantado en el sentido de que no debería, en nuestra opinión, serlo de modo general, sino aplicable a cada caso concreto. Ello en virtud de las consideraciones que efectuamos acerca de la fuente que origina este tipo de obligación alimentaria, es decir: "la responsabilidad parental complementaria", lo que permitiría la aplicación analógica de la extensión que prescribe el artículo, en su segundo párrafo que dispone: "La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los 21 años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismos". (Libro II: "Relaciones de Familia", Cap. 5: "Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos.).

En el caso disparador de nuestra ponencia, por los mismos fundamentos que expusimos en el párrafo anterior, también consideramos la obligación alimentaria podría haberse extendido hasta los 21 años.

Para concluir, criticamos de la sentencia de Cámara, que se haya realizado un análisis recortado de la normativa (art.676), fundando el decisorio únicamente en el cumplimiento de los 18 años por parte del hijo afín, dos días antes de su

dictado, sin haberse tenido en consideración principios básicos, como el de la realidad y el pro homine.

En nuestro entendimiento, un análisis del contexto fáctico que incorpore la doctrina de la "socioafectividad", hubiera permitido una sentencia favorable a la pretensión, en la que un formalismo técnico riguroso no prosperara por sobre la vida misma de las personas.

#### III. Conclusiones

- Consideramos que la asistencia alimentaria, post disolución de la convivencia o vínculo conyugal, con relación al hijo mayor de 18 años y hasta los 21 años, resultaría viable de aplicación jurisprudencial en la actualidad, sin perjuicio de que en un futuro pudiera incluirse el rango etario mencionado expresamente en el texto legal.
- El reclamo resultaría pertinente hoy, por aplicación de normas de jerarquía superior, de raigambre constitucional y convencional, así como de una interpretación integradora del plexo normativo.
- En nuestra opinión, sólo a través de una mirada integradora, será posible visibilizar cabalmente la conflictiva familiar y arribar a una decisión respecto de la viabilidad de un reclamo alimentario de esta naturaleza.
- No resultaría adecuada una reforma legal que habilite fórmulas generales para la procedencia del reclamo alimentario sino que la excepcionalidad se debe verificar en la acreditación de los requisitos de su admisibilidad (cambio de situación que haya causado un grave daño y que el cónyuge o conviviente haya asumido durante la vida en común el sustento del hijo del otro), manteniéndose de este modo, soluciones provenientes de un análisis casuístico jurisprudencial.
- Las respuestas variarán de acuerdo a cada caso y situación particular, dependiendo de la modalidad relacional de progenitores y progenitor afín. La labor de los jueces, pensamos resultará ardua, pues dependerá de ellos, realizar un análisis pormenorizado de todos los aspectos comprende el contexto familiar del que se trate.

- La obligación alimentaria del/la progenitor/ra afín encontraría fundamento en una "responsabilidad parental complementaria".
- Consideramos posible jurisprudencialmente tal como actualmente se encuentra legislada la norma, la aplicación analógica de la extensión que prescribe el artículo 658 del CCyCN, en su segundo párrafo.

# "EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO COMO GARANTÍA MININA DE PROCEDIMIENTO"

"La Ley de Abogado del Niño de la Provincia de Buenos Aires y su colisión con el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina"

Autor: Sandra Patricia Roa, Abogada (Colegio de Abogados de La Matanza)

## "La Ley de Abogado del Niño de la Provincia de Buenos Aires y su colisión con el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina"

## I. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad empoderar la figura del "Abogado del Niño", entendiendo prima facie, que es un derecho y garantía procesal consagrado al colectivo de las personas menores de edad, desde la Convencion de los Derechos del Niño, y de la vasta normativa interna vigente en el Estado Argentino, que ha ido adecuando los principios rectores, derechos y garantías procesales mínimas del instrumento internacional: CDN, que integra el Sistema Universal de Derechos Humanos de ONU.

Empero, a pesar de la adecuación en las normas internas por parte del Estado Argentino a los principios rectores, derechos y garantías mínimas de la CDN, hoy nos encontramos con colisiones o tensiones, entre los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, incorporados a nuestro bloque de constitucionalidad en la última reforma constitucional del año 1994, las normas internas en materia de protección integral de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y el Código Civil y Comercial de la Nación, que entro en vigencia el 1º de Agosto de 2015.

La colisión normativa que nos interesa abordar en este trabajo, es específicamente sobre el derecho y garantía mínima de procedimiento de contar con "asistencia técnica letrada o defensa técnica letrada" consagrado a los NN y A, según lo establecido en la CDN, en el artículo 8º del Pacto de San

José de Costa Rica, Acordada 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "100 Reglas de Brasilia, en el articulo 27 inciso c) de la Ley Nacional Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y en la Ley Nº 14.568 de Creación de la figura del Abogado del Niño en la Provincia de Buenos Aires y su Decreto Reglamentario 62/2015 y lo regulado en el articulo 26 el Código Civil y Comercial de la Nación.

Antes de analizar en profundidad la colisión normativa mencionada en el párrafo anterior, y a los fines de virilizar, naturalizar y aprehender la fundamentación legal de la Ley Nº 14.568 de Creación de la figura del Abogado del Niño en la Provincia de Buenos Aires y su Decreto Reglamentario 62/2015, veremos el recorrido normativo internacional y nacional que dieron lugar a la sanción de esta ultima norma, que desde ya podemos adelantar que se trata de una norma de fácil interpretación, careciendo de problemas del lenguaje técnico, a saber, "vaguedad y/o ambigüedad y/o textura abierta", dado que resulta ser clara, precisa y con solido sustento en cuanto a sus fuentes normativas.

II. Fundamentación y sustento normativo de la Ley 14.568 de Creación de la figura del Abogado del Niño en la Provincia de Buenos Aires y su Decreto Reglamentario 62/2015



### II.1. Convención sobre los Derechos del Niño

El Estado Argentino aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño a través de la sanción de la Ley Nº 23.849 el 27/09/1990, promulgada el 16/10/1990 y publicada en el Boletín Oficial el 22/10/1990.

La CDN es el primer instrumento internacional que reconoce a los NN y A como "Sujetos de Derechos", dejando o tratando de dejar atrás el viejo paradigma de considerar a los NN y A objetos de derecho o objetos de protección. Empero,

debemos interpretar que son sujetos de derechos especiales y cuya protección de derechos debe ser integral y que todos los estatos sociales deben actuar con corresponsabilidad. No obstante los Estados Partes adquieren la obligación principal de garantizar el cumplimiento de los principios rectores que emanan de dicho instrumento.

Es menester destacar que la CDN es el tratado internacional que ha sido ratificado por el mayor número de Estados del mundo. Actualmente, los Estados Partes asciende a 197, a excepción de los Estados Unidos de América y por su parte Somalia que ha comenzado la ratificación en el año 2015.

Los tres grandes principios que se desprenden de la CDN como todo instrumento internacional de derechos humanos son: los derechos son universales, entendiéndose que son consagrados para todos los NN y A; son indivisibles e interdependientes, dado que los derechos nominados-explícitos y/o innominados o implícitos son de igual jerarquía y dependientes unos de otros.

Además de los principios rectores y generales, la CDN consagra derechos y garantías especializados, en atención al colectivo a proteger, y que condicen con la protección integral de los NN y A. Los principios específicos o especiales son:

## EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, EL DERECHO A SER OIDO (ESCUCHADO) y que su opinión sea tenida en cuenta.

Ahora bien, de la lectura e interpretación de los principios generales-rectores y especiales o específicos consagrados por la CDN a los NN y A, resulta en el imaginario colectivo, llámese Estados Partes, operados técnicos jurídicos e interdisciplinarios, instituciones educativas, sanitarias, representantes legales de los NN y A y de todos los miembros de la sociedad de que se trate, que se ha logrado el fin último y ello es la efectiva protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

Empero, si bajamos la letra fría de lo enunciado ut supra a lo que en realidad sucede en territorio, haciendo un esfuerzo de pensamiento genuino, lógico y responsable, a que conclusiones llegamos...



## II.2. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS "PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA"

(Sanción: 01/03/1984; Promulgación 19/03/1984;

Publicada BO: 27/03/1984)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado "Pacto de San José de Costa Rica", LEY 23.054, dispone expresamente e explícitamente en el articulo 8º Inciso 1º lo siguiente...."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".

Cabe preguntarse, entonces si el colectivo de personas menores de edad "Niños, Niñas y Adolescentes", eran consideradas personas en los términos de la norma mencionada. Toda vez, que los derechos y garantías consagrados condicen con el debido proceso judicial.

Evidentemente, la respuesta a la pregunta formulada en el párrafo anterior es clarísima: "NO". Entonces, podemos adelantarnos a interpretar que la CDN y las normas que fueron adecuándose a la misma, constituyen una suerte de "restitución de derechos" de las personas menores de edad. Porque, de lo contrario tendríamos que pensar que no eran consideradas, ni siquiera "personas".



II.3. Bloque de Constitucionalidad/Convencionalidad.

Articulo 75 Inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina (Reforma Constitucional del año 1994).

"Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes....".

El Estado Argentino, en su última reforma constitucional, en el año 1994, incorpora con jerarquía constitucional los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que con anterior había suscripto y ratificado.

Entonces, dado que nuestro ordenamiento normativo debe analizarse e interpretarse de forma sistematizada, y en concordancia con los artículos 31 y 75 inciso 22 de la CN, artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, podemos afirmar que los principios rectores, específicos y especializados que emanan de la CDN componen el marco normativo vigente en materia de derechos humanos de la niñez y por lo tanto deben ser efectivamente plasmados en todo proceso judicial y/o administrativo donde se encuentren vulnerados derechos de los NN y A.

Con lo mencionado hasta aquí, podríamos concluir que Argentina habría cumplido en el año 1994 con el compromiso de proteger de forma integral a sus ciudadanos menores de edad. Mas, lejos de ser efectivamente así, debemos seriamente realizar una autocritica constructiva y sincera...



## II. 4. Acordada 5/09 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Las 100 REGLAS DE BRASILIA son un conjunto de 100 reglas que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, a través de la publicación de la Acordada 5/09, adhiere al sistema interno las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

En cuanto a la participación de NN y A en actos judicial, el instrumento mencionado dice:

"Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales (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."



## II.5. Ley Nacional Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

En el ámbito nacional en el año 2005, se sanciona la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Dicha norma fue pionera en Argentina en recoger y adecuar los principios rectores, específicos y diferenciados de la CDN.

Es la primera ley en donde explícitamente se establece el derecho-garantía de los NN y A de contar con asistencia técnica letrada. El artículo 27 es una norma, cuya redacción y lenguaje utilizado por el legislador, resultan ser claros, precisos, sin vaguedad, ambigüedad o textura abierta.

Y para mayor claridad, a continuación se transcribe textualmente:

ARTICULO 27.-GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, 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.

Es más, el titulo del artículo 27 de la Ley Nº 26.061, es clarísimo "GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS...y nos lleva a deducir que el contenido de dicha norma debe ser considerado como el piso de las garantías del debido proceso de todo sujeto de derechos, y por ende deben ser cumplidas por todos los operados de la justicia, en cualquier tipo de procedimiento, en cualquier etapa del mismo, sin restricciones etareas, ni condición y/o requisito alguno.

En este orden de ideas, es menester destacar el aporte brindado por el Dr. Néstor Solari (2017): ""De conformidad con la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, se garantiza al niño el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. Tal derecho comprende todos los procesos en que se encuentren afectados aspectos personales y patrimoniales de dichos sujetos"...."......que el derecho a la participación del niño no se agota en el derecho a ser oído, sino que comprende la intervención activa en dichos procesos, fundamentalmente la designación de un letrado patrocinante, en el reconocimiento de su condición de sujeto de derecho y, como tal, en su calidad de parte en dichos procesos"...." "....Nosotros entendemos que el niño deber ser parte en todos los casos, y no solamente cuando tiene edad y grado de madurez suficiente. Ello así, pues la asistencia letrada es un derecho de todo niño, en su condición de persona, como asistencia técnica en todo proceso judicial".

## III. LA DEFENSA Y ASISTENCIA TECNICO JURIDICA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO



## III.1. Ley 14.568 y su Decreto Reglamentario 62/2015

Recapitulando todo lo expuesto hasta aquí, y habiendo hecho un recorrido normativo internacional y nacional de la génesis y gestación del nuevo paradigma de considerar a los NN y A como "SUJETOS DE DERECHOS", llegamos a la sanción de la Ley Nº 14.568 CREACION DE LA FIGURA DE ABOGADO DEL NIÑO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

A continuación se transcribe textualmente el artículo 1º de la norma mencionada, que como hemos anticipado en los acápites anteriores, explícitamente se nominan la fundamentación y sustento convencional y legal, como así mismo, el carácter prescriptivo de cumplimiento efectivo de la figura del "Niño del Niño":

"ARTÍCULO 1°: Cumpliendo lo establecido por el Artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 27 de la Ley 26.061, créase en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

En los procedimientos indicados en el párrafo precedente, será obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño".



## III.2. Código Civil y Comercial de la Nación-Ley Nº 26.994

Sanción: Octubre 1 de 2014-Promulgacion: Octubre 7 de 2014-Entrada en vigencia 1º de Agosto de 2015

Haciendo un parangón entre lo establecido en las normas internacionales/convencionales, nacionales y provinciales analizadas hasta aquí, y teniendo en cuenta lo regulado en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, concluimos que existe colisión del sistema normativo vigente respecto de la garantía convencional, constitucional y legal a la defensa técnica letrada de las personas menores de edad: NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

A continuación se transcribe textualmente dicha el artículo 26 del CCC, que se encuentra en el Libro Segundo-Parte General, Titulo I, Capitulo 2, Sección 2º,:

"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 grado de madurez suficiente <u>puede</u> ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. <u>En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.</u>

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".

Cabe preguntarse, entonces, "PUEDE O DEBE EL NN y A, ejercer el derechogarantía mínima de procedimiento de ser asistido por un abogado????????"...

Aquí, sin lugar a dudas, estamos en presencia de una suerte de tensión o colisión normativa, siendo un deber a cumplir por parte del poder legislativo, readecuar en forma sistematizada nuestro ordenamiento interno.

### **CONCLUSION:**

Luego de analizar e interpretar los instrumentos internacionales, que fueron suscriptos, ratificados e incorporados por el Estado Argentino en la última reforma

constitucional en el año 1994 (Bloque de Constitucionalidad-art. 75 Inc. 22), así como también, de lo que surge del artículo 27 de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de NN y A, y del articulo 1º la Ley Nº 14.568 de la Provincia de Buenos Aires "LEY ABOGADO DEL NIÑO", puedo concluir que el niño/a y adolescente siempre debe contar asistencia letrada/jurídica en todo proceso judicial y/o administrativo que los afecta, es decir, cuando sus intereses se encuentren en juego. Y ello condice, en considerar al colectivo de personas menores de edad como verdaderos sujetos de derecho.

Coincido con el aporte dado por el doctrinario Solari Eliseo (2017), quien dice "De conformidad con la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, se garantiza al niño el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. Tal derecho comprende todos los procesos en que se encuentren afectados aspectos personales y patrimoniales de dichos sujetos", "......que el derecho a la participación del niño no se agota en el derecho a ser oído, sino que comprende la intervención activa en dichos procesos, fundamentalmente la designación de un letrado patrocinante, en el reconocimiento de su condición de sujeto de derecho y, como tal, en su calidad de parte en dichos procesos".

Es de vital importancia internalizar como debe interpretarse el "Interés Superior del Niño" dada por la Observación Nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño. Para ello, me remito al aporte ejemplar dado por el Doctor Jorge Cardona Llorens, quien es Miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Por lo tanto entiendo, que si el Interés Superior del Niño es primordial, y que debe considerarse como un derecho, un principio y una norma de procedimiento, la asistencia letrada es indispensable y que además el NN y A debe actuar como parte en el proceso que se trate.

En este orden de pensamiento, coincido nuevamente con el Dr. Solari Eliseo (2017), quien dice: "....Nosotros entendemos que el niño deber ser parte en todos los casos, y no solamente cuando tiene edad y grado de madurez suficiente. Ello

así, pues la asistencia letrada es un derecho de todo niño, en su condición de persona....".

Por último, considero a los fines de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos y garantías consagrados a los NN y A por toda la normativa analizada, que la asistencia y defensa técnica letrada es de vital importancia. Sin contar con dicha garantía mínima de procedimiento, el conglomerado de derechos consagrados a los NN y A se perpetraran como meras declaraciones.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

- -Solari, Néstor Eliseo, (2017). Derecho de las familias 2da. Edición actualizada y ampliada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017.
- -Minyerski, N., & Herrera, M. (2008). Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061. *García Méndez, E.(comp.), Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Buenos Aires, Fundación Sur Argentina y Editores del Puerto*, 43-70.
- -Mourelle de Tamborenea, María Cristina, (2015). Derecho de familia: en el Código Civil y Comercial de la Nación 1ª Edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.
- -Stilerman, Marta Noemí, (2016). Teoría y practica del derecho de los niños 1ª Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Cátedra Jurídica, 2016.
- -Rodriguez, Laura, (2011). Infancia y derechos del patronato al abogado del Niño: experiencia de la Clínica Jurídica de la Fundación Sur 1ª Edición, Buenos Aires Eudeba: Fundación Sur, Argentina, 2011.
- -Chaves Luna, Laura Selene, (2016), Garantía de Procedimiento en la actuación del abogado del Niño, 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Tribunales, 2016.
- -Chavez Luna, Laura Selene (2015), El Abogado del Niño, 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Tribunales, 2015.

# "ADOPCIÓN COMO FORMA DE SER FAMILIA"

## **Autor Natalia María Florido**

## Resumen de la propuesta:

Reflexionar sobre el sistema de adopción, la importancia de alumbrar esta temática, ya que hay muchos otros niños y adolescentes que hoy cargan con el peso de sus historias. La mayoría ha recorrido Hogares y sufre las consecuencias de las fallas del sistema de adopción

Ponencia Natalia María Florido

Hija adoptiva

Licenciada en Comunicación, Campañas de difusión de adopción e Identidad.

Presidente RED ARGENTINA POR LA ADOPCION

# Nací el 24 de mayo de 1983, soy hija adoptiva.

Mi mamá biológica me dio en adopción cuando todavía me alimentaba de su pecho. Mi familia que me adoptó nunca me ocultó la verdad, durante mi infancia y adolescencia, atravesé dudas y enojos, desencuentros, y fui construyendo mi identidad, hasta el encuentro con Vanesa, mi hermana biológica.

Al ver el impacto que produjo mi historia en el día a día, en las redes sociales y diarios locales decidí compilar un libro de voces que alumbren un tema que aún estaba plagado de prejuicios.

Pude ver como las historias eran distintas entre sí pero algunas con un mismo denominador, el derecho a la identidad.

Sin embargo otras aun sin concluir, los hijos de la Identidad sustituida, quienes habían recibido todo, menos, la Verdad de su Historia.

Alumbrando en la Oscuridad, mi libro, fue el primer Libro de Adopción en Argentina y permitió alumbrar un tema que aun hoy, está plagado de prejuicios.

Al encontrarme con mi hermana, me sume a la labor de la Red Argentina por la Adopción, espacio que hoy Presido, realizamos campañas proyectos de ley y concientizamos sobre el derecho de todo niño a tener una Familia.

Sumamos en escuelas y hospitales con talleres que hablen de adopción, desde la mirada como hija adoptiva, para que puedan comprender mucho más allá de la Ley y sus artículos.

De hija adoptiva a activista, así me dicen, y es un título que me define. Estoy convencida que impulsando campañas y charlas, llevando nuestras propias historias, podremos así alumbrar la adopción de niños y adolescentes en nuestro país. Bajo el lema Adoptar es Alumbrar

Hoy tengo la esperanza, de que mi labor sirva, para alumbrar en la oscuridad, para que aquellos que aún tienen miedo de adoptar, se animen y sepan que en nuestro país hay niños, adolescentes y hermanos que esperan ser hijos, y que un niño nunca debería tener que probar que es digno de amor.

Es importante, que sigamos visibilizando, ya que hay muchos otros niños y adolescentes que hoy cargan con el peso de sus historias. La mayoría ha recorrido Hogares y sufre las consecuencias de las fallas del sistema de adopción. Es por eso, que Estamos realizando charlas informativas antes de que los postulantes llenen los formularios de inscripción. En esos encuentros les contamos, entre otras cosas, que solo el 1% de los que esperan una familia son bebés, que hay muchos hermanitos y también nenes con discapacidad. Compartir esos datos hace que conozcan la realidad de los chicos, reflexionen y, en algunos casos, decidan ampliar su búsqueda

Mi experiencia, con los padres en espera, me demuestra que muchos niños y adolescentes hoy se encuentran viviendo con una familia, gracias a que muchos adultos hicieron propio el desafío de pensar la adopción bajo un nuevo paradigma. Igual, en la intensidad de afecto para dar, pero más amplio e inclusivo a la hora de permitir hacer realidad nuevas oportunidades.



TÍTULO: "LOS HIJOS MAYORES DE DIECIOCHO AÑOS y MENORES DE VEINTIUN AÑOS, SIN NINGUNA INCAPACIDAD FISICA NI MENTAL, QUE CONTINUAN VIVIENDO CON UNO SOLO PROGENITOR, NO ESTUDIAN NI TRABAJAN, TIENEN DERECHO A PERCIBIR O EN SU CASO A CONTINUAR PERCIBIENDO UNA CUOTA ALIMENTARIA POR PARTE DE SU PROGENITOR ALIMENTANTE NO CONVIVIENTE?".-

NOMBRE Y APELLIDO DEL PONENTE: MARÍA ALEJANDRA CARRETERO.-

## **PROPUESTAS:**

He elegido como trabajo de investigación un tema que desde el punto de vista teórico y práctico representa cotidianamente una problemática para el Abogado/a Litigante o Patrocinarte. Y ello se debe a que son innumerables los casos de Familia en cuanto a la Obligación Alimentaria que recae en cabeza del Progenitor demandado como alimentante para que cumpla con el hijo que s encuentra en la franja etàrea entre dieciocho años y veintiún años, con plena capacidad jurídica, que no padece ninguna incapacidad física ni psíquica y que continua viviendo con uno de sus progenitores, por divorcio, separación, cese de la convivencia entre éstos. Sin embargo este hijo no estudia, ni tampoco trabaja. Observo una situación injusta y desequilibrada entre los distintos sujetos. Por ello, he volcado en este trabajo las siguientes propuestas:

- 1. Verificar si existen Normas Internacionales que se refieran los derechos y deberes de los Jóvenes que hayan alcanzado la mayoría de edad (dieciocho años, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas) especialmente el derecho alimentario o derecho a una pensión alimentaria.
- **2**.Proponer el CESE del DERECHO ALIMENTARIO para los hijos que se encuentran en esta franja etárea, cuando se cumplan determinadas condiciones:
- **a)** cuando, por su propia culpa, el hijo no se encuentre cursando ni realizando estudios en establecimientos educativos (sean estos secundario o preparatorios académicos, o de oficios)

- **b)** cuando, exista falta de interés o entusiasmo para los estudios por parte del propio hijo y éste haya interrumpido o abandonado sus estudios en establecimientos académicos/educativos sin haber retomado los mismos.
- c) que, por cualquier causa propia del hijo, el mismo no se encuentre trabajando o si lo està pero de manera ilícita, inmoral, o contraria a sus buenas costumbres.
- 3. Proponer que el DERECHO ALIMENTARIO CONTINUE a favor del hijo que se encuentra en dicha franja etárea pero cuando se cumplan determinadas condiciones:
- a) Siempre que no se vea afectada la situación económica del progenitor alimentante que implique una modificación en los aspectos esenciales de su vida (alimentación, vivienda, vestimenta,) que hacen que se vea obligado a buscar otro trabajo para poder solventarse.
- **b)** si el hijo padece de alguna incapacidad física, psíquica debidamente comprobada. Si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.
- c) cuando, el hijo tenga un rendimiento óptimo en sus estudios. El juez deberá tener en cuenta diversos aspectos y parámetros, como por ejemplo, el caso del hijo que trabaje y estudie a la vez, el cual, probablemente por lo mismo, no tenga un rendimiento óptimo, quizá solo un rendimiento regular, sin embargo el Juez no podrá dejar de evaluar el comportamiento del joven quien debe tener todas las intenciones de continuar estudiando. Es decir que, tampoco deberá acumular notas por debajo del promedio aprobatorio o inasistencias continuas.
- **4.** Proponer que en cualquier tipo de petición (Convenio Alimentario, Plan Parental, Demanda Judicial) por ALIMENTOS para este hijo que se encuentre en esta franja etárea, sea requisito indispensable para su procedencia, la PRESENTACION DE CERTIFICADO DE ALUMNO REGULAR del HIJO, exigencia que deberá recaer en cabeza del Beneficario (hijo o progenitor peticionante) y en su caso, en cabeza del progenitor alimentante.

## **DESARRROLLO DEL TEMA. FUNDAMENTOS:**

Voy a comenzar a desarrollar este trabajo de investigación en base a los siguientes fundamentos:

# 1.ALIMENTOS. CONCEPTO DESDE EL PUNTO DE VISTA ETIMOLOGICO Y JURIDICO:

Tomando como referencia un artículo del Instituto de Investigaciones jurídicas de México que nos dice: "La palabra "ALIMENTOS" proviene del latín ALIMENTUM, que se asocia a la figura de comida, sustento, dícese también de la asistencia que se da para el sustento. Haciendo extensivo esto, se puede decir que, en el derecho civil de cualquier país, los alimentos no solo comprenden lo necesario para nutrir el cuerpo humano, sino que abarcan una serie de elementos indispensables para el sano desarrollo y armónica convivencia respecto del entorno social y económico al que pertenece cada individuo, y comúnmente se dan mediante el apoyo y sustento económico cuantificado en dinero."Así, por ejemplo, el Código Civil de Perú en su Artículo 472 (modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 30292) nos dice: "Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto". Por su parte, el código Civil y Comercial Argentino, reformado y vigente desde el 01/08/2.015, alude a los alimentos en el Articulo 541 cuando establece el contenido de la obligación alimentaria: "la prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica,..., además lo necesario para la educación."Y también lo hace en Art. 659 cuando fija expresamente el contenido de la obligación alimentaria: "la obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad, y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie..." En consecuencia,

se puede observar que el concepto es amplio, pues comprende entre lo necesario, lo indispensable y por qué mencionar también a la EDUCACION del individuo, que en mi opinión no puede ser dejada de lado. No se puede prescindir de la educación como valor moral e intelectual de una sociedad. Es un derecho y es un deber.

# 2. ALIMENTOS RESPECTO A LOS HIJOS MAYORES DE DICIOCHO AÑOS Y MENORES DE VEINTIUN AÑOS:

Se encuentran reglamentados en el mismo código reformado (CCYCN); en el Capítulo Cinco (Artículos 658 al 670), del Título VII: "RESPONSABILIDAD PARENTAL, Libro Segundo: "DE LAS RELACIONES DE FAMILIA". El mismo cuerpo normativo distingue diferentes categorías o franjas de alimentos debidos a los hijos por la obligación legal:

Primera Categoría: los que se deben mientras son menores de edad;

Segunda Categoría: los debidos al hijo mayor de edad hasta los 21 años (Art. 662); y

Tercera Categoría: los debidos al hijo mayor que se capacita (Art.663).

Con respecto a la segunda categoría, que es la que me interesa, pondré encapíe en los siguientes Artículos, por cuanto son los que específicamente hablan sobre los alimentos para los hijos mayores de dieciocho años:

El ART. 658 establece expresamente como REGLA GENERAL: "Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado esté a cargo de uno de ellos." Y en su segundo párrafo nos dice que: "La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo."

El ART.662: HIJO MAYOR DE EDAD: "el progenitor que convive con el hijo mayor de edad tiene legitimación para obtener la contribución del otro que el hijo cumpla veintiún años. Puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para el

juez determine la cuota y que corresponde al otro progenitor. Tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas.

Las partes de común acuerdo o el juez a pedido de alguno de los progenitores o del hijo, pueden fijar una suma que el hijo debe percibir directamente del progenitor no conviviente. Tal suma, administrada por el hijo, está destinada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes."

Aunque se puede apreciar que en estos artículos ha quedado plasmado el pensamiento de la Ley Nacional N° 26.579 del año 2009, en cuanto establece la mayoría de edad a los dieciocho años, y la reforma del Código Civil, en materia de derecho alimentario, ha extendido, como excepción a la regla general la obligación alimentaria por parte de los progenitores en esa franja etárea comprendida entre los dieciocho y veintiún años, hasta que los hijos cumplieran veintiún años y cuando continúan conviviendo con uno de los progenitores. La doctrina mayoritaria, también se hizo eco de esto, pues, considera que es una OBLIGACION que continúa en cabeza de ambos progenitores aun cuando haya cesado el ejercicio de la responsabilidad parental. Además, agrega que dicha prestación alimentaria tiene características propias, distintas a las de los parientes (obligación alimentaria parental) ya que, como lo deja sentado el código en la última parte del segundo párrafo, esta categoría de hijos no necesitan probar nada para reclamar este derecho. El único que debe probar que el hijo tiene recursos para procurárselos, es el progenitor alimentante. Pues consideran que se trata de una prórroga automática del deber alimentario alcanzada la mayoría de edad y hasta los 21 años.

Por otra parte, si tomamos en cuenta la lectura del Art. 662, dicha norma es más explícita que el art. 658, ya que amplía y adiciona facultades que tiene no solo el progenitor conviviente con este hijo sino que también le permite al hijo poder percibir un importe para solventar sus gastos personales.

En mi opinión personal, pareciera que, tanto el código como la doctrina han querido dar una solución solamente para aquellos casos en que el hijo, habiendo

alcanzado la mayoría de edad "pero que por diversas causas o situaciones fácticas, no ha podido adquirir todavía su propia independencia económica, por ejemplo porque todavía se encuentra cursando la escuela secundaria o está iniciando con los estudios universitarios, entonces el tiempo que utiliza para su formación técnica o profesional le impide poder simultáneamente trabajar. Refuerza estas ideas, la lectura del Art. 662, dicha norma es más explícita que el art. 658, ya que amplía y adiciona facultades para el progenitor conviviente con este hijo y a su vez, le permite al hijo poder percibir un importe para solventar sus gastos personales. Respecto a los gastos personales, la Doctrina mayoritaria deduce que se trata de sumas de dinero que se estipula para el uso personal. Como erogaciones para fotocopias, el transporte que utiliza, esparcimientos, actividades culturales o educativas.

En consecuencia, se observa que el código reformado no deja de reconocer en este hijo ese DERECHO ALIMENTARIO como correlato de la OBLIGACION ALIMENTARIA que recae en cabeza de ambos progenitores. Sin embargo, el código se ha olvidado reglamentar o de brindar alguna solución posible a una realidad que se presenta diariamente en nuestros Tribunales: es la situación en que se encuentra un hijo que es mayor de dieciocho años y menor de veintiún años, que continua viviendo con uno de sus progenitores, y que sin tener alguna incapacidad física o mental, no trabaja y no estudia.

No resulta justo, tampoco equitativo desde el punto de vista económico y moral, el pedido judicial que se hace diariamente de una cuota alimentaria para un hijo que legalmente ya es mayor de edad, que no está obligado a probar nada para reclamar alimentos pero que la realidad de su vida cotidiana es otra: no estudia, no trabaja. Esta circunstancia no representa lo que se entiende por alimentos, que, según el Código Civil y Comercial Argentino en su Art. 956 expresa diciendo: "la obligación de alimentos comprende la satisfacción de la necesidades de los hijos de manutención, EDUCACION, esparcimiento,...y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio...."

Aunque la Jurisprudencia diga que en este punto se debe analizar "buscando un prudente equilibrio de los factores que resultan relevantes al fijar la cuota

alimentaria, como: el monto de la cuota, las necesidades a cubrir, y la aptitud del obligado para llenar tal finalidad. Está más que claro que debe considerar y atender las necesidades del hijo, que es lo que marca el límite de la cuota, y no a la fortuna del padre, ya que se trata de cubrir lo que el niño requiere tanto económica como espiritualmente."

En la práctica diaria, la realidad es otra, pues muchas veces los Tribunales privilegian la figura del cónyuge que se queda a cargo del cuidado personal del hijo, diciendo que es el que ayuda y sufraga en especie, cumpliendo de ese modo, con la obligación alimentaria a su cargo, y que nada debe probar, olvidándose que el cuidado personal y el ejercicio de la responsabilidad personal no solo comprenden derechos sino también deberes que les cabe a ambos progenitores por igual.

Sin embargo, y aunque el Art. 699 diga que "la titularidad de la responsabilidad parental se extingue por: inciso c) alcanzar el hijo la mayoría de edad..."; y si el hijo mayor de edad està residiendo de manera principal en el domicilio de uno de sus progenitores, resulta razonable que por una cuestión de humanidad, que los progenitores no pueden dejar de aconsejarlos, de cultivar en ellos hábitos que impliquen un adiestramiento para su formación académica.

## 3. EL DERECHO COMPARADO:

El derecho comparado, ha sido más explícito en el tema, por cuanto ha considerado la regulación de estos alimentos como una extensión de las obligaciones de la responsabilidad parental para los hijos mayores de edad entre los dieciocho a veintiún años, exigiéndoles el cumplimiento de determinadas condiciones. Me permito tomar como referentes para este tema en el Código Civil Catalán y el Código Civil Peruano, no solo por su contenido sino también porque considero que su aplicación en las respectivas Jurisdicciones fue positiva.

Así, el **art. 237.1 del Código Catalán dice**:" contenido. Se entiende por alimentos todo cuanto es para el mantenimiento,...de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si ésta es menor y para la continuación de su formación,

una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular."

Por su parte, el código peruano divide el beneficio de la "pensión alimentaria" tomando como pilar el ESTADO DE NECESIDAD del alimentado, pues considera que es un derecho personalismo y de carácter urgente, por tal razón, la ley presume ese estado de necesidad. Por eso en el caso de los hijos menores de edad el estado de necesidad se presume, por el contrario, en el caso de los hijos mayores de edad el estado de necesidad debe ser probado. El Código Civil, indica los casos específicos por los cuales, los hijos mayores de edad pueden reclamar a sus padres una pensión alimenticia, los cuales son: Artículo 424º.- Subsistencia alimentaria a hijos mayores de edad: "Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén «siguiendo con éxito estudios» de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas." Artículo 473º.- Alimentos a hijos mayores de edad:"El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. Si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir. No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar alimentos."

A continuación transcribo la decisión del Tribunal Supremo Español que, en interpretación de los preceptos mencionados, en sentencia de fecha 22 de Junio de 2017: En el presente caso consta como probado: a) Emilio nació en 1994. b) Durante su adolescencia Emilio, ha sido un pésimo estudiante. c) Terminó la ESO con 20 años. d) En 2011 tuvo siete insuficientes. e) En 2012 y 2013 no cursó estudios. f) Al interponerse la demanda de modificación de medidas Emilio se matriculó en formación profesional, rama de automoción, cuyo aprovechamiento no consta. g) Convive con su madre. 3º.- Partiendo de estos hechos ha de

acogerse la pretensión esgrimida en el recurso, como principal, declarando la extinción de la pensión alimenticia, incluida la contribución al alquiler, en su día fijada, dado que no consta aprovechamiento alguno del hijo mayor de edad (Emilio), pues pese a estar en edad laboral ni trabaja ni consta que estudie con dedicación, ya que solo se acredita la matriculación en fechas inmediatas a la interposición de la demanda de modificación de medidas. De lo actuado se deduce que el hijo mayor de edad reunía capacidades suficientes para haber completado su formación académica, debiéndose las interrupciones y la prolongación en el tiempo a su escasa disposición para el estudio. Tampoco consta intento de inserción laboral.

## **CONCLUSION:**

Finalizado mi trabajo de investigación, me expreso con mucha preocupación por la ausencia o la escasa regulación en casi todos los códigos latinoamericanos incluido el código civil y comercial argentino con respecto a la situación de los hijos entre los dieciocho y veintiún años, con una plena capacidad jurídica pues no padecen de ninguna incapacidad física o psíquica, y que continúan viviendo con uno de sus progenitores pero que no estudian ni trabajan. Son muy pocas las legislaciones que tratan expresamente y que regulan con precisión la extensión de la obligación alimentaria del progenitor alimentante en favor de este hijo.

Corresponde preocuparnos por acomodar o reacondicionar nuestras legislaciones a dicha realidad que se presenta diariamente en los Juzgados y no dan una respuesta favorables para ninguno de las partes: ni para el progenitor alimentante que, habiendo cesado el ejercicio de su responsabilidad parental sobre la persona del hijo, continúa obligado a mantener económicamente a una persona que habiendo alcanzado la mayoría de edad, y estando con plena capacidad jurídica, física, intelectual, no estudia ni trabaja. Y por el otro: el alimentado: persona plenamente capaz (goza de optima salud física, psíquica, jurídica) pero que no estudia, no trabaja por propia voluntad, a quien, de mantenerle una cuota alimentaria a su favor, el sistema estatal en lo jurídico estaríamos fomentando en su persona la falta de habitos, de estimulación y de adiestramiento en el ejercicio

de sus derechos con visión de presente y futuro, esto es: EDUCACION Y TRABAJO.-

# **BIBLIOGRAFÌA:**

-Grosman, Cecilia, en *Còdigo Civil y Comercial de la nación y normas* complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial. Relaciones de Familia. Alberto J. Bueres (Dir), Jorge Azpiri (coord.), 1ª Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2.016, Tomo 2.-

-LLoveras, Nora, en Còdigo Civil y Comercial de la nación y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial. Relaciones de Familia. Alberto J. Bueres (Dir.), Jorge Azpiri (coord.), 1ª Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2.016, Tomo 2.-

-Tratado de derecho de familia, según el código civil y comercial de 2014. Aida K. de Carlucci; Marisa Herrera; Nora LLoveras (Dirs.), 1ª Ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014.-

## **ABREVIATURAS:**

Art.: Articulo

CCYCN: Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)

# "CAPACIDAD PROGRESIVA Y DEBER DE CUIDADO"

Nombre del autor: Mtro. Miguel Angel León Ortiz

Resumen: En este trabajo se muestra el grado de avance en torno al reconocimiento del derecho a la identidad de género auto-percibida en la niñez, partiendo del principio del autonomía progresiva de la voluntad al que se refiere la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en su numeral 5º; principio básico para comprender que el infante puede asumir ciertas decisiones en cuestiones que atañen a su dignidad en su calidad de sujeto de derechos, garantizando el respeto, reconocimiento y protección de sus derechos humanos, entre los cuales figuran: los derechos a la identidad, a la salud, y al libre desarrollo de la personalidad, particularmente en lo atinente a su vivencia de sexo y género diversa a la ideología hegemónica de los dos sexos.

# Ciudad de México, a 01 de octubre de 2018 El reconocimiento jurídico del derecho a la identidad de género autopercibida de la niñez en México: una reforma pendiente

El origen –al menos desde una connotación científica- sobre el fenómeno del transexualismo y la identidad de género, se gestó en 1923 cuando Magnus Hirschfeld empleo por primera vez el término (transexualismo) en el ámbito de la disciplina psicológica. Años más tarde, en 1949, David O. Cauldwell un psiquiatra estadounidense ocupo el concepto para referirse a personas que deseaban modificar su sexo biológico, o al menos el de sus genitales.

A pesar de ello, la mayoría de las veces su origen ha sido adjudicado al médico Harry Benjamin, uno de los personajes más influyentes en la postura sobre la ablación de los genitales como medida para que la persona transexual pueda vivir sin conflicto por la presencia de disforia de género. En 1964, el médico y psicoanalista Robert Stoller, propuso una definición de la palabra "identidad de género" y en 1968 comienza a estudiar el origen de conductas que "sin la

presencia de anormalidades biológicas", desean modificar sus genitales para distinguir estados intersexuales de transexuales (Lamas, 2014: pp. 136-137).

En el año 1977, la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), incluyo al transexualismo en el Manual de clasificación de estadística internacional de enfermedades, traumatismos, mejor conocido como CIE (Kemelmajer y Lamm, 2010: pp. 186-187); abriéndose el debate sobre si la vivencia *trans* debía ser calificada de patológica o no. Recientemente, esta concepción ha sido abandonada por la OMS (19 de junio de 2018), al establecer que se trata de una "condición relativa a la salud sexual"; definiéndola como una "incongruencia de género".

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, produjo un cambio de paradigma en la forma de velar por la protección de los derechos de la niñez y adolescencia *trans*, reconociendo el principio de la voluntad progresiva del menor, para que, de acuerdo con el grado de desarrollo gradual que este experimente, los padres generen las condiciones para la toma de decisiones sobre sus derechos personales, en especial los del orden de la salud y aquellos otros de contenido extrapatrimonial (Saldivia-Menajovsky, 2017), tal como ocurre con el derecho humano a la identidad de género auto-percibida.

# Un nuevo paradigma en el régimen protector de los derechos del menor como titular de derechos

En el lenguaje jurídico, la capacidad ha sido definida como la "aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones"; distinguiéndose entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera, se traduce en el reconocimiento que hace el Estado de una persona en su calidad de sujeto de derechos, adquiriéndose desde el nacimiento. En tanto, la segunda supone la aptitud de la persona para ejercer por sí mismo esos derechos y obligaciones compelidas en la ley (Galindo-Garfias, 2010: pp. 397-398).

En consonancia con la tradición romanista del derecho, al menor sólo se le reconoce el primer tipo de capacidad y el segundo sólo a través de sus

representantes legales, siendo necesaria la adquisición de la mayoría de edad para poder ejercer por sí mismo sus derechos. No obstante ello, desde hace varios años se ha cuestionado esta situación, no sólo en el ámbito del derecho civil y familiar en lo relativo a la toma de decisiones respecto de ciertos derechos, sobre todo de aquellos de contenido extrapatrimonial, sino también dentro de la disciplina del derecho penal en lo que respecta a la imputabilidad de los menores infractores, lo cual sugiere comprender que se trata de resolver cuestiones específicas y concretas.

Desde una lectura jurídica, se presentan dos posturas para resolver el tema: la primera, postula la necesidad de fijar un criterio general en la ley para determinar la madurez para ejercer derechos con responsabilidad, aunque no siempre suceda así en la vida real, y la segunda, según la cual sería conveniente flexibilizar la rigidez del criterio legal para determinar la madurez legal suficiente para ejercer derechos, especialmente de aquellos de contenido extrapatrimonial o moral, conocidos también como derechos de la personalidad (Kemelmajer de Carlucci y Lamm, 2010: p. 196).

La Convención de los Derechos del Niño de 1989, en adelante CDN, fue un hito en la manera de tratar a los menores en las normas de derecho internacional y más tarde en los regímenes de derecho interno, pasándose de un enfoque tutelar a un enfoque de derechos.

El enfoque tutelar de derechos, se identifica porque los padres y el Estado deciden y hacen lo que creen más conveniente para la satisfacción de los derechos del niño, mientras el enfoque de derechos, se caracteriza porque el menor es tratado como sujeto de derechos, donde el Estado, los padres y la sociedad en su conjunto adquieren el deber de acompañar al menor en la generación de las condiciones necesarias para conseguir el desarrollo progresivo de sus aptitudes en el ejercicio de sus derechos gradualmente.

Es así, como el menor fue reconocido en su nuevo rol de sujeto de derechos, adquiriendo los padres, el Estado y la sociedad el deber de acompañarlos mediante la preservación de los principios del interés superior del menor, de

evolución de facultades (autonomía progresiva) y participación contenidos en los artículos 3º, 5º, 12 de dicho documento, respectivamente.

En el ámbito nacional, la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante LGDNNA), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de diciembre de 2014, abrogó a la anterior Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes de 2000, incorporando aspectos innovadores. Así por ejemplo, un nuevo enfoque de derechos donde el menor es tratado como sujeto pleno de derechos (Valenzuela-Reyes, 2016), imponiendo la obligación para el Estado, la familia y la sociedad en su conjunto, de velar porque el menor se desarrolle en un ambiente propicie para alcanzar su autodeterminación; aunque lo dicho, no se signifique una facultad absoluta del menor para ejercer por sí mismo sus derechos, o que pueda manifestar su voluntad en todos los casos (Azzolini Bincaz, 2017), en especial cuando se trate de los derechos de contenido patrimonial. En ello consiste precisamente la salvaguarda de los principios de autonomía progresiva del menor y de integralidad de derechos reconocidos de forma expresa en el artículo 6º, fracciones II y XI de la citada LGDNNA.

El principio de la autonomía o capacidad progresiva del menor, también se encuentra previsto en la Constitución Política de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 05 de febrero de 2017, al establecer en su artículo 11, apartado D. denominado "Derechos de las niñas, niños y adolescentes", el deber para las autoridades citadinas de actuar de acuerdo con dicho principio. Por lo que sólo resta consolidar el proceso de constitucionalización del orden jurídico citadino, esto es, incorporar los principios constitucionales en la totalidad de leyes secundarias que garantizan los derechos fundamentales contenidos en ella (Carbonell, 2015), de entre las cuales, destaca sin duda alguna, el código civil para la Ciudad de México.

No obstante lo anterior, aún quedan varios aspectos pendientes en la agenda legislativa, jurisdiccional y administrativa nacional sobre este particular, especialmente en la esfera del reconocimiento de este derecho en la niñez, ya que en su carácter de sujeto de derechos, con base en el principio de "evolución de las

facultades" previsto en el artículo 5º de la CDN, durante la etapa de la niñez, el menor va desarrollando autonomía o capacidad progresiva suficiente para tomar y asumir ciertas decisiones de manera responsable, respecto de ciertos derechos, especialmente los de contenido extra-patrimonial, entre los cuales están: los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad, y a la salud, ajustándose a los distintos períodos de crecimiento del infante, ya que "las etapas por las que atraviesa el desarrollo de las personas tiene características propias en relación con el desarrollo físico, cognitivo y psicosocial" (Azzolini Bincaz, 2017, p. 17).

Esta situación es visible en algunas otras latitudes del planeta, tal es el caso de Argentina y Noruega. En ambos Estados, su normatividad interna se ajusta a los principios referidos de la CDN, en relación con aquellos otros establecidos en ciertas normativas específicas en el tema de la identidad de género auto-percibida en cada uno de estos dos países.

El tema, sugiere una forma diferente de estudiarlo debido a la variedad de saberes y disciplinas directamente interesadas en abonar más al tema, sobretodo porque estamos partiendo del respeto de los derechos de un sujeto de derechos con dignidad, quien a pesar de su corta edad, puede experimentar un desarrollo progresivo de su capacidad de decisión en cuestiones importantísimas para su vida, como lo es definir su proyecto de vida personal con base en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

# Derecho a la identidad como presupuesto esencial del derecho a la identidad de género auto-percibida

Para la disciplina jurídica, el derecho a la identidad es un derecho fundamental el cual reúne dos componentes esenciales: uno objetivo, consistente en el conjunto de factores dados por la biología, el entorno familiar y cultural a partir de la cual tomamos conciencia (por ejemplo, el genoma, las costumbres vigentes en un territorio, la crianza familiar, etcétera), y otro subjetivo, que se puede entender como la posibilidad de construir una bio-grafía única, diversa e irrepetible ceñida por la propia subjetividad (Camps-Merlo, 2007: p. 111). De ser quien se es y

decide ser, de hacer, de actuar, de interactuar, de dejar de hacer o abstenerse de realizar algo, de compartir, de respetar la propia individualidad y de recrearse a cada momento.

Por esta razón, el gobierno del Estado mexicano decidió, mediante una reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio de 2014, adicionar el párrafo octavo al contenido del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento (las cursivas son del autor).

En igual sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y otros importantes documentos internacionales y regionales en materia de derechos humanos reconocen el derecho de toda persona a una poseer una identidad jurídica propia, aunque en casi todos lo encontramos como el derecho a poseer un nombre, que a decir verdad es sólo un elemento de la identidad, el cual ha sido empleado como sinonimia del derecho a la identidad. Y este derecho, también abarca la identidad de género auto-percibida.

El 08 de octubre de 2013 tuvo lugar en Argentina el caso de Luana, una niña transexual femenina de 6 años de edad, quien a pesar de ser inscrita con el sexo biológico de niño (con el nombre de Manuel) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y en su partida de nacimiento, debido a que desde los dos años ya expresaba su vivencia de género femenina, luego de un proceso administrativo tedioso motivado por el conservadurismo machista y la desinformación de algunas autoridades porteñas, por fin obtuvo el reconocimiento de su identidad de género mediante la emisión de un nuevo DNI, acorde con los principios previstos en la CDN, en el nuevo Código Civil y de Comercio y en la Ley 26.743 de Identidad de Género argentinos, historia perfectamente relatada por su madre, la señora Gabriela Mansilla en el libro que lleva por título "Yo nena, yo princesa", declarado de "interés cultural por el Senado de la Nación Argentina".

El caso de Luana, se convirtió en el primero alrededor del mundo donde no fue necesaria la intervención de una autoridad jurisdiccional, pues años atrás ya se habían registraron casos similares pero resueltos por autoridades jurisdiccionales. Hasta la fecha, ya son varios los casos resueltos con base en el mismo criterio, tanto en Argentina como en otros países. Lo interesante del asunto, consiste en resaltar varios aspectos en la discusión sobre la construcción de la identidad de género desde las primeras etapas de la niñez, especialmente cuando no es concordante con el sexo biológico asentado en el acta de nacimiento.

Aquí, es pertinente resaltar la prudencia que deberá anteponerse en la aplicación del principio de autonomía progresiva del menor, particularmente en el uso de tratamientos hormonales o cirugías de reasignación genital, cuyos efectos irreversibles sugieren un trato con mesura y acompañamiento en el desarrollo gradual de las facultades de discernimiento del menor (Saldivia-Menajovsky, 2017), en particular en aquellos casos donde el menor, con el pasar de los años pueda llegar a desistir de su solicitud, dada la caracterización dinámica que la identidad personal supone (incluida la sexo-genérica), tal como lo expresa Fernández Sessarego (1993).

El derecho a la identidad de género psico-social o auto-percibida en México, ha sido objeto de actividad jurisdiccional desde el año 1980, momento en el que se tiene registro de la primera sentencia que recayó a una solicitud para reconocer la identidad de género, cambio de nombre, sexo y el levantamiento de nueva acta de nacimiento en nuestro país, a pesar de que en ese primer asunto sólo se concedió el cambio de nombre (Bonifaz-Alfonzo y Guevara-Olvera, 2009: pp. 75 y 76).

De ahí a la fecha, han sido varios los asuntos resueltos, sobre todo por el Poder Judicial de la Federación, donde el papel de la Suprema Corte mexicana ha sido trascendente en la instauración de una cultura progresista e inclusiva por la diversidad al reconocer y proteger los derechos humanos del colectivo LGBTTTI.

Hasta ahora, la Ciudad de México<sup>27</sup> y los Estados de Sinaloa, Nayarit<sup>28</sup> y Michoacán<sup>29</sup> son las únicas entidades en nuestro país que admiten el

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> A través del comunicado de prensa 75/15 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, felicito al gobierno mexicano y en particular al de la Ciudad de México, por las medidas legislativas

reconocimiento de la identidad de género en sus ordenamientos civiles o familiares, una vez obtenida resolución favorable de un Oficial del Registro Civil o un Juez de lo familiar para el levantamiento de nueva acta de nacimiento, tal como ya lo hacen otros países en el mundo, sin embargo en ninguno de ellos se admite la posibilidad de que un menor de edad pueda obtener el reconocimiento de su identidad de género auto-percibida.

Así, las vivencias transgénero, transexual, travestí y otros modos distintos de asumir la identidad de género fueron reunidas en el colectivo LGBTTTI, en un intento occidental por homogeneizar las exigencias y demandas de personas cuya diversidad de sexo y género no es coincidente con la cultura heterosexista y la ideología de los dos géneros, cruzando el umbral de la invisibilidad social hacia finales del siglo XX.

Esta renovada forma de vislumbrar la identidad personal y de género de cualquier persona, ha sido trasladada a la esfera de reflexión de los derechos humanos y los estudios de género, en especial en lo atinente al reconocimiento y protección de los derechos de las diversidades de sexo y género; grupo en condición de vulnerabilidad que todos los días experimenta discriminación y repudio de un sector considerable de personas en la parcela social.

### **Conclusiones**

**Primera.** El día de hoy, hay un cambio de paradigma en la manera de comprender el régimen protector y garante de los derechos humanos de la niñez, donde los principios de evolución de las facultades del niño y el concepto de participación contenidos en los artículos 5º y 12 de la CDN, respectivamente, sean la base para

para reconocer la identidad de género a personas *trans*, sin embargo, insistió en la necesidad de expandir esta tendencia regulativa en todo el territorio nacional a fin de consolidar un efectivo estado de derecho respetuoso y garante de los derechos humanos de las diversidades sexogenéricas en la región latinoamericana (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 142).

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Mediante decreto publicado en el Periódico Oficial el 27 de julio de 2017, reformando los artículos 131, fracción III, y adicionando los artículos 131 Bis, 131 Ter y 131 Quater.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Mediante decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado de Michoacán el 18 de agosto de 2017, reformando el artículo 117 del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo.

reconocer el derecho a la identidad de género auto-percibida en la niñez; entendido no como un hecho definitivo, sino como un proceso permanente para asumir su rol de género durante el tránsito entre la niñez, la adolescencia y la adultez, y a que ese derecho sea además reconocido en los regímenes de derecho internacional e interno.

**Segunda.** En el nuevo enfoque de derechos de la niñez, el derecho a la identidad se encuentra previsto el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, debiendo el Estado "prestar asistencia y protección" para garantizarlo.

**Tercera.** En este mismo sentido, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reconoce, entre otros, el derecho a la identidad en la fracción III del artículo 13, en relación con el numeral 19; aunque sin referirse de forma expresa al derecho a la identidad de género auto-percibida al formar parte aquel derecho.

**Cuarto.** Lo narrado en los párrafos precedentes, no se traduce en la solución de la problemática, pues aún hay varios aspectos pendientes en la agenda política nacional en la protección de los derechos del niño como titular de derechos, evitando la violencia y la discriminación de que son objeto, logrando su visibilización en la esfera social.

#### **Fuentes consultadas**

- Azzolini Bincaz, A. B. (2017). Los derechos de la infancia. México: Porrúa-UNAM, Programa universitario de derechos humanos.
- Bonifaz Alfonzo, L. y Guevara Olvera, I. (2009). Reasignación sexo-genérica: el reconocimiento de derechos de identidad. *Debate Feminista: Cuerpos transexuales y transgéneros*, vol. 39, pp. 75-80.
- Camps Merlo, M. (2007). Identidad sexual y Derecho. España: Eunsa.
- Carbonell, M. (2015). *Introducción al derecho constitucional*. México: Tirant lo Blanch.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Argentina: Astrea.
- Galindo Garfias, I. (2010). *Derecho civil. Primer curso: Parte general, persona, familia*. 27ª Ed. México: Porrúa.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Lamm, E. (2010). La persona transexual, menor de edad, competente para decidir sobre la intervención médica que requiere judicialmente (pp. 183-203). En Zelcer, B. (comp.). *Diversidad sexual*. Argentina: Lugar-APA.
- Lamas, M. (2014). Cuerpo, sexo y política. México: Océano-Debate feminista.
- Saldivia Menajovsky, L. (2017). Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género. México: UNGS-UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas.
- Valenzuela Reyes, M. D. (2016). Derechos humanos de niñas, niños y adolescentes: ¿utopía o realidad? 2ª. Ed. México: Porrúa.

LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS: CONFLICTOS PROCESALES Y SUSTANCIALES EN TORNO AL CENTRO DE VIDA. UN APORTE PARA LA PRÁCTICA.

Autoras: Adriana Rodríguez

Mónica Sandra Roldán

Ponencia: para poder garantizar el respeto al Centro de Vida de los NNyA es necesario generar dispositivos legales (procedimientos, resoluciones judiciales, etc.), que permitan que, el progenitor no conviviente tome conocimiento del traslado de su hijo/a dentro del territorio del país y pueda ejercer las acciones vinculadas a la responsabilidad parental en tiempo oportuno.

Palabras Clave:

Centro de Vida. Residencia Habitual. Principio de Inmediación. Acceso a la Justicia. Responsabilidad Parental. Competencia. Prevención.

<u>Fundamentación</u>

El presente trabajo intenta visibilizar algunas cuestiones prácticas, que se presentan en los procesos judiciales, cuando resulta de aplicación el concepto de centro de vida, en los desplazamientos internos de los/as hijos/as, y que lleva a los operadores jurídicos a definir no solo la competencia sino también la aplicación de este criterio, en las cuestiones sustanciales relativas a la responsabilidad parental. Se realizan algunos aportes para la aplicación del mismo, haciendo operativo el deber de informar al progenitor no conviviente.

Centro de Vida y Residencia Habitual:

El art. 3 inc. f) de la ley de Protección Integral de Argentina (ley 26.061) establece que el centro de vida es "el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia". A su vez, dicha norma fue reglamentada mediante el decreto 415/06 y especifica: el concepto centro de vida se interpretará de manera armónica con la definición de residencia habitual de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad.

Ante tal conceptualización, cabe preguntarse si la residencia habitual o el centro de vida del niño se usan de modo equivalente. Mizrahi opina que ambos conceptos son ideas equivalentes, por cuanto entiende que es un *criterio fáctico* (no jurídico)<sup>1</sup> y se configura por la residencia principal o permanente de ese niño; y suponen los conceptos de estabilidad y permanencia por hallarse allí el *centro de gravedad* de su vida y el núcleo de sus vínculos parentales y afectivos; sin que para tal determinación se dependa del domicilio real de sus padres o representantes legales (Cfr. CSJN, 14/6/95, Fallos, 318:1269; CNCiv. Sala I; 31/8/04, "D.,O.A. c/C., T.M."; Kaller de Orchansky, en Bueres (dir.) – Highton (Coord.), Código Civil, T.1, p.138 citado por Mizrahi en ob. Cit).

## Oportunidad para evaluar Centro de Vida y Residencia Habitual

Al momento de aplicar el criterio fáctico del Centro de Vida – en el sentido que lo hace Mizrahi -, deberá extremarse la prudencia, por cuanto no siempre resulta claro determinar el Centro de Vida en procesos judiciales que se activan mediando diferentes y sucesivas residencias y esto se constata cuando al decir del mismo autor la residencia anterior del niño haya quedado "latente"<sup>2</sup>.

Al respecto conviene recordar lo sostenido por Marisa Herrera ``La regulación procesal tradicional fijó la competencia judicial en muchos supuestos, por aplicación del principio de prevención y de *perpetuatio jurisdictionis*, determinando la intervención en los incidentes con referencia al proceso principal u originario, independientemente de los cambios o mutaciones en la

vida, residencia y domicilio de los interesados. En la actualidad se desplaza el centro de imputación: es el niño, y sus derechos integralmente considerados, quien indica el punto de contacto, el eje y el centro de imputación para determinar qué juez será competente, aunque resulte necesario prorrogar una intervención jurisdiccional anterior. Concluye: `La competencia se determina, entonces, virando de un estándar objetivo a uno subjetivo: se desentiende del tipo de proceso o de la acción y se focaliza en la condición del sujeto de tutela judicial: el niño, niña o adolescente<sup>3</sup>.

También la CSJN había sostenido antes de la modificación del CCC argentino que:

"Cuando se trata de determinar la competencia en cuestiones que atañen al interés de menores, debe otorgarse primacía al lugar donde éstos viven efectivamente, pues la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de aquéllos. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005, G., I. E. c. C., R., La Ley Online, AR/JUR/7920/2005).

Centro de Vida y desplazamientos internos de NNyA por decisión unilateral de alguno de los progenitores.

Sin hacer valoraciones *a priori* de las razones que llevan a un progenitor a tomar una decisión que involucra privar a su hijo/a del goce de su centro de vida, diré que muchos casos llegan a decisión judicial cuando el progenitor no conviviente, con cuidado compartido o no, tarde o temprano, se anoticia de tal traslado o desplazamiento sin su consentimiento, por lo cual se le impide ejercer su derecho deber de responsabilidad parental.

La circunstancia del traslado – sin que merezca en sí mismo el carácter de ilícito civil – tiene la virtualidad de vulnerar los derechos de NNyA en tanto lo priva de la plenitud de su vida familiar y de sus vínculos sociales y parentales.

Pero se debe distinguir, pues no todo traslado o desplazamiento necesariamente exige la aplicación del criterio del Centro de Vida. En efecto, el juez que dirime la aplicación de este criterio debe valorar los distintos supuestos.

Corresponde aclarar que los desplazamientos a los que refiere el presente trabajo están vinculados a aquellos traslados que se realizan dentro del país (de una provincia a otra, de un departamento a otro departamento dentro de una misma provincia). Es decir que el Centro de Vida del NNyA es modificado por decisión exclusiva de uno de sus progenitores. Las motivaciones pueden ser distintas y atendibles (trabajo, salud, violencia, etc.) pero la sola circunstancia del traslado – si no obedece a decisión consensuada de los progenitores o decisión tolerada por el progenitor no conviviente – puede provocar efectos negativos en perjuicio de los derechos de los niños.

## <u>Aspectos Procesales</u>

Bermejo sostiene "en una macrovisión del diseño de la competencia, prevista para los procesos de familia en el nuevo Código Civil y Comercial, se aprecia que se persigue facilitar el acceso a la justicia, en especial en el caso de personas en situación de vulnerabilidad<sup>4</sup>. La Excma. Primera Cámara de Mendoza sostiene que: "se busca asegurar la inmediación del juez, garantizando los principios de tutela efectiva de los derechos, el acceso a la justicia, en especial si se trata de personas vulnerables, y el interés superior del niño (cfr. art. 706 del Cód. Civ. y Com.); es decir, el juez del lugar donde éste efectivamente reside. Cámara se ha sostenido que, al determinarse la competencia en cuestiones que atañen al interés de los menores, debe otorgarse primacía al tribunal del lugar donde éstos efectivamente residan, con el fin de permitir una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los mismos, en resguardo de su interés superior, directriz que debe primar en toda decisión judicial que les concierna (art. 3.1 de la CDN). Así, entre otros, fallos recaídos en autos Nº 121/12/3F-450/13, "Rodríguez José Carlos contra Rudi María del Rosario por régimen de Visitas, 04/11/2013; Autos n°6711-653/13,

"Seguel Fonseca, Betsy Elizabeth y Rosa, Sergio Francisco p/ Homol. de Convenio (Tenencia-Reg. Visitas y Alimentos), 05/03/2014; Autos n°1909/12/8f-342/13, "Cereda, Andrés Luciano c/ Biassi, Marilin Nayme por inc. Modificación Régimen de Visitas, 23/04/2014; Autos nº 996/12/1f-766/13, "Costa Sergio

Matías Miguel contra Arroyo Natalia Fernanda por medidas cautelares, 17/06/2014, Autos n°642/15/9f-398/15,

"Sinatra Silvana Lourdes c/ Bastias José Luis p/ Medida de Protección de Derechos, 01/10/2015).

Es decir que el Acceso a la Justicia está íntimamente vinculado con el Centro de Vida, pero también éste último está estrechamente vinculado al principio de inmediación y ello encuentra su fundamento en la eficacia de la actividad tutelar, que torna aconsejable una mayor inmediación del juez con la situación de ellos<sup>5</sup>.La Corte Suprema siguió el criterio adoptado en otras causas donde había sostenido que: ``Cuando se trata de determinar la competencia en cuestiones que atañen al interés de menores, debe otorgarse primacía al lugar donde éstos viven efectivamente, pues la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de aquéllos. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005, G., I. E. c. C., R., La Ley Online, AR/JUR/7920/2005). Se desplazan, de esta forma, las reglas de competencia basadas en la accesoriedad o conexidad, en la prevención o la perpetuatio jurisdictionis.

En el mismo sentido, en la obra dirigida por el Dr. Ricardo Lorenzetti se expresa que:

"El estándar que conforme la norma civil recientemente sancionada determina la competencia judicial en las materias allí mencionadas no es ya objetivo -el tipo de proceso y/o acción que se procura tutelar por su intermedio- sino subjetivo: atiende a la condición del sujeto de tutela judicial: el niño, niña o adolescente. Bajo este prisma es que se determina la competencia para todos los procesos que los tienen por sujeto central de derechos. ... Se apunta así no sólo a los procesos principales, sino también incidentales o accesorios, como a los que pretendan la modificación de decisorios preexistentes dictados en otros ámbitos jurisdiccionales<sup>6</sup>. Se trata, en síntesis, de priorizar la intervención del juez del lugar donde actualmente reside el niño, niña o adolescente,

favoreciendo de este modo la efectiva vigencia del principio de inmediación y el contacto personal y directo con el magistrado.<sup>7</sup>

Pero, existen casos que quedan fuera de estas consideraciones. Entonces cabe preguntarse ¿cómo aplicar el criterio del Centro de Vida cuando la Residencia Habitual (criterio establecido por la jurisprudencia) no coincide con el Centro de Vida en los términos del art. 3 inc. f de la ley 26.061 y su decreto reglamentario?

El criterio del Centro de Vida en desplazamientos en los que media mala fe del

## progenitor

En Argentina antes del CCC reformado (2015), algunas cámaras<sup>8</sup> y también la CSJN<sup>9</sup> habían resuelto cuestiones de competencia vinculadas a traspasos jurisdiccionales territoriales o desplazamientos irregulares mediando mala fe por parte de los progenitores en perjuicio de los niños y arrasando con las garantías que los asisten. En tales casos resolvieron a favor de jurisdicción del juez que previno, entendiendo que no se aplica automáticamente la regla de la residencia habitual cuando el progenitor acude a las vías de hecho, de manera inconsulta, unilateral, sorpresiva y sin el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor y que se aplica el principio de concentración cuando existen causas previas al traslado.

# El deber de información

En el sistema de responsabilidad parental regulado por el CCC se establece en el art. 654 que cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

Se entiende que el deber legal de información incluye el de hacer conocer al padre un cambio de residencia aun cuando ésta se produzca dentro del país; pero la ley no califica ni trata en forma directa los efectos de los traslados o desplazamientos de los hijos en el interior del país. Este silencio de la ley conlleva innumerables conflictos no solo de competencia, sino también denuncias por medidas de protección en la autoridad de aplicación de la ley de protección integral o causas penales por desconocimiento de paradero de los hijos menores de edad o impedimento de contacto. Por lo tanto se considera conveniente establecer un mecanismo o dispositivo de prevención que permita conocer al progenitor no conviviente un eventual cambio en el Centro de Vida de los hijos menores de edad a los fines de poder garantizar los derechos consagrados en la CIDN.

En U.S.A existen distintas leyes denominadas de relocalización de hijos, éstas varían de un estado a otro. Específicamente en la Florida<sup>10</sup>, aun teniendo la custodia del hijo, para mudar a un hijo a otro estado, es necesaria la autorización judicial, ello es así para prevenir conflictos y considerar si la relocalización afecta los derechos de los hijos en el caso concreto.

## Propuesta:

Por las razones expuestas se considera que:

- Debe ampliarse la regulación por vía de decreto reglamentario de la ley 26.061 que incluya un procedimiento para hacer efectivo el art. 3 inc. f) que permita prevenir los traslados o desplazamientos de los niños sin el consentimiento del progenitor no conviviente.
- 2) Los jueces pueden imponer de oficio a los progenitores en las sentencias por cuidado personal la carga de informar conforme al art. 654 CCC el deber expreso de informar de modo fehaciente al otro progenitor el traslado o desplazamiento de los hijos menores de edad a un territorio geográfico distinto a su residencia habitual o centro de vida.

# "JUSTICIA RESTAURATIVA Y DERECHOS DE FAMILIA: REALIDADES Y ALTERNATIVAS"

# AUTORES: MARIA FONTEMACHI - IGNACIO BIANCHI- NICOLAS BIANCHI Resumen

La presente ponencia tiene como propósito analizar a partir de un caso real de vulneración de derechos, la intervención de las distintas instituciones en su vida: el Sistema Integral de protección de derechos (SPD) y sus Direcciones, la Justicia de Familia (JF) y organismos de Poder Judicial como el Equipo Interdisciplinario de Adopción,(EIA) la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia; la Justicia Penal Juvenil (JPJ) y el Ministerio Publico Fiscal y de la Defensa, a los fines de conocer las acciones de cada una y evaluarlas y a la luz de la Justicia Restaurativa proponiendo vías de acción para restaurar en cada instancia los derechos vulnerados teniendo presente el necesario involucramiento de la comunidad.

Los progenitores, familia, distintos organismos y la sociedad en general, tienen la obligación de restaurar los derechos fundamentales de la niñez vulnerada, en la práctica, son corresponsables. Tenemos legislación nacional e internacional completa y suficiente, pero no debemos quedarnos ahí, debemos migrar del discurso, relato de derechos, a las practicas, la efectiva realización de estos en la vida de los niños, niñas y adolescentes.

### Ponencia: Creo esencial

1.- La humanización y capacitación de todos/as los/as los actores, proponiendo un trabajo interdisciplinario<sup>30</sup> y coordinado entre las instituciones y la Justicia Familia basada en la necesidad de contemplar los distintos aspectos de una misma realidad, por medio de los aportes que sobre ella puedan realizar las distintas disciplinas e instituciones involucradas.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup>Dr. Frédéric Darbellay Introducción a la

- 2.- Aplicar estrategias con enfoque restaurativo como principal respuesta a los niños, niñas y adolescentes vulnerados, propiciando la acción articulada de los distintos actores, para restaurar esos derechos fundamentales en la práctica.
- 3.- Que los Asesores de Menores hasta tanto se cree un órgano extra poder proceda a monitorear condiciones de alojamiento y acceso a derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo la órbita de intervención del Estado, siendo responsable además ..de elaborar dictámenes, recomendaciones y propuestas.
- 3.- Crear un cuerpo de defensores a los fines de que se controle en forma sistemática cada legajo administrativo que se genere por NNA vulnerados y los expedientes judiciales de niños y niñas privados de medio familiar para lograr una defensa efectiva de sus derechos y las resoluciones en tiempo y forma.
- 4.- Que se cumpla con la legislación vigente (Art, 1 CCC) por parte de los jueces de Familia o quienes cumplan la función, y se resuelva en el menor plazo posible la privación de responsabilidad parental en vistas al interés superior y prevalente de los niños y niñas cuando se cumplen los extremos del art. 700 del CCC o similares en legislaciones de los países de la región como son : 1.-abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero y cuando ponen en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo o hija (incisos b y c del citado artículo) y así evitar los deterioros a veces insalvables que se producen por las largas temporadas que los niños y niñas pasan institucionalizados y sin el amor que merecen de una familia esperando la petición de declaración de adoptabilidad de los órganos administrativos primero y luego del órgano judicial con las consiguientes demoras y/o mora priorizando que la privación de familia sea el ultimo recurso.
- 5.- Conforme el principio de especialidad e integralidad en la resolución de los casos de infancia y teniendo presente la relevancia de la privación y suspensión de la responsabilidad parental, cuando está en discusión la conducta delictiva de uno de los progenitores respecto del otro debe resolverla la justicia de familia especializada, que y en su caso la que haya entendido en la situación

familiar sin excepciones priorizando los principios de: interés superior de los NNA, de celeridad, no discriminación, el derecho a ser oído y de respeto a su dignidad.

## Justicia restaurativa y Derechos de Familia: realidades y alternativas

#### I. Introducción.

La presente ponencia analiza de un caso real, plasma las experiencias negativas en la vida de un niño ahora adolescente, que desde muy temprana edad tiene violentados sus derechos fundamentales, especialmente "el derecho de todo niño a vivir bajo el amparo y la protección de una familia, en un ambiente de paz, amor y comprensión", (Preámbulo C.I.D.N.), y el derecho a ser "oído", que luego, por esta reiterada vulneración y sus consecuencias en la vida y salud, ingresa por delitos, a la JPJ.

- I.1 El Objetivo general del mismo es analizar un caso real: la vulneración de los derechos de un niño desde su más tierna infancia por quienes son llamados a protegerlo: su familia, la sociedad y el estado y proponer respuestas superadoras, restaurativas por parte de todos/as los/as involucrados/as.
- I.2 Como objetivos específicos podemos mencionar:
- 1.- Analizar detalladamente la actuación, competencias y responsabilidades de la familia y los órganos del estado en un caso real, en el que intervinieron en primera instancia los órganos administrativos y luego, la JF y JPJ conforme el derecho vigente.
- 2.- Integrar las problemáticas de los niños niñas y adolescentes que fueron a temprana edad privados de cuidado parental por la JF
- 3.- Plantear una propuesta superadora a partir de la necesidad de aplicar estrategias con enfoque restaurativo como principal respuesta a los niños, niñas y adolescentes vulnerados, propiciando la acción articulada de los distintos actores, para restaurar esos derechos fundamentales en la práctica.
- II. Caso Mateo: Organismos. Competencias. detalle de las intervenciones II.1.- Introducción:

Mateo nació el 20 de Julio de 2001. Es el tercero deseis hermanos que al momento delpedido de intervenciónjurisdiccional el mayor contaba 10 años, cuatro hermanitas y un bebe de 4 meses de edad. La Familia fue intervenida en reiteradas oportunidades por el Centro de Salud (CS) y sus profesionales desde Julio del año 2.001 en adelante, o sea que desde que nació. En el año 2.006, al agravarse la situación, la trabajadora social (TS) de esta institución, le da intervención a la Justicia de Familia (JF). Mateo contaba en ese entonces con5 años. Hoy tiene 17 años y aún continúa institucionalizado y sin una familia que lo contenga, en una situación legal incierta bajo medidas "excepcionales", habiendo intervenido en su situación casi desde su nacimiento distintos órganos del Estado, tanto administrativos como judiciales.

# II.2 .- Intervención de Centro de Salud dependiente del P Ejecutivo Provincial:

El servicio social del CS cercano al domicilio de la familia, que estaba interviniendo en la situación familiar del niño desde el 27 de Julio del año 2.001, ante la grave situación por la que atravesaban los niños/as, falta de colaboración y voluntad de cambio por parte de los adultos que formaban el grupo familiar: madre y conviviente, padre de los dos hijos menores, abuelo, solicita mediante denuncia escrita al Juzgado de Familia de turno, una medida de protección para Mateo y sus hermanos.

La causa más relevante y grave, es la violencia esgrimida contra los niños y niñas y la progenitora por parte del conviviente a la que se agrega; negligencia, falta de cuidado, desnutrición, no inscripción de los nacimientos, posible abuso de una de las niñas por parte del abuelo, padre del conviviente, entre otras vulneraciones.

La madre contaba al momento de la intervención con 22 años.

De su legajo surge que fue institucionalizada desde su infancia, quedó huérfana de madre a muy corta edad. A los trece años queda embarazada y a partir de allí por mala relación con su madrastra y padre, deambula en la casa de distintos familiares y amigos, sufriendo luego maltrato e institucionalización. Concibió sus seis hijos/as con parejas inestables. Mateo, nunca conoció a su padre biológico.

El pedido de injerencia judicial se produce el 28 de Octubre de 2006 y fueron asistidos en el Centro de Salud por riesgo nutricional hasta el 13/04/2007, no logrando la reversión de la situación con resultados iatrogénicos.<sup>31</sup>

# II.3 Intervención del Juzgado de Familia (JF) del Poder Judicial (PJ) 2006-2018

Desde 28 de octubre del año 2.006, interviene el Justicia de Familia con competencia en la situación de niños y niñas vulnerados (Art. 53 de la ley 6.354). El primer informe ambiental se produce el 23 de noviembre del 2006. La trabajadora social dependiente del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) de la JF, no visita el domicilio, solo tiene un contacto telefónico con las profesionales denunciantes, quienes reiteran el riesgo inminente de los niños y niñas ante el maltrato y descuido parental<sup>32</sup>. De la visita familiar que logra concretar tiempo después, observa: violencia familiar y maltrato infantil y a la progenitora con baja autoestima y escasa respuesta operativa para salir del problema.

Se los cita a la progenitora y a su conviviente padre de los dos hijos/asa evaluación psicológica psiquiátrica por parte del JF y no concurren.

En nuevo informe del mes de Marzo del año 2007, la TS del Centro de Salud informa que la progenitora no ha cambiado de actitud a pesar de recibir apoyo social y todo tipo de ayuda. La Dirección General de Escuelas (DGE) también informo que estaban privados de educación formal y de la posibilidad de desarrollar sus potencialidades".

Vemos la intervención de varias instituciones con resultado negativo .

El 23 de Abril de 2008, el Juez de Familia con dos años de intervención infructuosa, ordena el "albergue" en instituciones públicas como medida "excepcional y provisoria" de todo el grupo de hermanos y la derivación de una niña al Hospital por su grave estado de salud. Entre los fundamentos después de dos años de intervención jurisdiccional, esgrime: "la grave situación de abandono, maltrato y falta de familiares que se hagan cargo, hace necesario resguardar

\_

<sup>31</sup> Legajo 24034 de la Dirección de Niñez Adolescencia discapacidad, Ancianidad y Familia (tres cuerpos)

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup>Expediente n° 2956/6 M P I

jurisdiccionalmente el bienestar psíquico, emocional y físico el que estaba altamente en riesgo por el maltrato ejercido por sus progenitores y por ser testigos de violencia entre ellos, observándose negligencia en el cuidado de la salud por las reiteradas internaciones en hospitales públicos con cuadros graves, haciendo caso omiso los padres a las recomendaciones realizadas por los médicos.." el progenitor, se encuentra impedido desde el punto de vista psíquico para ejercer el rol parental e hizo peligrar con su accionar la estabilidad emocional, la vida de sus hijos (2) y de los restantes. Respecto a la progenitora merece destacarse la incapacidad demostrada, rechazando la ayuda ofrecida y brindada.... "existe ausencia total de predisposición de los progenitores a claudicar en la realización de los actos perjudícales para los niños".

Se pregunta el juez si es posible el disfrute de los derechos fundamentales en el seno de esa familia y expresa que la respuesta es negativa. Se deriva a la madre para asistencia y tratamiento por su salud mental pero no cumple. Se ordenala prohibición de acercamiento del conviviente a los niños/as y a la progenitora.

Medida restaurativa: considero leyendo la resolución, la historia de vida hasta ese momento y las conclusiones anotadas, que había motivo legal suficiente según lo normado en el artículo 307 del Código Civil (CC. vigente en ese momento), para "privar de la patria potestad" a ambos progenitores, dando así la oportunidad de inclusión familiar a los niños y niñas en ese momento, cuando aun no estaban tan deteriorados ni habían sufrido la institucionalización. Esta hubiera sido una práctica restaurativa de los derechos violados, especialmente posibilitarles "crecer bajo el amparo y protección de una familia" en un ambiente de paz, amor y comprensión "33", a través de la "adopción". Diez años transcurrieron de esa intervención.

En Mayo de 2008 M se fuga y vuelve al Casa Cuna dándose aviso a la policía.

En Agosto de 2008se solicita el pase de casa cuna, a familia cuidadora pero son derivados a otro "Minihogar" en Setiembre del mismo año.

En diciembre de 2008 salen para las fiestas de fin de año con celadores del hogar. No se registran visitas de familiares.

2.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño (Unicef 1989)

En marzo de 2.009 se pide por parte la Dirección de Cuidados Alternativos dependiente de DINAF se declare el Estado de adoptabilidad de los niños/as.

En mayo de 2009 los entrevista la Asesora de Menores, manifestando los niños mayores que no desean estar en el hogar porque les gritan, y el mayor que no desea seguir en una escuela porque es maltratado y sus compañeros (mayores) fuman. Pero no dictamina nada ni se resuelve nada a ese respecto.

En Junio de 2.009 se reitera pedido al Juez de Familia, de declarar el Estado de Adoptabilidad, específicamente de Mateo, separado de sus hermanos en otro hogar quien hace años que no recibe visitas de familiar alguno y de las evaluaciones psicológicas y sociales practicadas surge: oposicionismo, trastornos conductuales en el ámbito escolar, no ha pasado de primer grado, requiere trato especial, pues ante situaciones que lo frustran tiene conductas agresivas.

En diciembre de 2009, permanecen internados sin visitas y se solicita para él y hermanos autorización para salida en las fiestas de fin de año con celadores.

En febrero de 2011, se le otorga al progenitor de los hermanos más pequeños (excluido del hogar y acusado de maltrato), la posibilidad de visita en los hogares, aun en contra de la voluntad de los niños/as, y no teniendo tres de ellos ningún vínculo biológico. También inexplicablemente se le entrega el documento de identidad de una de sus hijas, inscripto por orden del tribunal.

En abril de 2.011 llevan los niños/as 3 años sin visitas de su progenitora.

En mayo de 2011 dos años y dos meses después del pedido de Marzo de 2009, se resuelve declarar la adoptabilidad de dos de sus hermanas.

En agosto de 2011de nuevo informe surge que Mateo nunca recibió visitas, sigue en el hogar n° 8 asiste a la escuela y tiene problemas de conducta. Se observa deterioro propio de la institucionalización. Se lo trata de vincular con familiares y se contacta con una tía, la que lo lleva a su casa los fines de semana, la misma solicito ayuda económica esos fines. En Noviembre de 2011se suspenden las salidas por problemas de la tía. Sufrió un nuevo abandono y desilusión, me pregunto si fue evaluada esta vinculación.

En Diciembre de 2011se pide autorización para que pase las fiestas con una auxiliar.

En Marzo de 2012 del informe pedagógico surge que el mismo cursa tercer grado, tiene cambios de carácter bruscos, de reflexivo y tranquilo, a agresivo y desobediente, con bajo rendimiento escolar, por lo que lo derivan a tratamiento psiquiátrico diagnosticando "Trastorno negativista desafiante (313.81 DSMIV). Es medicado con Risperidona 0.5 mg., diarios en la mañana, mejorando su conducta. Un nuevo informe de 2012 da cuenta que su madre ha formado nueva pareja que no saben su domicilio y se declara su ignorado paradero.

El 15 de Febrero de 2012luego de tres años de victimización y violación de sus derechos, el Juez de Familia, declara el Estado de adoptabilidad de Mateo<sup>34</sup> lo que permitiría que fuera vinculado a alguna familia que pretenda adopción de niños mayores resolviendo en esa sentencia el Juez, que "una vez firme se de intervención al E.I.A."

El 16 de abril 2012, dos meses después, se remite el Expediente al E.I.A.

El 11 de mayo de 2012, un mes después, se requiere la devolución el Expediente al EIA por parte del Juzgado interviniente.

En Setiembre de 2012, cuenta Mateo ya 11 años, se solicita autorización para que pase los fines de semana con un matrimonio formado por un profesional de 61 años y una ama de casa de 50 años seleccionado de la lista de pretensos adoptantes por el Equipo Interdisciplinario de Adopción (EIA). Se autoriza por parte del Juzgado.

Mateo es afectivo con los miembros de la familia, deseando vivir en forma permanente con ellos, estando los mismos de acuerdo y el 5 de noviembre de 2012, el E.I.A. solicita al JF que otorgue la guarda correspondiente a fin de darle resguardo legal al proceso de vinculación. El 12 de noviembre del mismo año el juzgado solicita el legajo.

El 11 de diciembre de 2012 se otorga por parte del juez de Familia inexplicable y a mi criterio una "guarda provisoria judicial", institución que jurídicamente es inexistente.

Hubiera correspondido dar una respuesta restaurativa conforme la legislación vigente: una "guarda para adopción" y luego de seis meses tramitarse la adopción

\_

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup>Expediente 1.818/11/6F incoado el 18 de Octubre de 2011 por medida tutelar

que se otorgar desde el momento de la guarda para adopción, que no podía ser más de un año desde su inicio. Esta errónea resolución, violó gravemente los derechos de este niño a su seguridad jurídica y a una familia estable.

En año 2013 se crea la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la SCJM por Acordada 24.842, cuya obligación era monitorear estos casos, ya que la misma tiene una Subdirección de Niñez. Pero, nunca intervino.

En Agosto de 2014, (fs. 155), casi dos años después de haberse otorgado la "guarda provisoria judicial" se presentan los guardadores expresando que hace más de un año y medio que están con "A" que han pasado por muchos problemas, que es insostenible la situación y lo "devuelven".

Si hubieran actuado legalmente los organismos EIA y JF, Mateo ya debió tener estado de hijo "adoptado", según lo dispuesto por el Artículo 317 y 321 del C.C., 35\_

El Juzgado da intervención al EIA. La psicóloga solicita su colocación en un "hogar transitorio", expresando que la pareja continuara sosteniendo el vinculo asumiendo la responsabilidad escolar y de salud y los fines de semana", ordenando el Juez de Familia que sea nuevamente institucionalizado.

Se advierte una total desatención, falta de humanidad y desconocimiento de los derechos del niño por parte de todas las autoridades e instituciones.

Una práctica restaurativa hubiera sido, en primer término, cumplir la ley en la resolución dada y dar guarda para adopción y luego la adopción. Y respecto a los profesionales, del EIA debieron actuar en forma más diligente, comprometida, humana, profesional y preventivamente, acompañado el proceso en forma responsable y efectiva.

Una nueva evaluación psicológica concluye que Mateo tiene: trastorno de conducta, altos niveles de agresividad, impulsividad, trastornos de aprendizaje, dificultad para aceptar limites, significativa disfunción familiar y se lo medica con: quetiapina 200 mg/dia, Valproato de Na 1000 mg por día, para estabilizar las oscilaciones anímicas y disminuir las reacciones impulsivas, se pretende paliar con medicamentos la falta de amor y familia.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup>Código CivilArts. 317 y cc CC (2011) https://www.oas.org/dil/esp/Codigo Civil de la Republica Argentina.pdf

Respecto de los pretensos adoptantes, surge que por su edad, la estructura, la etapa de desarrollo de Mateo les es muy dificultoso asumir los roles paterno y materno.

Estas evaluaciones denotan cuanto perjuicio han causado y siguen causando las instituciones por no hacer una buena evaluación para prevenir más sufrimiento.

En Junio de 2015en una nueva actuación el Juez de Familia decreta que atento el tiempo transcurrido, desde Setiembre de 2014, sin haberse informado la situación, ni solicitada la declaración de legalidad de la medida de excepción (institucionalización) se emplace a la DRD informe. Palmariamente se aprecia la falta de atención de los organismos obligados, EIA, DCA, DRD, Asesora de Menores y del Juzgado de la situación del niño, casi un año sin saber que pasa, casi un año sin intervención.

En setiembre de 2015, tres meses después se contesta que el ya adolescente, Mateo, sigue institucionalizado en el hogar 15.

En octubre se declara que la medida es "legal".

En noviembre del 2015el Juzgado, atento lo sucedido en fs. 155 donde se deja constancia de la "devolución" del adolescente, (Año 2.014) le pide a la Asesora de Menores que lo escuche. La Asesora debería tener un listado de niños y niñas institucionalizados y revisar de oficio su situación, conforme su función, no cumplió con lo previsto por el art. 59 del mismo cuerpo legal C.C. Argentino<sup>36</sup>. Pues en audiencia de Diciembre de 2015, el adolescente le expresa a la misma que quiere vivir con una familia. Ya Mateo tenía 14 años, y ocho de institucionalización. Conforme la jurisprudencia que menciono<sup>37</sup>, "La falta de intervención de la representante del Ministerio Pupilar en las primeras instancias del proceso vulnera el derecho de acceso a la justicia de las personas menores de edad consagrado en las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", a las que adhirió esta SCJ mediante Acordada Nº

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup>Art.59.- A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo Civil de la Republica Argentina.pdf

24.023 -cuyo paradigma radica en la importancia de garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad de las condiciones necesarias para el efectivo acceso a la justicia- y establecen que todo niño, niña y adolescente deben 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). Así las cosas la intervención del Ministerio Pupilar no se limita a una labor meramente asistencial y de control, puesto que puede y debe suplir una eventual representación ineficaz". En Marzo de 2016 por parte de la DCA, se pide la prórroga de la medida de institucionalización ya que según nuestra legislación debe ser revisada cada 3 meses obligatoriamente y resuelta, pero faltan recursos y no se dan opciones al niño.

En Junio del mismo año 2.016, el adolescente es acusado de asumir"juegos sexuales" con niños más pequeños dentro de la institución. Este hecho es investigado por el Ministerio Fiscal de Menores y declara su intervención activa. Se siguen produciendo estas conductas y se decide su traslado a otro hogar con adolescentes mayores con problemas de delitos. Este es el lugar donde permanece hasta la fecha el adolescente.

En el trascurso de estos años, desde que fue nuevamente desamparado por el matrimonio pretenso adoptante, es visitado por el mismo en forma intermitente, con salidas esporádicas, devolviéndolo cuando "se porta mal".

En agosto de 2016 se resuelve por el Juez de Familia la prórroga la medida de institucionalización y en mayo de 2017 se informa que el adolescente vuelve a vivir con el matrimonio que ostentó la guarda judicial provisoria, en forma intermitente.

En agosto de 2017 en nueva audiencia ante la Asesora de Menores e Incapaces, el mismo expresa que hace cuatro años que tiene contacto con el matrimonio y se siente "hijo adoptivo" de los mismos. Al finalizar la misma se decreta un "*Téngase presente*", sin solicitar ni dictaminar sobre la situación irregular por la que atravesaba.

Un practica restaurativa hubiera sido solicitar que se otorgara una guarda para adopción o una tutela a los guardadores, respetando sus derechos pues la función del Asesor de Menores es "promover la justa aplicación de la ley, la legalidad

delos procedimientos y el respeto, la protección y la satisfacción de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes..., por ser un órgano específico destinado a brindarles mayor resguardo estatal<sup>n38</sup>Un error más de los funcionarios, magistrados e instituciones que debían "velar por su formación, desarrollo y protección integral".

Se sigue prorrogando esta medida excepcional hasta Diciembre del 2.017.

## III.- Derechos humanos conceptualización y elementos

Los derechos humanos son el conjunto de derechos y libertades fundamentales para el disfrute de la vida humana en condiciones de plena dignidad, y se definen como intrínsecos a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado, son universales, por ser derechos inalienables de todos los seres humanos.

Estos derechos tienen cuatro elementos: 1. El sujeto titular del derecho; 2. El objeto o la materia sobre la cual el derecho versa; 3. La contraparte, quien tiene la obligación jurídica de cumplir con el objeto de los derechos y 4. La base justificadora del derecho. (Massini 1994<sup>39</sup>).

Traídos estos elementos al presente caso, el sujeto titular del derecho es "Mateo" un niño privado de su medio familiar como muchos niños, niñas y adolescentes de América Latina y el Caribe. El objeto o la materia sobre la cual el derecho humano versa; es el "derecho a vivir en ámbito familiar", y la contraparte, quien esta obligado a respetar ese derecho, que son en primer lugar los padres biológicos y subsidiariamente el Estado a través de sus órganos (Sistema de Protección de Derechos y Justicia de Familia). La base justificadora o normativa de la surgen estos derechos, son los tratados internacionales, observaciones, reglas, opiniones consultivas ,constitución nacional, leyes nacionales y provinciales, que consagran los derechos a la vida, a la integridad, al desarrollo de

Massini Juan Carlos Derechos humanos y bienes humanos: Consideraciones precisivo-valorativas a partir de las ideas de John FinnisEnero 2010 http://metyper.com/wp-content/uploads/2014/12/MYP R3 A3 WEB.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup>Redefiniendo el rol del Asesor de Menores pág. 15 http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/MPT\_redefiniendo\_el\_rol\_del\_asesor\_de\_menores.pdf

su personalidad, a la salud, a la integridad psico-física, a la educación, al cuidado personal de una familia etc., que mencionamos a continuación.

### IV. Normativa Internacional Declaraciones y Tratados internacionales.

El principio VI de la Declaración Universal de los Derechos del Niño en Ginebra del año 1.959, al igual y con casi los mismos términos el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Nino del año 1989y el Art 5, y lo previsto por el artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre adopción y acogimiento dispone que: "En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño, por personas distintas de sus propios padres, el interés superior del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración primordial "y en las ."Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños" cuyo objetos es "a) Apoyar los esfuerzos encaminados a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia o que se reintegre a ella o, en su defecto, a encontrar otra solución apropiada y permanente, incluidas la adopción y la kafala del derecho islámico"40, y que "los niños y jóvenes deberían vivir en un entorno en el que se sientan apoyados, protegidos y cuidados y que promueva todo su potencial.. Toda esta normativa habla de la importancia de la familia y de que todo niño o niña viva bajo el amparo y protección de una familia biológica o adoptiva. Esto se potencia en la CIDN en su Art. 3 y que prescriben la obligación de los E.P. a respetar su Interés Superior y el principio de efectividad de estos derechos en el Art. 19 cuando ordena" procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial"...En consecuencia el Estado a través de sus órganos competentes, debe arbitrar todos los medios a su alcance a los fines de

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf

resguardar los vínculos, materno -paterno filiales, siempre que sea lo más beneficioso para el niño o niña, o, decidir, con celeridad su destino fuera de ese ámbito. Estas medidas deben ser expeditas yprudentes conforme la edad y lo perjudicial que es para los mismos una situación incierta o una mala decisión que los condene a seguir vulnerados. Para ello y según los casos deben crear programas adecuados paraprevenir estassituaciones o para revertirlas. Otras norma ratificadas por los Poderes Judiciales de América Latina son las "Reglas de Brasilia" del 2.008 que protege a todo niño, niña o adolescente que este privado de su medio familiar por abandono, maltrato etc., deben tener la asistencia de la justicia para establecer la armonía y protegerlo de la vulneración de sus derechos<sup>41</sup>.

Aplicar Justicia restaurativa en el ámbito de la Justicia de Familia es precisamente tratar al niño o niña como sujeto de derecho brindando la posibilidad de crecer bajo el amparo y protección familiar y como consecuencia se restauraran sus otros derechos: al desarrollo integral, salud, educación. etc.

Si comenzamos a trabajar con estrategias y conciencia de "restaurar derechos" desde la primera infancia, es posible que no necesitemos restaurarlos en la adolescencia, cuando violen derechos de terceros, en un ámbito penal juvenil.

# V. Corresponsabilidades.

En el relato de la vida de Mateo, observamos a varias instituciones, a muchos profesionales de las distintas ciencias que intervinieron en el caso, todos y cada uno tienen una corresponsabilidad por las decisiones que tomaron que afectaron la vida, conducta, salud y su futuro y no decidieron lo mejor para el Interés Superior del niño.

Desde los órganos dependientes del Poder Ejecutivo: el primero que intervino la trabajadora social del Centro de Salud, la DGE, que advirtió el maltrato, luego los organismos que lo acogieron en sus instituciones (DINAF), que incluye DCA DPD y especialmente la Defensoría de Derechos de DINAF, debió "Defender, promover

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup>Reglas de Brasilia La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, mediante Acordada N° 24.023, s. http://www2.jus.mendoza.gov.ar/novedades/2012/brasilia.php

y proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes", "Monitorear, de oficio los lugares de privación de derechos, según su decreto de creación-

No cumplieron con el mandato de pedir para el mismo la familia que merecía en tiempo y forma y cuidarlo mientras esta (sigue) bajo su órbita.

Desde el Poder Judicial, si analizamos sus resoluciones, ya detalladas, es palmaria la violación de los derechos consagrados en la ley de fondo y forma, demoró casi tres años en declarar la adoptabilidad y luego no resolvió legalmente la vinculación adoptiva y permitió un nuevo abandono. También debemos resaltar la inactividad de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la SCJM que es un órgano creado para ello, tampoco tomo la intervención legal para la que fue creada debe "monitorear condiciones de alojamiento y acceso a derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo la órbita de intervención del Estado, siendo responsable además ..de elaborar dictámenes, recomendaciones y propuestas".

Es esencial conocer y aplicar los principios de flexibilidad, discrecionalidad y diversificación de las medidas a adoptar, evaluar las variables personales, sociales y familiares; la personalidad y actitud del adolescente, su vida, las causas que propiciaron estas conductas, el grado de apoyo que podrá encontrar en su entorno, y elaborar el "plan individual" especial para la inclusión de cada adolescente.

Son protagonistas fundamentales para llevar adelante estas medidas los familiares las instituciones y la comunidad en general que "les debe a los niños y niñas lo mejor que les pueda ofrecer"<sup>42</sup>, una respuesta integral.

#### VI.- Conclusiones:

En primer lugar, se ha constatado la situación de vulneración de derechos en la cual se encuentran los niños niñas y adolescentes privados de cuidado parental desde muy temprana edad por parte de su familia biológica y ampliada, con

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup>Declaración de los derechos del niño de Ginebra de 1924<a href="http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf">http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf</a>

dinámicas de exclusión social e institucionalizados sin referentes adultos que los amen, los contengan y defiendan los derechos a su vivir en familia, a la integridad, educación, recreación, salud física y especialmente mental, negándole la escucha y reiterando el abandono por el desborde de las instituciones de albergue, la falta de personal, de cuidado y de control interno y externo que se combina con la falta de compromiso comunitario, de familias que puedan hacerse cargo para acoger niños y niñas privados de medio familiar muchas se anotan para "adoptar" por la demora que tenemos en las listas de postulantes en los distintos registros

Debido a la demora administrativa y judicial se condena a los niños a deterioro físico, mental y posterior vinculación tardía que fracasa-

En el presente como en muchos casos intervinieron muchas instituciones desde el nacimiento y la acción de todas ellas, generaron una nueva vulneración de derechos, por no resolver su situación familiar en tiempo y forma lo que destruyó sus posibilidades de formación y desarrollo integral y cuando se le dio la oportunidad de una familia, equivocaron la elección.

Por todo lo hasta aquí reflexionado creo esencial la humanización y capacitación de todos/as los/as los actores, proponiendo un trabajo interdisciplinario<sup>43</sup> y coordinado entre las instituciones y la Justicia Familia basada en la necesidad de contemplar los distintos aspectos de una misma realidad, por medio de los aportes que sobre ella puedan realizar las distintas disciplinas e instituciones involucradas.La coordinación es la piedra angular de un trabajo efectivo. Si aprendemos que la justicia restaurativa debe estar presente desde que el niño, niña o adolescente ingresa a los efectores estatales por la vulneración de sus derechos fundamentales, y que es nuestra responsabilidad su restitución y que realmente su Interés superior sea lo que prime.<sup>44</sup>.

Ponencia:

Ponencia: Creo esencial

interdisciplinariedadhttps://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=69141

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup>Dr. Frédéric Darbellay Introducción a la

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Observación general № 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)\* http://unicef.cl/web/informes/derechos\_nino/14.pdf

- 1.- La humanización y capacitación de todos/as los/as los actores, proponiendo un trabajo interdisciplinario<sup>45</sup> y coordinado entre las instituciones y la Justicia Familia basada en la necesidad de contemplar los distintos aspectos de una misma realidad, por medio de los aportes que sobre ella puedan realizar las distintas disciplinas e instituciones involucradas.
- 2.- Aplicar estrategias con enfoque restaurativo como principal respuesta a los niños, niñas y adolescentes vulnerados, propiciando la acción articulada de los distintos actores, para restaurar esos derechos fundamentales en la práctica.
- 3.- Que los Asesores de Menores hasta tanto se cree un órgano extra poder proceda a monitorear condiciones de alojamiento y acceso a derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo la órbita de intervención del Estado, siendo responsable además ..de elaborar dictámenes, recomendaciones y propuestas.
- 4.- Crear un cuerpo de defensores a los fines de que se controle en forma sistemática cada legajo administrativo que se genere por NNA vulnerados y los expedientes judiciales de niños y niñas privados de medio familiar para lograr una defensa efectiva de sus derechos y las resoluciones en tiempo y forma.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup>Dr. Frédéric Darbellay Introducción a la

#### **BIBLIOGRAFIA**

- Acordada 24.842 dictada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza<a href="http://www.jus.mendoza.gov.ar/web/direccion-de-derechos-humanos/direccion-de-derechos-humanos-y-acceso-a-la-justicia">http://www.jus.mendoza.gov.ar/web/direccion-de-derechos-humanos-y-acceso-a-la-justicia</a>
- 2. Acordada N° 24.023, del 6 de febrero de 2012, adhirió a las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. http://www2.jus.mendoza.gov.ar/novedades/2012/brasilia.php
- 3. Beloff Mary Video Garantías procesales en todo el proceso penal https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=85370
- 4. Código civil y comercial de la Rca. Argentina Ministerio de Menores. , https://www.oas.org/dil/esp/Codigo Civil de la Republica Argentina.pdf
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Pag. 409
   <a href="http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC Nacion Comentado Tomo II.pdf">http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC Nacion Comentado Tomo II.pdf</a>
- 6. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Pag. 407 CódigoCivilArts. 317 y cc <a href="https://www.oas.org/dil/esp/Codigo">https://www.oas.org/dil/esp/Codigo</a> Civil de la Republica Argentina.pdf
- 7. Constitución de la Nación Argentina
- 8. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm
- Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 192 4
   <a href="http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf">http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf</a>
- 10. Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil restaurativa Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal
  - https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/154661/mod\_resource/content/2/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf

- 11. Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños <a href="https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf">https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf</a>
- 12. Dr. Frédéric Darbellay Introducción a la interdisciplinariedad https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=69141
- 13. Dr. José Atilio Álvarez Relación de la Justicia Juvenil, Penal y de Familia Conferencia Video https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=85706
- 14. Enrique Arnanz Villalta "Coordinacion y acción voluntaria" Pag. 14

  <a href="https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/216728/mod resource/content/1/a-fuego-lento-6-coordinacion-y-redes-de-organizaciones-de-solidaridad.pdf">https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/216728/mod resource/content/1/a-fuego-lento-6-coordinacion-y-redes-de-organizaciones-de-solidaridad.pdf</a>
- 15. Enrique Arnanz Villalta Ob. Cit. Pag. 55
- 16. Expediente n° 2956/6 M P I
- 17. Expediente 1.818/11/6F incoado el 18 de octubre de 2011 por medida tutelar
- 18. Expte n° 2956/6/6 Familia caratulado "V, C, M H y otros por Internación (tres cuerpos)
- 19. Expte n° 317/17/3Penal por medidas de protección.
- 20. Expte n° 370/17/3P caratulado "HTMA por medidas de protección
- 21. Expte n° 370/17/3P caratulado "HTMA por medidas de protección".
- 22. Expte n° 448/17/3P caratulado "HTMA por Amenazas Agravadas por el uso de arma"
- 23. Código Civil y Comercial (2015) <a href="http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC">http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC</a> Nacion Comentado Tomo II.pdf
- 24. Fontemachi Maria "La practica en Adopción" Ediciones Jurídicas Cuyo Mendoza
  2.000
- 25. Justicia para crecer Pag.

  2/https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/153186/mod\_resource/content/1/justici
  a\_para\_crecer\_19.pdf
- 26. Justicia para crecer Ob Cit Pag 4

- 27. La justicia Juvenil en la Convención de los Derechos del Niño y la Observación General n° 10 https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=59445
- 28. Legajo 24034 de la Dirección de Niñez Adolescencia Discapacidad, Ancianidad y Familia (tres cuerpos)
- 29. Ley 26.061 de Protección Integral de niños niñas y adolescentes" <a href="https://www.alatinoamericana-naf.com/2011/08/03/ley-26061-ley-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adolescentes-objeto-principios-derechos-y-garantias-sistema-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adoles/">https://www.alatinoamericana-naf.com/2011/08/03/ley-26061-ley-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adoles/</a>
- 30. Ley 6.354 de "Protección Integral de Niñez y Adolescencia" http://www.alatinoamericana-naf.com/2017/09/17/ley-del-nino-y-el-adolescente-de-la-provincia-de-mendoza-ley-provincial-6-354/
- 31. Ley 8.524 Creación del Registro Único de Adopción <a href="http://www.saij.gob.ar/8524-local-mendoza-creacion-registro-unico-equipo-interdisciplinario-adopcion-lpm0008524-2012-12-26/123456789-0abc-defg-425-8000mvorpye">http://www.saij.gob.ar/8524-local-mendoza-creacion-registro-unico-equipo-interdisciplinario-adopcion-lpm0008524-2012-12-26/123456789-0abc-defg-425-8000mvorpye</a>
- 32. Ley Nacional de Protección de niños, niñas y adolescenteshttps://www.alatinoamericana-naf.com/2011/08/03
- 33. Ley-26061-ley-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adolescentes-objeto-principios-derechos-y-garantias-sistema-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adoles/
- 34. Massini Juan Carlos Derechos humanos y bienes humanos: Consideraciones precisivo-valorativas a partir de las ideas de John Finnis Enero 2010 <a href="http://metyper.com/wp-content/uploads/2014/12/MYP R3 A3 WEB.pdf">http://metyper.com/wp-content/uploads/2014/12/MYP R3 A3 WEB.pdf</a>
- 35. Observación general № 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial \*http://unicef.cl/web/informes/derechos\_nino/14.pdf
- 36. Redefiniendo el rol del Asesor de Menores pág. 15

  <a href="http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/MPT redefiniendo el rol del asesor de menores.pdf">http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/MPT redefiniendo el rol del asesor de menores.pdf</a>[1]

# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

- 37. Revista Suyat de ALAMFPYONAF N° 1 Año 1(2013)Pag. 42 https://www.alatinoamericana-naf.com/revista-suyai/
- 38. Suprema Corte de Justicia Sala Primera Poder Judicial Mendoza hoja: 51 CUIJ: 13-04119515-5/1((017101-398/16)
- 39. Zermattén Jean "Estándares Internacionales para los internamientos extra familiares" <a href="https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=94558">https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=94558</a>

# "UNA NUEVA FIGURA PARA GARANTIZAR EL DERECHO A SER OIDO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. EL ABOGADO DEL NIÑO"

#### **Autora Gabriela Antonia Paladin**

#### SINTESIS DE LA PROPUESTA

La Convención Americana de Derechos Humanos en sus Arts. 8 y 25 delimita las notas esenciales del debido proceso, uno de cuyos aspectos más relevantes es el derecho a ser escuchado a cuyos efectos — en relación a los niños, niñas y adolescentes — la Observación General nro. 12 brinda pautas de interpretación de la Convención de los Derechos del Niño respecto a las garantías que deben asegurarse a los menores y las obligaciones de los Estados Partes en relación a su aplicación.

En este marco se insertaron la Ley de la Republica Argentina nro. 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual establece en su Art. 27 garantías mínimas de procedimiento, y la Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 14.568 que introduce la figura del Abogado del Niño en la Provincia de Buenos Aires para el patrocinio gratuito y provisto por el Estado de todo menor que asi lo solicite, representando exclusivamente sus intereses personales e individuales ante cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, actuando estos en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Menores siendo obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por este profesional.

Esta nueva figura representa un avance a la hora de proporcionar protección adecuada de los DDHH de niñas, niños y adolescentes, en razón de una definición más específica del marco legal y normativo que rige la relación entre ambos, y del sustancial aumento de la posibilidad de exigir una representación letrada idónea y adecuada por parte del menor.

# "UNA NUEVA FIGURA PARA GARANTIZAR EL DERECHO A SER OIDO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. EL ABOGADO DEL NIÑO2

#### Gabriela Antonia Paladin

# El debido proceso y el acceso a la justicia de Niños. Niñas y Adolescentes

El debido proceso en las palabras de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha señalado que El proceso «es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia», a lo cual contribuyen «el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal». <sup>46</sup> En este sentido, dichos actos «sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho» y son «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial». <sup>47</sup> y supone «el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales». <sup>48</sup>

Estas ideas, plasmadas por la Corte Interamericana resultan clarificadoras en el sentido de determinar que el debido proceso es un elemento esencial para la protección de cualquier otro derecho y constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática, <sup>49</sup> lo cual, en última instancia, apunta a dotar al debido proceso de un importante carácter democratizador.

De tal manera, La Corte Interamericana ha definido una serie de estándares que constituyen un paradigma interpretativo ineludible para el cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales y un mecanismo de enriquecimiento permanente que los tribunales internacionales aportan al contenido esencial de los derechos humanos. Estos estándares son recogidos de diversos documentos como informes estatales o temáticos, así como de varios casos llevados ante la

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 118..

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 27.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Cf. Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio de 2005, párrafo 78

Comisión Interamericana y sentencias de la propia Corte Interamericana, conforme el análisis efectuado por Elizabeth Salmón y Cristina Blanco 50

Las notas del debido proceso legal en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en sus arts. 8 y 25 se destacan las notas tipificantes del debido proceso legal. Así, el art. 8 establece que: "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal (...) o en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" A su vez, esta norma ha de interpretarse complementada por el art. 25, el cual prevé que "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 que violen sus derechos fundamentales".

Si bien el debido proceso es de especial relevancia en el ámbito penal, la Corte ha efectuado una interpretación extensiva hacia otras materias, conforme el principio pro homine, de modo que las reglas contenidas en el art. 8 de la CADH, tanto en su inciso 1 como el 2, han de ser observadas en todo proceso tendiente a la determinación de derechos de una persona., siendo esta interpretación bastante uniforme y basada en diversas fuentes del Sistema IDH. I.<sup>51</sup>

#### El derecho a ser oído

En lo que especialmente interesa a este trabajo, integra el debido el debido proceso el derecho a ser oído, el cual implica la posibilidad cierta de toda persona, para hacer valer una o mas pretensiones, ante los órganos estatales que habrán de expedirse sobre los alcances de sus derechos y obligaciones.. La Corte IDH ha señalado que existirá violación del art. 8 cuando se obstruya esta garantía, en supuestos como los de falta de colaboración de las autoridades en la investigación

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Elderecho al Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" Elizabeth Salmon, Cristina Blanco, El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos, 1era. Ed. febrero de 2012 Tiraje, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Esta jurisprudencia fue reiterada pacíficamente en los casos "Paniagua Morales y otro; 23 "Tribunal Constitucional", 24 "Broenstein", 25 "Baena", 26 "López Mendoza". 27 Con posterioridad a estos pronunciamientos, la Corte IDH extendió aun más la garantía, y estableció que su aplicación resultaba imperativa no sólo en todos los procesos de determinación de derechos, sino también en todas sus instancias,

de denuncias efectuadas por ciudadanos frente a abusos estatales; supuestos de la leyes de autoamnistías (como las de Obediencia debida y Punto final, que impiden a las víctimas y sus familiares llevar al conocimiento de un juez casos de violaciones a derechos; y, por la privación de este derecho por vías económicas, tal como podría ser el caso del cobro de una tasa de justicia tan elevada que impida el derecho a presentar la causa ante un juez para que la oiga.

# Los niños y el debido proceso

Existe en la actualidad un verdadero corpus iuris que protege los derechos de los niños. En el caso específico del debido proceso, la Corte refleja bien este panorama a través de una lectura conjuntade los artículos 5.5, 17.4 y 17.5 de la Convención Americana, que se vincula con los derechos procesales contenidos en la Convención. sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (artículo 40.2.b), además de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores («Reglas de Beijing»), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad («Reglas de Tokio»)<sup>52</sup> Por ejemplo, en el Caso «Instituto de Reeducación del Menor» vs. Paraguay, la Corte estableció que la inexistencia de juzgados especializados en materia de menores de edad vulneraba las garantías establecidas en el artículo 8 debido a que los procesos administrativos y judiciales deben garantizar sus derechos específicos, tal como lo señala el artículo 19 de la Convención Americana.

Los derechos procesales tienen aplicación general pero revisten condiciones especiales en el caso de los niños, con mayor incidencia en el caso de los menores infractores. .En dicho asunto, la Corte adoptó las condiciones

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Corte IDH. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Fondo. Sentencia del 31 de agosto de 2010; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. 174 Cf. Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Cf. CIDH. Informe sobre el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. 20 de enero de 2007; Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009; y Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. 176 Cf. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparacionesy Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005; y CIDH. Informe sobre comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia. OEA/Ser.L/V/II. 58. 24 de diciembre de 2009. 177 Cf. Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares y Fondo. Sentencia del 28 de noviembre de 2006. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores («Reglas de Beijing»). Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985, Quinta Parte, Tratamiento en establecimientos penitenciarios. 17)179 y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil («Directrices de Riad»).180

establecidas en el Derecho internacional para la jurisdicción sobre menores infractores de la ley,184 tales como: 1) la posibilidad de no recurrir a procedimientos judiciales; 2) la adopción de medidas especiales en los procesos judiciales (asesoramiento psicológico, control del testimonio del niño y de la publicidad del proceso), 3) el margen discrecional por parte del juzgador, y 4) la preparación y competencia de los funcionarios encargados.

La Corte ha señalado que «debido a que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto, es fundamental reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento». Asimismo, la Corte afirmó que: [l]a obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño<sup>53</sup>.

# El derecho a ser oído y la Convención sobre los Derechos del Niño

<sup>53</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. 176 Cf. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparacionesy Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005; y CIDH. Informe sobre comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia. OEA/Ser.L/V/II. 58. 24 de diciembre de 2009. 177 Cf. Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares y Fondo. Sentencia del 28 de noviembre de 2006. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores («Reglas de Beijing»). Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985, Quinta Parte, Tratamiento en establecimientos penitenciarios. 17)179 y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil («Directrices de Riad»).180

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, parrafo201,

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, complementados con 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 sobre los Derechos del Niño estipula lo siguiente: "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."

El Comité de los Derechos del Niño, efectua la Observación nro, 12, en la que brinda pautas orientativas acerca del art. 12 de la Convención, remarcando que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño ("la Convención") 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 lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

El párrafo 1 del artículo 12 dispone que los Estados partes "garantizarán" el derecho del niño de expresar su opinión libremente. Los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones "en todos los asuntos" que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente.

Se especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.

El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo denuncias de malos tratos y recursos contra la exclusión de la escuela, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción.

Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños

Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado". El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento..

Conforme lo recomienda el comité el representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio progenitor(es

El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño.,

# La ley de la Republica Argentina nro.26.601 y la Ley N° 14.568 de la provincia de Buenos Aires

El Artículo 27, inc. c) de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, establece en el marco de las GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS.

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, 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: 1.A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; 2. A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; 3.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; 4. A participar activamente en todo el procedimiento; 5.A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

En este contexto la figura del Abogado del Niño: implica el derecho a ser asistido por un letrado, preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, profesional que deberá exclusivamente representar los intereses del menor..

En caso de carecer de recursos económicos, el Estado dispone que se deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

Distintas normativas nacionales reflejan la incorporación de los nuevos paradigmas en los procesos que afecten los intereses de los menores, asi la Ley N° 13298 de Promoción y Protección Integral de derechos, en su Art. 35 bis (incorporado por Ley N° 14537) dispone en el proceso de la Medida de Abrigo, el deber de informar al niño y su derecho de comparecer con asistencia letrada.

En igual sentido, el cambio de paradigma ha quedado reflejado en la más reciente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Art. 7, inc.3 – ratificada por las Leyes N° 26.378 y 26.657 – Art. 22 y 26 – de Salud Mental.

La Ley Nº 14.528 (sancionada el 15/07/2013) de procedimiento de adopción, dispone en su Art. 6 la asistencia letrada de niños, niñas y adolescentes por un profesional especializado en la materia, y en el Art. 25 establece la garantía de patrocinio letrado para niños, niñas y adolescentes que deban prestar su consentimiento de ser adoptados.

Finalmente, la Ley N° 14.568 – sancionada el 27/11/2013 – introduce la figura del abogado del niño en la Provincia de Buenos Aires para el patrocinio del niño, niña y adolescente, representando sus intereses personales e individuales ante cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, actuando estos en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Menores siendo obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño. Dicha norma complementa a la Ley Nº 13.634 (2007) con sus reformas, la que constituye el sistema de responsabilidad penal juvenil.

Conforme lo prescripto en la Ley Nº 14.568, se establece un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificada por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y la adolescencia.

Por Decreto Nº 62/15 se aprobó como Anexo Único la reglamenta-ción de la Ley Nº 14.568, y se designó Autoridad de Aplicación de dicha norma legal al Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, facultándolo para dictar las normas interpretativas, complementarias y aclaratorias que resulten necesarias.

Conforme lo establecido en el Art. 5º de la citada Ley y su Regla-mentación, corresponde al Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires establecer las pautas y el procedimiento pertinente, a los efectos del pago de las acciones derivadas de las actuaciones de los abogados patrocinantes de los niños, niñas y adolescentes.

En ese marco, el 11/05/2016 se celebró un convenio entre el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires para coordinar las acciones tenientes a la implementación en todo el territorio provincial de la figura del Abogado del Niño.

Como protocolo de actuación, en todo proceso que afecten los intereses de Niños, Niñas y Adolescentes en la oportunidad de la escucha del art. 12 de la Convención la que se realiza en presencia del Juez y del Asesor de Menores se le pregunta al menor si desea contar con un Abogado del Niño y si contesta afirmativamente se oficia al Colegio de Aogados Departamental para su designación, la que es gratuita para el niño pasando a contar con dicho patrocinio desde ese momento y hasta la finalización del proceso.

#### **Conclusiones**

La Convención Americana de Derechos Humanos en sus Arts. 8 y 25 delimita las notas esenciales del debido proceso, uno de cuyos aspectos más relevantes es el derecho a ser escuchado a cuyos efectos y en relación a los niños, niñas y, la Observación General nro. 12 brinda pautas de interpretación de la Convención de los Derechos del Niño respecto a las garantías que deben asegurarse a los menores y las obligaciones de los Estados Partes en relación a su aplicación.

En este marco se insertaron la Ley nacional 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual establece en su Art. 27 garantías mínimas de procedimiento, y la Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 14.568 que introduce la figura del abogado del niño en la Provincia de Buenos Aires para el patrocinio del niño, niña y adolescente, representando sus intereses personales e individuales ante cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, actuando estos en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Menores siendo obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño.

Como expuse previamente, y por las razones apuntadas, la figura del Abogado del Niño representa un avance a la hora de proporcionar protección adecuada de los DDHH de niñas, niños y adolescentes, en razón de una definición más específica del marco legal y normativo que rige la relación entre ambos, y del sustancial aumento de la posibilidad de exigir una representación letrada idónea y adecuada por parte del justiciable. Si bien el marco legal nacional e internacional les atribuye derechos, en la medida en que esos derechos no cuenten con medios idóneos para constituirse en exigibles en la práctica, quedan como enunciados voluntaristas sin capacidad para modificar las relaciones jurídicas del mundo en el cual vivimos, conculcados de facto. Proveer a los titulares de derechos más desvalidos de medios idóneos para defenderlos y hacerlos observar y cumplir vuelve más gravosa y menos probable (con el tiempo) la violación impune de sus derechos (en general) y de sus DDHH (en particular), pues de otro modo la observancia y respeto tanto por el Estado como por los particulares queda librada al arbitrio del funcionario o la persona privada, y a su escala de valores, lo que de por sí significa consagrar el estado de indefensión relativo de estos tan especiales titulares de derechos.

#### **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución reformada, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1996, pág. 327; y GOZAÍNI, Afredo, El Debido proceso, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pág.23; MONTERISI, Ricardo y ROS La Convención Americana de Derechos Humanos en sus Arts. 8 y 25 delimita las notas esenciales del debido proceso, uno de cuyos aspectos más relevantes es el derecho a ser escuchado a cuyos efectos — en relación a los niños, niñas y adolescentes — la Observación General nro. 12 brinda pautas de interpretación de la Convención de los Derechos del Niño en relación a su Art. 12 respecto a las garantías que deben asegurarse a los menores y las obligaciones de los Estados Partes en relación a su aplicación.

En este marco se insertaron la Ley nacional 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual establece en su Art. 27 garantías mínimas de procedimiento, y la Ley de la Provincia de Buenos Aires Nº 14.568 que introduce la figura del abogado del niño en la Provincia de Buenos Aires para el patrocinio del niño, niña y adolescente, representando sus intereses personales e individuales ante cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, actuando estos en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Menores siendo obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño.

Como expuse previamente, y por las razones apuntadas, la figura del Abogado del Niño representa un avance a la hora de proporcionar protección adecuada de los DDHH de niñas, niños y adolescentes, en razón de una definición más específica del marco legal y normativo que rige la relación entre ambos, y del sustancial aumento de la posibilidad de exigir una representación letrada idónea y adecuada por parte del justiciable. Si bien el marco legal nacional e internacional les atribuye derechos, en la medida en que esos derechos no cuenten con medios idóneos para constituirse en exigibles en la práctica, quedan como enunciados voluntaristas sin capacidad para modificar las relaciones jurídicas del mundo en el

cual vivimos, conculcados de facto. Proveer a los titulares de derechos más desvalidos de medios idóneos para defenderlos y hacerlos observar y cumplir vuelve más gravosa y menos probable (con el tiempo) la violación impune de sus derechos (en general) y de sus DDHH (en particular), pues de otro modo la observancia y respeto tanto por el Estado como por los particulares queda librada al arbitrio del funcionario o la persona privada, y a su escala de valores, lo que de por sí significa consagrar el estado de indefensión relativo de estos tan especiales titulares de derechos.ALES CUELLO Ramiro, El debido proceso legal y la interpretación del artículo 115 de la CN. (A propósito del fallo de la CSJN en el caso "Brusa"), JA 2004-II-511. Ramírez, Sergio, "El debido proceso. Concepto general y regulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, nº 117,

# "SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD. IN-VISIBILIZACIÓN DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS Y SUS EFECTOS EN LA PRÁCTICA PERICIAL PSICOLÓGICA."

Autora: Esp. Lic. Lorena Romina García

## <u>Síntesis</u>

El presente trabajo pretende reflexionar en torno a los procesos de subjetivación en sociedades que, luego de gestar su emancipación, reproducen prácticas que más bien refuerzan la permanencia de pensamientos colonizados, visible a través de los contenidos curriculares de la Educación formal, desde los primeros años de edad hasta la instancia universitaria donde la pluralidad cultural que surge como contexto de vida y trabajo puede resultar ausente aún más en carreras que parecerían no necesitar de un temario que lo aborde, por ejemplo el caso de la carrera de Psicología. Tal situación posibilita, indudablemente, la generación de prácticas iatrogénicas, descontextualizadas, con aplicación de marcos teóricos y pruebas psicológicas inadecuadas para la población con la que se re-quiere emplearlas, en este caso, poblaciones indígenas.

En lo sucesivo se abordarán las inquietudes que devinieron en un proceso personal de descolonización de pensamientos y prácticas profesionales, también un caso disparador y el proyecto de investigación de cátedra en el que devino, continuando con las lecturas que le siguieron en torno a las responsabilidades de los/as profesionales y las instituciones de Justicia. Todo ello en un intento de repensar las prácticas, los desempeños y apelar a un ejercicio ético de la profesión y la función como empleados del Estado.

#### Introducción

Las inquietudes académicas surgieron de experiencias fundantes (siguiendo a Silvia Rivera Cusicanqui<sup>54</sup>). Mi abuela llegó a contarme que ella, de niña, sabía que debía transitar con cuidado, y nunca sola, por los alrededores de su pueblo (si no era en su pueblo mismo, en los valles Calchaquíes de Salta-Argentina) porque los hombres podían tomar a las mujeres, "ramiarlas" y "sobrepasarse" con ellas. Aquel relato me parecía imposible, aunque nunca dudé de su existencia. Lo que hacía ruido en mí, a los 10 años de edad, era cómo podía suceder que un grupo de hombres realizara tal conducta por cuanto yo sabía que eso estaba mal, que tenía que intervenir la policía y que había que denunciarlos. Mi abuela sumaba al relato esto otro, decía que sucedía en época de carnaval y que por ello se hablaba de los "hijos del carnaval" porque no tenían padre (solo una época de suceso). Con la escucha de casos locales y las lecturas que desandé, le puse nombre a los relatos de mi abuela, "chineo".

Esos relatos de mi abuela, resurgieron con un trabajo que estoy desarrollando desde que se me consultara foráneamente, sobre cuál modalidad de abordaje pericial psicológico consideraba pertinente en unas causa de Declaración de adoptabilidad respecto a una niña wichí. A ello le siguió un proyecto de investigación de la cátedra<sup>55</sup> Psicología Forense de la Universidad Católica de Salta y nuevas lecturas en torno poblaciones indígenas, discriminación y mujeres indígenas.

Realizando un autoanálisis retrospectivo, entiendo que, desde niña hasta la adultez, había pasado por un proceso social de colonialismo interno que valoraba más lo europeo. Y, así como lo dijera la Socióloga Silvia Rivera, lo que me pasó era una subrepticia dominación que efectivamente va más allá de la economía, porque nos configura a través de su influencia en los contenidos educativos (formales sobre todo), en los hábitos alimentarios, la vivienda, el lenguaje, la vestimenta, los temas de lectura, etc. Vale aclarar que obtener el Título de Lic. en

Rivera Cusicanqui, Silvia. Historias debidas VIII. Recuperado en 25/09/2018. https://www.youtube.com/watch?v=1q6HfhZUGhc

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Res. Universidad Católica de Salta - UCASAL N° 866/17 – Expte. NAS N° 22782/17 – Secretaría de Superintendencia del Poder Judicial de Salta.

Psicología habilita para el desempeño en Salud, Educación, Justicia<sup>56</sup> como las áreas más influyentes del Estado; por ello, el estudio de especializaciones guardaría relación con las posibilidades personales, económicas y éticas.

En lo que sigue, desarrollaré los puntos referidos en la introducción a modo de apartados: Cualidades de la función pericial, Caso de adopción de una niña wichí y proyecto de investigación de la cátedra Psicología Forense - resultados preliminares. Para luego hacer las vinculaciones con los contenidos teóricos de autores tales como Manuel Moreira, Silvia Rivera Cusicanqui, Mariana Gómez, Mónica Tarducci y Karina Bidaseca, así como documentos, por ejemplo el Plan Nacional contra la Discriminación del Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI, 2005.

# 1. Cualidades de la función pericial<sup>57</sup>

La labor pericial requiere de entrevistas y aplicación de pruebas psicológicas para responder los pedidos judiciales, por lo que esta labor se despliega en el marco de un diálogo interdisciplinario de (al menos) dos o más disciplinas ante cuestiones que requieren de ese diálogo al resultar desconocidas para una de las partes implicadas en el mismo, si no lo es para todos los involucrados.

Así es que, una pericia psicológica tiene lugar cuando se requieren conocimientos expertos/especializados en un área<sup>58</sup> para juzgar convenientemente.

La experticia está definida por la posesión del Título habilitante (en el caso de profesiones reglamentadas) y la competencia en la materia. En el caso específico de la profesión que nos convoca, un/a profesional de la Psicología que cuente con el Título pero no con la competencia que amerite su intervención como perito, puede ser recusado.<sup>59</sup>

Salvada la cuestión de la pertinencia y la competencia para dar lugar a la labor pericial, queda aún, la del dictamen pericial (estudio o trabajo que realiza el perito)

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Ley Provincial N° 6063/83 Salta – Argentina.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Fragmento de la ponencia "Pericias psicológicas y poblaciones indígenas" presentada en el XXII Congreso Nacional de ADEIP. Rosario. 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Art. 457 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCyCN: Procedencia de la prueba pericial y Art. 96 del Código Procesal Penal de Salta.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Art. 464 y 465 CPCyCN.

que, de no resultar útil a la causa judicial, puede dar lugar a observaciones consistentes en pedido de explicaciones o impugnaciones de lo expuesto.

Cabe precisar que los dictámenes periciales deben contener los procedimientos efectuados los cuales, no está de más recordarlo, requieren respetar los lineamientos psicológicos definidos para el ejercicio profesional y, específicamente, para la evaluación psicológica.

Sobre ello, a nivel internacional, nacional y provincial<sup>60</sup> se encuentran definidos los procedimientos éticos recomendados. Todos los documentos o instrumentos normativos coinciden en el hecho de prestar atención al aspecto cultural y a la población en cuestión, al aplicar dichos instrumentos, para evitar resultados erróneos, alejados de la precisión, la confiabilidad y la honestidad. Asimismo, hacen hincapié en el trato personalizado y en la evaluación individualizada de cada individuo.

Los resultados erróneos por forzar las interpretaciones con baremos o parámetros de medidas que no representan a la persona en estudio, tienen el mismo efecto que una prueba pericial negligente para un/a Juez/a. Como informe escrito con el que se responde a un pedido pericial, se estaría cumpliendo con lo ordenado en su aspecto formal, sin embargo, el contenido en sí mismo, no responderá al motivo subyacente (necesidad de cubrir un área específica que resulta desconocida), ni podrá emplearse para resolver situaciones controvertidas.

La prueba pericial constituye, pues, un elemento probatorio y la actuación de un profesional sin conocimientos o preparación adecuada, generaría una prueba negligente por falta de pericia e idoneidad en el desempeño de sus funciones, todo esto a pesar de su carácter no vinculante.

En lo que respecta a la formación académica en Salta (en Psicología), la misma se encuentra orientada a la población mayoritaria (occidentalizada) y no a otras "cosmovisiones diferenciadas" (diría la autora Norma Contini, 2003). A su vez, la bibliografía de base remite a contenidos pensados por autores 'externos' o

\_

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Ley de la Provincia de Salta N° 6063/83 de Ejercicio de la Profesión de Psicólogo; Pautas internacionales para el uso de los Tests de la International Test Commission (ITC); Código de Ética del Psicodiagnosticador (2000) y Consideraciones para el uso de los Tests en el ámbito forense (2015), ambos de ADEIP; Código de Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina (FEPRA. 2013).

'alejados', tanto espacial como culturalmente, de las poblaciones abordadas<sup>61</sup>. De esta manera, pueden generarse errores de diagnóstico "al utilizar instrumentos de evaluación surgidos en un contexto diferente de aquel en el cual fueron diseñados" (Contini, 2003:91) como lo reflejó un caso judicial que devino en el proyecto de investigación realizado pues allí se aplicaron categorías ajenas a las prácticas culturales de la población de la que se trataba, dando lugar a una declaración de estado de adoptabilidad de una niña perteneciente a una población indígena.

#### 2. Sobre el caso de Adopción de una niña wichí

Al respecto, daré breves referencias, todas ellas orientadas a conocer el caso pero no a las personas intervinientes en orden al resguardo de la identidad y las instituciones vinculadas. Preciso que no tuve intervención en el caso, solo recibí una consulta informal (foránea) que se me hiciera sobre modalidad de abordaje pertinente.

Caso Judicial: Solicitud de declaración de la Situación de Adoptabilidad.

El pedido lo hace un abogado del Estado para el bienestar de la niña E., de un año de edad, cuya madre no se encuentra en condiciones de hacerse cargo por carecer de nivel de alarma conforme a las pruebas reunidas.

Aquellas pruebas guardan relación con las manifestaciones de la madre durante las audiencias que se le tomaran y un informe psicológico (puntos A y B):

- A) Al momento de la audiencia con la madre, respecto a por qué "no quiso" tener a su cargo a la niña, se asentó lo siguiente: "antes tomaba, cuando estaba embarazada tomaba, la tuvo tres días cuando nació y no sabía qué hacer, le gustaba la joda y el baile. Consumía paco. Actualmente está sujetándose para no consumir".
- B) Respecto a los tíos maternos con los cuales podría estar la niña y no ser dada en adopción, la evaluación psicológica que se aportaba como prueba, concluía: "diagnóstico de interacción familiar: no se identifican con las funciones de autoridad y contención; inmadurez emocional; vínculos afectivos frágiles; dificultades para registrar, interpretar y responder a las necesidades de su hijo,

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Autores con un punto de vista "externo" o "etic", según la antropología.

denotando bajo nivel de alarma, ninguno la incorporó en rol de hija; el tío no sabe aún como se llama".

- C) Ante el informe, el abogado defensor de los tíos maternos, contestó lo siguiente: "los informes no aluden a la cultura wichí, ni su idiosincrasia, el informe hace predicciones a futuro sin base empírica alguna, la tía materna amamantaba a la niña, el tío materno duerme junto a su señora y la niña, la identificaban como XX porque era el nombre que en un primer momento le había dado su progenitora (el resaltado me pertenece) y que es como la reconocía la familia extensa. la informe psicológico lapidario que denota desconocimiento de la realidad material y cultural de la etnia wichí. A partir del cual se coloca a la niña en el Hogar "...". "Informe que en nada refleja la realidad wichí pues hace una distorsionada interpretación de la realidad de las parte y de su estilo de vida (el resaltado me pertenece). No supo interpretar el estilo de vida, la ayuda que reciben los tíos por parte de sus familias, pues lo interpreta como dependencia emocional. Lo más importante, no se ha ordenado la realización de un informe antropológico, pedido por mi parte".
- D) Nueva declaración de la madre, a posteriori de los informes elaborados: "no le gustaría que la niña sea dada en adopción porque ella la querría para ella, que ella la cuidaría, la bañaría todos los días que soy inútil, no sé bien cómo la cuidaría, que la mandaría a la escuela, que la llevaría a la casa de mi tía, que ahí todos cobran me ayudarían económicamente, que si se enfermara la traería al hospital. Hace poco dejé de tomar, ya no salgo, ya no quiero tener novio y no quiero tener más hijo".

El caso o, mejor dicho, las historias de vida siguen pero a los efectos de este trabajo concluyo aquí. Sin embargo, puedo agregar lo que respondí al momento de la consulta foránea que se me hiciera (foránea porque no fue consulta oficial y yo no intervine como perito). Consideré que investigaría características sobre poblaciones wichí, haría interconsulta con un profesional de la Antropología, establecería el primer contacto con las personas a evaluar en su domicilio y, luego, en sede judicial. Sin embargo, no había vislumbrado los siguientes

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> El nombre de la niña, asentado en el Registro Civil, fue dado por un funcionario del Estado.

aspectos: ausencia de profesionales antropólogos en la zona, necesidad de contar con un intérprete de modo permanente para llevar a cabo las entrevistas, imposibilidad de evaluar con pruebas psicológicas de rutina y localización geográfica del grupo familiar, todo lo cual surgió con la investigación que sigue.

# 3. Proyecto de Investigación "Pericias psicológicas y poblaciones indígenas" Habiendo sido consultada por la modalidad de abordaje pericial psicológico que implementaría en la causa que antecede es que surgió un Proyecto de Investigación en la Cátedra Psicología Forense, primero para resolver una cuestión interna (una inquietud académica que se me había generado, luego del colonialismo pedagógico) y luego para responder a un requerimiento de Facultad, generar proyectos de investigación cuyo temas suelen rondar el consumo de sustancias y las violencias.

El Proyecto de Investigación de Cátedra fue denominado: "Representaciones, conocimientos y experiencias sobre pericias psicológicas con poblaciones indígenas en la provincia de Salta<sup>63</sup>." (2017-2018) y se realizó en el marco de la cátedra Psicología Forense de la Universidad Católica de Salta – Argentina (UCASAL). Tenía previsto desarrollarse en dos Distritos judiciales, Orán y Tartagal, pero debió limitarse a uno de ellos por presupuesto: Tartagal.

En el caso de la provincia de Salta, podemos hablar de los Departamentos de Orán, Rivadavia y Gral. José de San Martín (en el chaco salteño) como las regiones donde se asientan la mayor cantidad de pobladores y pueblos originarios pre-existentes al Estado Nación: Kolla, Diaguita-Calchaquí, Wichí, Chorote, Nivaklé, Guaraní, Tapieté, Chané y Qom-Toba, tomando como referentes a Buliubasich y Rodríguez (2009.

El proyecto tenía por objetivo conocer cuáles eran las "representaciones", "conocimientos" y "experiencias" alcanzados por los/as estudiantes de 5° Año de la carrera de Psicología y los profesionales peritos de los Distritos Judiciales de Orán y Tartagal en relación a los pobladores originarios. Para ello, se efectuaron

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Res. Universidad Católica de Salta - UCASAL N° 866/17 – Expte. NAS N° 22782/17 – Secretaría de Superintendencia del Poder Judicial de Salta.

observaciones de campo y entrevistas semiestructuradas a estudiantes, peritos psicólogas, magistradas y funcionarias del Poder Judicial y Ministerio Público de los Distritos Centro y Norte. En síntesis puede decirse que ninguno de los entrevistados se había problematizado por la cuestión, solo las peritos entrevistadas advirtieron la complejidad del tema por falta de estudios académicos durante el cursado de la carrera de grado y esto al recibir los pedidos de pericias. Pero desarrollo...

En este trabajo se presentan los resultados correspondientes a las entrevistas realizadas a las peritos y estudiantes, a modo breve.

A los efectos de la investigación mencionada, fueron entrevistadas, de modo individual, tres peritos del Distrito Tartagal (dos de ellas actualmente en ejercicio de la función) y siete estudiantes universitarios del último año, respecto a las "representaciones", "conocimientos" y "experiencias" desarrolladas en torno al trabajo pericial con poblaciones indígenas. Al principio se desarrollarán los resultados de las entrevistas a peritos.

Las peritos consultadas integran un sistema multi-fuero, por el cual responden oficios de causas civiles y penales.

Las profesionales coincidieron en manifestar que durante la formación de grado en universidades nacionales (de hace diez años en promedio, Tucumán y Córdoba) no estudiaron contenidos de autores latinoamericanos ni referidos a poblaciones indígenas del país. Al respecto, una de ellas, resaltó el "contenido europeizado" sobre el que se basa la formación académica, en relación a los aspectos culturales y específicos, como las técnicas de evaluación.

De las expresiones vertidas en este punto, no surgió espontáneamente la representación del ejercicio profesional en relación al contexto en el que se desenvolverían, haciéndose manifiesto en forma posterior y acentuándose al momento del ejercicio profesional como peritos. En todos los casos coincidió el hecho de que la problematización y búsqueda de conocimientos, ocurriera en forma posterior a la asignación de las causas.

En torno a la demanda laboral, las profesionales compartieron la impresión de que, estadísticamente, el número de causas que involucran a miembros de poblaciones originarias no supera la media, sino que se enmarcaría entre un 20% y 30%, con un sensible incremento. Los oficios, por medio de los cuales se les requieren las pericias, no informan sobre la pertenencia a una comunidad originaria por lo que no puede preverse una modalidad de abordaje específica con un uso estratégico del tiempo disponible en agenda<sup>64</sup>.

Pese al número inferior, las pericias psicológicas de estos casos son percibidas con una complejidad tal, que surge de inmediato la necesidad de trabajar con "otro", un "otro" que puede ser la misma colega y compañera de trabajo, un/a antropólogo/a y un intérprete (el orden no implica jerarquía ni prioridad). La interdisciplinariedad se manifiesta como un aspecto de gran relevancia puesto que las entrevistadas asumieron desconocimiento respecto a las características culturales específicas de las diversas poblaciones que habitan el Distrito, así como de sus idiomas nativos. A ello, se le suma, la falta de intérpretes y peritos antropólogos oficiales.

Si bien, de las respuestas obtenidas surge reiteradamente que la escolaridad y el idioma son percibidos como condicionantes del trabajo pericial (así como criterios para observar la viabilidad del proceso pericial de rutina: entrevistas y pruebas psicológicas), también lo es el contexto geográfico y la configuración de las poblaciones (por la migración entre países limítrofes). En suma, los casos que generan las mayores dificultades para entrevistar y evaluar son las que reúnen diversos factores, tales como: pertenencia a una población indígena, residencia a mayor distancia de los centros urbanos, ausencia de escolarización y manejo del idioma español.

A la multiplicidad mencionada, es necesario sumarle la originada en problemáticas de consumo de sustancias psicoactivas y el tipo de causas, como aquellas de las que puede originarse un apartamiento de un/a niño/a del/los referente/s adulto/s o las condenas más altas por homicidio que puede, además, tener a una persona

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Cada profesional fija en agenda, y prevé, los turnos a asignar en cada causa. Se debe considerar en esto, los tiempos necesarios para que las notificaciones policiales puedan concretarse, antes de la fecha fijada para entrevista y/o evaluación (según corresponda). Un trabajo pericial sin previsión (posible) tiene su incidencia negativa en la fuerza policial con la que debe trabajarse, más o menos directamente.

privada de libertad. Los requerimientos periciales de estas causas llegan con una frecuencia, urgencia y complejidad especialmente percibidas por las peritos.

Otro aspecto a resaltar es que los conocimientos y experiencias fueron y son desarrollados con cada causa trabajada, de modo que los peritados además de requerir resolver los pleitos de los que son parte, también son ocasión para la práctica de la que carecieron sus peritos al momento de la formación académica. Esto hace, de suma importancia, el trabajo en equipo entre las profesionales con mayor y menor experiencia en la función.

Respecto a las respuestas de los estudiantes entrevistados, los mismos aseguraron conocer las poblaciones indígenas que habitaban la provincia, remitiéndose a Incas, Aztecas y Mayas. Así también, consideraron estar capacitados para la evaluación psicológica de estas poblaciones por cuanto podrían llevar a cabo las entrevistas y pruebas psicológicas, todo enseñado en la Carrera de Psicología. Algunos destacaban que debían tenerse en cuenta las variables culturales sin olvidar que están en un territorio mayor con normas, leyes, en referencia clara a la iniciación sexual de las niñas indígenas por parte de los caciques (sin mayores precisiones). Puede verse que las complicaciones experimentadas por las peritos no son advertidas por los/as estudiantes.

### 4. <u>En un intento de descolonizar pensamientos, estudios y prácticas profesionales.</u>

Releo el título de este apartado y pienso, qué vendría después de la descolonización. Indudablemente, algún pensamiento tenderá a cubrir el espacio que vaya dejando u originando el descolonizarse. Entiendo que ir viviendo desde la diferencia, continuar y estudiar y vivenciar nuevamente desde la diferencia, integrando lo distinto, lo nuevo, es una forma de crecer pudiendo pensar con otros (distintos) y no para otros y, menos, para su bienestar.

En este momento, resuena en mí el texto "Mujeres blancas buscando salvar a las mujeres color café de los hombres color café" (Bidaseca, 2011). Si me remito al caso presentado más arriba, diría respecto al caso compartido: "hombres blancos salvando niñas color café de sus madres color café". También recuerdo lo que una

de las entrevistadas (Lic. Norma Naharro<sup>65</sup>) nos dijera en el marco de la investigación mencionada, decía que los que hablan de bajo umbral de alarma no saben del valor y la importancia que representan los niños y niñas en las comunidades wichís y que se enojan al ver a toda la familia en los hospitales sin comprender que los niños son lo más valioso para ellos (si se recuerda, fue la valoración recibida por la madre del caso relatado). Aquí tendríamos más blancos (hombres, mujeres, funcionarios, personal de salud, educación, etc.) buscando salvar a las poblaciones de sí mismas. Ahora rescato un texto, "Bestias de Carga" de la autora Mariana Gómez, en el que se puede leer que hacia el 1900, el antropólogo Erland Nordenskiold escribió que los indígenas se estaban alejando de sus originales modos de vida al trabajar en los ingenios y que, por ello, ahora era necesario un amparo especial por parte del Estado. El antropólogo decía que la "obra civilizadora, en verdad, desmoralizaba al más alto grado a los indígenas" (p. 241). Más de un siglo después, estimo que puedo decir que hoy parece que hay que proteger a las poblaciones indígenas de los blancos<sup>66</sup> pero... también a los blancos de los blancos.

La posición en una aparente supremacía, por profesión de base o por función en el Estado no amerita la toma de decisiones, por más urgentes y provisorias sean, que signifiquen la ruptura de vínculos familiares porque "el remedio puede ser peor que la enfermedad". Cualquier disposición puede estar acompañada de evaluaciones preliminares a profundizar en lo inmediato, con lo cual se previene la toma de decisiones sin fundamento, por supuesto, toda evaluación preliminar debe ser realizada por profesionales idóneos (no solo habilitados por título). Los vínculos afectivos, familiares sobre todo, no son una opción más de ediciones de Word, no se pegan ni se cortan para luego copiarse. ¿Cuál habría sido la historia de vida, la identidad de la niña del caso propuesto si se hubiera continuado con la declaración lisa y llana de una situación de adoptabilidad?

\_

Lic. Norma Naharro. Licenciada en Antropología. Docente de la Universidad Nacional de Salta. Argentina
 Término que tampoco comparto, por cuanto en la provincia y en la Argentina, no somos "blancos" al unísono.

Continuando con el texto de la Dra. Mariana Gómez, y el antropólogo Nordenskiold, rescato esta oración en referencia a los indígenas: "cierta moral propia que al primer contacto con las prácticas de los obreros blancos y criollos lucía inocente y hasta infantil". Ese tono me resonó, esa inocencia, al leer la declaración de la mamá de E., allí estaba ella exponiendo una vida con los entrecruzamientos que mencionaron las peritos (pobreza, precariedad, consumo de sustancias psicoactivas...) a partir de los cuales se diría que era necesario declarar el estado de adoptabilidad. Y ahí estaba el sistema, haciendo carne de una situación y una historia de vida colmada de estados vulnerabilizantes. Las circunstancias referidas por la mamá no hacen a su identidad fija, no definen una personalidad, la influencian al punto de poder configurarla, pero no la determinan sin más. De repente entiendo que el Estado debe estar allí para resguardar los Derechos de los Niños/as y Adolescentes (NNA) pero desde un ejercicio de la profesión y función desconolonizadas. Si se recuerda, uno de los abogados intervinientes, refirió la necesidad de contar con una pericia antropológica. Me pregunto, ¿los/as profesionales psicólogos/as que intervinieron en el caso, no consideraron en ningún momento la interconsulta con antropólogos/as?<sup>67</sup> ¿Se contaba con la experiencia y conocimiento necesarios y/o suficientes? Mismas preguntas cabe formularse respecto a cualquiera de los/as profesionales intervinientes: antropólogos/as y abogados (como profesiones que vincula el caso en primer lugar). Y aquí tomo a la Dra. Mónica Tarducci respecto a una causa judicial de la Localidad de Tartagal, Salta – Argentina<sup>68</sup>, respecto a "la peligrosa utilización de la cultura para explicar distintas situaciones de desigualdad y discriminación" (p. 11). Estimo que la descolonización pedagógica implementada desde las Universidades favorecerá que aquel mal uso de la cultura no ocurra. Digo Universidades porque no se trata de tal o cual profesión, no debería tratarse de tal o cual profesional, tiene que ser una política de Estado que las currículas contemplen estudios relativos a poblaciones indígenas y que esto promueva

\_

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> La Lic. Norma Naharro refirió que la pericia antropológica resulta pertinente cuando hay alguna cuestión que requiere ampliar el contexto.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Expte. CJS 28.526/06. Corte Justicia de Salta.

Trabajos Finales Integradores que desarrollen diversos temas, den lugar a otras experiencias, debates, etc. Esto podría ser lo que ocupara / cubriera los espacios que se generen al descolonizarse.

La Dra. Norma Contini propone el desafío del "enfoque multicultural" para implementar una adecuada evaluación psicológica en *contextos interculturales*, a los fines de que "no se confunda[n] diferencias culturales con 'desvío' y 'psicopatología" (2003:91). Añade la autora: "El estudio del comportamiento desde una perspectiva cultural toma como unidad de análisis al sujeto en su contexto. [...] hemos de considerar tanto los procesos de socialización y endoculturación como el nicho ecológico en que el sujeto se desarrolla..." (p.102). En esta tarea de reconocer y aplicar la "perspectiva cultural", asume vital importancia, el trabajo interdisciplinario entre psicólogos, antropólogos y traductores indígenas (sin olvidar obviamente los aportes de los abogados y trabajadores sociales).

Como se verá, la evaluación pericial de personas pertenecientes a comunidades originarias implica, per se, la intervención de profesionales del Derecho, la Psicología, Antropología e intérpretes, sin los cuales, el tratamiento de las causas resultaría complejo, más allá del objeto del conflicto en juicio. El plazo para responder es un factor también a considerar, aún más, en aquellos casos que son considerados urgentes, como las causas con personas privadas de su libertad o niños, respecto a los cuales, las medidas provisionales tomadas no pueden prolongarse, sin conocimiento cierto, de que redundan en su mayor bienestar.

El desconocimiento o indiferencia ante estos factores de complejidad pueden devenir en, no solo, pruebas periciales negligentes, sino también en decisiones judiciales perjudiciales para las partes de un juicio, ocasionando desgaste emocional en unos (incluidos los profesionales con función pericial) y desgaste judicial en otros.

Retomando la idea de un cambio en las currículas universitarias (y, por qué no, desde las escuelas primarias), similar responsabilidad cabe a las instituciones en las que nos desempeñamos, por cuanto ellas mismas (con iniciativa de cada uno/a entendiendo la relevancia de la responsabilidad individual y conjunta) pueden generar los espacios de capacitaciones así como concursos laborales en donde

los estudios sobre poblaciones indígenas sean favorablemente valorados. Por ejemplo, una experiencia resaltada continuamente entre las entrevistadas del Proyecto de Investigación fue un curso sobre idioma Wichí que además enseñaba sobre la cultura, organizado por la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial, Distrito Tartagal. También señalaron que en algunos concursos de Funcionarios no es un requisito pero sí forma parte de las entrevistas el conocimiento que el/la postulante tiene sobre poblaciones indígenas.

De hecho, recuerdo para este trabajo, las recomendaciones que surgen del Plan Nacional contra la Discriminación (2005) como Acción Inmediata para la Administración de Justicia y Legislación, y que fueran reconocidas por el Estado: "propuesta N° 60: Arbitrar los medios para capacitar y actualizar los contenidos de la formación de jueces, operadores de justicia y funcionarios públicos sobre el desarrollo de la normativa y compromisos internacionales de nuestro país en materia de derechos humanos y comprensión de los mecanismos de la discriminación en todas las esferas. <sup>69</sup>

Aquel trabajo debe desmitificar un concepto de cultura que desfavorece, tomando la idea del Dr. Manuel Moreira (2008, 472): "Para el Derecho la "cultura" era una cualidad de un sujeto social por el que se le asignaba un mayor o menor estatus. No producía efectos jurídicos determinantes. Era un registro lateral que permitía mensurar la pena, deportar, internar o designar tutores."

Estimo que cuando se entiende que también se trata de responsabilidad individual, de vocación y compromiso con la profesión y función, no requerimos de Tratados Internacionales ni más leyes que nos digan qué hacer. Aunque sí es cierto que muchas veces podemos desarrollar un concepto tergiversado de lo q es ética.

#### Fuentes de Consulta

Buliubasich, C. y Rodríguez, H. (2009). Panorama etnográfico, histórico y ambiental. En Buliubasich, C. y González, A. Los pueblos indígenas de la provincia de Salta. La posesión y dominio de sus tierras. Departamento de San Martín (pp. 21-34). Salta. Argentina: CEPHIA-Universidad Nacional de Salta.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup>https://www.ammar.org.ar/IMG/pdf/plan\_nacional\_contra\_la\_discriminacion\_decreto\_1086-2005.pdf. Pág. 215. Recuperado en 30/09/2018.

- Bidaseca, Karina (2011) Mujeres blancas buscando salvar a las mujeres color café de los hombres color café. O reflexiones sobre la desigualdad y colonialismo jurídico desde el feminismo poscolonial. En: Feminismos y Poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina Buenos Aires: Ediciones Godot/Colección Crítica. Pp. 95-118.
- Contini, E. (2003) "Multiculturalismo y Psicopatología: Perspectivas en Evaluación Psicológica. *Psicodebate*, *volumen* (3), 91-106. Recuperado de http://www.palermo.edu/cienciassociales/publicaciones/pdf/Psico3/3Psico%200 6.pdf
- Gómez, Mariana (2011a). ¿Bestias de carga? Fortaleza y laboriosidad femenina para el capital. La incorporación de las mujeres indígenas al trabajo en los ingenios, en: Silvia Citro (comp.), Cuerpos Plurales. Ensayos antropológicos de y desde los cuerpos. Buenos Aires, Biblos. Pp. 239-256.
- Hirsch, Silvia (2008). La mujer indígena en la antropología argentina: una breve reseña. En: Silvia Hirsch (coordinadora), Mujeres Indígenas en la Argentina. Cuerpo, Trabajo y Poder. Buenos Aires, Biblos: 15.25.
- Rivera Cusicanqui, Silvia. Historias debidas VIII. Recuperado en 25/09/2018.
   https://www.youtube.com/watch?v=1q6HfhZUGhc.
- Tarducci, Mónica (2013). Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichí. Boletín de Antropología y Educación. 4(5): 7-13.

#### **Documentos institucionales**

- Código de Ética de la Federación del Psicólogos de la República Argentina (FEPRA), (1999; modificado en el año 2013.)
- Código de Ética del Psicodiagnosticador (2000). Asociación Argentina de Estudio e Investigación en Psicodiagnóstico (ADEIP).
- Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación. INADI https://www.ammar.org.ar/IMG/pdf/plan\_nacional\_contra\_la\_discriminacion\_dec reto\_1086-2005.pdf

• Pautas internacionales para el uso de los Tests de la International Test Commission (ITC), (2001).

#### Marco Normativo Legal

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Código Procesal Penal de la Provincia de Salta. Argentina.
- Ley Provincial N° 6063/83 de Ejercicio Profesional de la Psicología. Salta.

## "DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y DERECHOS DE LAS MADRES CON PADECIMIENTOS MENTALES EN LOS PROCESOS QUE ARRIBAN A LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD"

Verónica Paula Baldomé

#### Introducción:

Me propongo en este trabajo en primer término hacer un somero recuento de la normativa de protección de dos colectivos especialmente vulnerables<sup>70</sup>: los niños, niñas y adolescentes<sup>71</sup> y las personas con padecimientos mentales y la interrelación entre ambos cuerpos de derechos humanos.

Más allá de que los deberes parentales son iguales para hombres y para mujeres, se observa que cuando se produce la intervención estatal -en la mayoría de las situaciones- quienes están a cargo del cuidado de los niños son las mujeres (el padre o no ha reconocido al hijo, o se ha ido, o no está presente en la crianza), por ello, centro mi análisis en la situación de las madres con padecimientos mentales, que se ven atravesadas por una doble situación de vulnerabilidad.

Mi intención es adentrarme en la praxis judicial y de los órganos administrativos de niñez, para ello seleccioné dos sentencias; una de la Corte Suprema de Justicia Nacional y la otra de la Corte de la Provincia de Buenos Aires, a los fines de analizar la confrontación/colisión de los derechos de los niños y los derechos de las madres con padecimientos mentales, y poner en tela de juicio la inteligencia y aplicación de tratados internacionales de derechos humanos en interrelación con las normas de derecho de familia.

<sup>71</sup> Me referiré solo a niños, y no a niños, niñas y adolescentes –como corresponde- para facilitar la lectura del trabajo.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Pto *3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. 4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración* 

Si bien en casos tan delicados como estos, son los hechos y circunstancias particulares de cada niño, cada progenitora, cada familia ampliada y red comunitaria, los que resultan determinantes para la resolución de las situaciones, pretendo identificar los estándares que analizan ambos tribunales, tanto en referencia a los derechos de los niños como a los derechos de las progenitoras, en una institución tan compleja como es la separación de los niños de la convivencia familiar y la adopción.

Como señala Silvia Fernández "pensar la adopción es ... mirar más allá de la norma. Como pocos otros institutos del derecho familiar, la adopción compele a un replanteamiento constante de las reglas, las fórmulas, las prácticas y, también, los procedimientos"<sup>72</sup>.

La temática que analizo está atravesada por estereotipos de género y de discapacidad. Los estereotipos son categorizaciones, representaciones sociales dominantes sostenidas por un imaginario social y colectivo, con elementos que construyen sentido, que determinan una identidad e interactúan con otra otredad.<sup>73</sup> Baliero y Pagano<sup>74</sup> señalan que los estereotipos que se enfocan en supuestos defectos del grupo en cuestión, siempre resultan perjudiciales a la hora de conocer a una persona pues costituyen o conforman una barrera entre la sociedad en general y aquellas personas que presentan algún tipo de discapacidad.

Realizando una gran simplificación, podemos decir que parte del pensamiento humano es a través de la evocación de ideas, recuerdos y creencias que puestas en movimiento se relacionan entre sí y son influidas por la emocionalidad. Ponemos las cosas en grupos, en categorías, las encasillamos. Por ello fácilmente podemos arribar a un pensamiento estereotipado. Los operadores judiciales no

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> Fernández, Silvia E. "ADOPCIONES. PERSONAS, TIEMPOS Y PROCESOS. SOBRE LAS PRINCIPALES RAZONES DE UNA REGULACIÓN RENOVADA DE LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN." Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, n° 58, 2013, p. 83 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Serrentino, Gabriela "Estereotipos de Género y Discapacidad en el ejercicio de la maternidad" Revista de Actualidad Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Nro. 6. Ed. Ediciones Jurídicas, 2017. En igual sentido: Baliero, María de los Angeles y Pagano, Luz, "Los derechos sexuales de las mujeres con discapacidad. Necesidad de visibilizar la problemática con el objeto de remover aquellos obstáculos que les impiden su efectivo ejercicio" Ponencia Congreso de Derechos de las Familias, Mendoza, agosto de 2018.

<sup>74</sup> Baliero, María de los Angeles y Pagano, Luz, "Los derechos sexuales de las mujeres con discapacidad. Necesidad de visibilizar la problemática con el objeto de remover aquellos obstáculos que les impiden su efectivo ejercicio" Ponencia Congreso de Derechos de las Familias, Mendoza, agosto de 2018

estamos exentos de tomar decisiones estereotipadas, de las que se debe tomar conciencia, ya que los estereotipos de género y discapacidad limitan la capacidad de las mujeres para desarrollar sus propias capacidades y también respecto del ejercicio del rol materno, que es el tema que nos ocupa.

Finalizaré el trabajo con algunas conclusiones y propondré algunas prácticas que considero protectivas de los derechos de los niños y de sus madres.

#### **Desarrollo:**

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>75</sup>, fue el hito que marcó el cambio de paradigma en el tratamiento de los derechos de la infancia, de la situación irregular al paradigma de la protección integral.

Este instrumento reconoce a los niños como sujetos de derechos, y específicamente se les reconoce el derecho de vivir y ser criados por su familia de origen (nuclear y ampliada). Se establece en cabeza del Estado la obligación respetar la preservación de su identidad incluidas las relaciones familiares sin injerencias ilícitas, a su vez la obligación estatal de prestar asistencia a los padres en el desempeño de sus funciones y cuidar que la adopción solo sea autorizado por organismos competentes con arreglo a las leyes y procedimientos.<sup>76</sup>

En esa línea, se da protección al niño y la familia, entendida esta como elemento natural y sustancial de la sociedad que debe ser resguardad por el estado<sup>77</sup>. Es el corpus juris internacional de la niñez, el que debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, reconociendo a los niños en su calidad de tal, con un plus de derechos y titulares de especiales medidas de protección, y en ese sentido, el interés superior del niño<sup>78</sup> es la pauta interpretativa para orientar las decisiones e intervenciones.

Pero además del derecho a vivir en familia los niños tienen otros derechos: derecho a la vida, a ser adecuadamente cuidados, a no ser víctimas de malos

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> En adelante CDN.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Arts. 3, 5, 7, 8, 9, 18, 20 CDN.

 $<sup>^{\</sup>it 77}$  Arts. 17.1, 19 y 11.2 de la CADH y preámbulo CDN.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Art 3 CDN y art 3 ley 26061.

tratos, violencia ni de abuso sexual, al cuidado de su salud, a la educación, a la estimulación, al juego y esparcimiento<sup>79</sup> (entre otros).

En Argentina, en consonancia con el paradigma de la protección integral se dictó la ley nacional 26061<sup>80</sup> de protección de integral de los derechos de la infancia.

De los distintos cuerpos normativos surge el derecho y el deber de los progenitores como los primeros responsables por el bienestar de sus hijos<sup>81</sup>. Así es que el concepto de responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial<sup>82</sup> es conceptualizado como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona del hijo para su protección, desarrollo y formación integral.

Las leyes de protección de la niñez establecen que ante la vulneración de los derechos de la infancia son los órganos administrativos que integran el Sistema de Promoción y Protección de los Derechos los competentes para intervenir en su restablecimiento; en un primer momento, mediante las medidas ordinarias de protección de derechos dirigidas a fortalecer a la familia en el ejercicio de su rol mediante inclusión en programas y espacios terapéuticos, por ejemplo-. Si estas no son suficientes, a través del dictado de medidas excepcionales y extraordinarias (que implican la separación de la convivencia familiar). Luego vendrá la actuación judicial para decretar la legalidad de la medida en supuestos en que el niño en la convivencia familiar tenía sus derechos vulnerados y se cumplen las condiciones de subsidariedad, excepcionalidad y temporalidad.

La doctrina de la CIDH<sup>83</sup> aporta estándares interpretativos claros en temas de niñez en cuanto a la excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen; ya que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos es un elemento fundamental de la vida de la familia, salvo que existan razones determinantes en función del interés superior del niño (sentencia del caso

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Arts. 6, 9, 19, 23, 24, 27, 28, 31, 32 y 34 CDN.

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Ley 26061 del 21/10/05. Asimismo, cada provincia dictó sus propias leyes (por ejemplo, Buenos Aires la ley 13298 y dec. 300/5), o adhirió a la ley nacional.

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Art. 5 y 18 CDN.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Art. 638 CCyC.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> Sentencia CIDH "FORNERON e HIJA vs. ARGENTINA" 27/04/12 y Sentencia "ATALA RIFFO e HIJAS vs. CHILE" 24/02/12.

Fornerón) y que interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (caso Atala Riffo).

En cuanto a los derechos de las personas con padecimientos mentales la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>84</sup> les reconoce el goce pleno de los derechos en condiciones de igualdad<sup>85</sup>, a partir de este tratado internacional de derechos humanos que integra el bloque federal constitucional se reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de derecho y a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

La CDPD, junto con otros instrumentos de derechos humanos<sup>86</sup>, reconoce varios derechos, entre ellos: el derecho a autonomía individual, a la capacidad jurídica, a tomar las propias decisiones, no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, igualdad de oportunidades y accesibilidad<sup>87</sup>.

Específicamente señala que las mujeres con discapacidad son sujetas a múltiples formas de discriminación<sup>88</sup>, la que se manifiesta cuando la persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada<sup>89</sup>. Ante esto es deber del Estado el adoptar medidas para asegurar el disfrute pleno de los derechos.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> En adelante CDPD.

<sup>85</sup> Art. 1 CDPD.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Convención Interamericana para la Eliminación de Todas formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, PDESC, Principios de Brasilia, Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Arts. Acápites c, e, j, n, s, t y x del preámbulo y art 3 CDPD.

<sup>88</sup> Art. 6 CDPD

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Observación General Nro. 3 del Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. 25/11/16 CRDP/C/GC/3.

En este sentido la CDPD<sup>90</sup> expresamente dispone que los estados garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia ..., la adopción de niños..., cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional y se velará al máximo por el interés superior del niño. Además, los estados prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. Deberán asegurar que los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. Finalmente establece que no se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad (del niño o de los padres).

La CDPD<sup>91</sup> define los "ajustes razonables" como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás<sup>92</sup>, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación exigible desde el momento en que una persona los solicita en una determinada situación para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular. La denegación de ajustes razonables a las mujeres con discapacidad puede considerarse discriminación<sup>93</sup>.

La ley de salud mental<sup>94</sup> y luego el Código Civil y Comercial<sup>95</sup> receptaron el paradigma del modelo social de la discapacidad, poniendo el foco no en las limitaciones individuales de la persona, sino en las barreras y restricciones que la

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> Art. 23 RESPETO DEL HOGAR Y LA FAMILIA inc.2 y 4 CDPD.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Art. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>9292</sup> Art. 5.2 CDPD.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> En virtud de los arts 5 y 6 CDPD y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 2 (2014) relativa a la accesibilidad.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Ley 26657 del 25/11/10.

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> Arts. 1,2,23,3,32 y 43 CCyC, Asimismo arts. 1,3,5,11 y45 de la ley 26657.

sociedad pone a la persona para desarrollarse socialmente. Son precisamente estas barreras las limitantes para participar en condiciones de igualdad.

En ese sentido se señala que "las personas con discapacidad por su situación de vulnerabilidad, cuentan con un conjunto de derechos específicos complementarios, que conforman el marco legal de base que deben respetar los poderes del estado, tanto en la elaboración de políticas públicas, como en las decisiones judiciales que los afectan". <sup>96</sup>

Coincido con Serrentino<sup>97</sup> quien señala que "históricamente, los derechos de las personas con discapacidad y de las mujeres fueron invisibilizados, estigmatizados y marginados. Unos de los desafíos en materia de discapacidad y género fue cuestionar los discursos imperantes, proceso que se ha consolidado formalmente en nuestro país, pero que se encuentra en constante tensión con la praxis judicial, pues persisten prácticas discriminatorias que continúan perpetrando estereotipos y prejuicios sobre las personas con discapacidad y sobre las mujeres".

Siguiendo las enseñanzas de Baliero y Pagano el desafío es revisar desde los instrumentos constitucionales/convencionales internacionales y nacionales en la materia con el objeto de deconstruir el modelo de los estereotipos y mitos imperantes en el imaginario social y re/construir un nuevo modelo basado en la autonomía de la persona y en la presunción de la capacidad, como sujeto titular de derechos.

En la sentencia "I., J.M. s/ protección especial" del 7/6/16<sup>98</sup> la CSJN revoca la sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional Civil que declaró al niño en estado de abandono y adoptabilidad. Los jueces hacen propio el dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante.

La plataforma fáctica del caso es la siguiente: en un informe realizado en el expediente de insania de la tía del niño, la licenciada en trabajo social del juzgado alerta sobre la grave situación de vulnerabilidad en que se encontraba el niño,

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> "Estereotipos de Género y Serrentino, Gabriela Discapacidad en el ejercicio de la maternidad" Revista de Actualidad Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Nro. 6. Ed. Ediciones Jurídicas, 2017, pag. 214.

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> "Estereotipos de Género y Serrentino, Gabriela Discapacidad en el ejercicio de la maternidad" Revista de Actualidad Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Nro. 6. Ed. Ediciones Jurídicas, 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> CSJN, 7 de junio de 2016 "I.,J.M. S/ PROTECCIÓN ESPECIAL". Dictamen de la Procuración General de la Nación del 4/5/16.

nacido el mes anterior, hijo de la hermana de la justiciable quien también padece una enfermedad mental. El Ministerio Pupilar inició una acción de protección especial y el bebé desde la maternidad fue derivado al Hogar Querubines donde permanece hasta el momento de la sentencia (4 años).

De los hechos relatados se desprende que: no intervino el organismo de protección a la niñez, sino que el ingreso del niño a una institución fue resuelto judicialmente a instancias del Ministerio Público. No se siguió con la normativa establecida por la ley 26.061, no se comprobó que existiera una situación de vulneración de derechos del niño, y que esa vulneración fuera originada de la acción o negligencia de la madre. Consecuentemente no trabajó el órgano administrativo con la madre y familia ampliada. Se señala expresamente que antes de separar a un niño de su ámbito de origen tuvo que haber fracasado el esquema de protección, preventivo y de apoyo<sup>99</sup>. Por lo tanto, la medida adoptada no cumple con las premisas del sistema de protección: subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal, además de que ninguna medida de separación puede tener su fundamento en la falta de recursos económicos de la familia o en falta de programas o recursos administrativos.

En este caso resulta de relevante importancia que no se alojó al niño junto a la madre, pese a que esta lo pidió, y también el equipo de la escuela especial donde ella concurría y que era una referencia de apoyo, y a que, de la evaluación psiquiátrica a la señora se concluyó que estaba en condiciones de convivir y realizar el cuidado de su hijo, bajo control y supervisión periódica.

La separación devino porque no se encontraron dispositivos adecuados para alojarlos juntos –los que no se encontraron a lo largo del proceso-. La gran distancia existente entre el hogar donde ingresó el niño y el domicilio de la señora dificultaban la periodicidad de los encuentros (debía tomar dos colectivos y atravesar la Ciudad de Buenos Aires para llegar).

Así transcurrieron más de tres años hasta que, el juzgado la intimó a la madre para que en el plazo de cinco días exprese un proyecto de vida concreto sobre su hijo. Ante su silencio resolvió que teniendo en cuenta las limitaciones madurativas,

\_

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Arts. 33, 37 y 40 ley 26061.

la imposibilidad de la señora en hacerse cargo del niño, la falta de apoyos y marco familiar continente y que el niño tiene derecho a una existencia sana en un hogar y no estar institucionalizado de por vida.

Paralelamente la sra. CMI tuvo otro hijo en 2014, el que convive con ella y respecto del cual ejerce una adecuada función parental, dispone ahora de apoyos para desempeñarse como madre y garantizar el afecto, los cuidados y la estimulación emocional, social y cognitiva al niño como así también transmitir su historia y propios valores y preservar su derecho a la identidad.

Se concluye en la sentencia que se planteó apodícticamente la imposibilidad parental sin diseñar un sistema de apoyos ajustado al caso y haber verificado su fracaso o imposibilidad de su puesta en práctica.

Los estereotipos de género y discapacidad atravesaron las sentencias de 1ra y 2da instancia, ya que la madre no vulneró derecho alguno del niño (no se le achaca no cuidarlo, o ser negligente o violenta), solo su condición de persona con padecimientos mentales determinó la separación de su hijo. La madre necesitaba de apoyos en su función, no que se negaron.

Esta sentencia no supera los estándares establecidos por los tratados de derechos humanos en materia de discapacidad ni en materia de niñez. Porque es también un derecho del niño vivir con su madre y su hermano más pequeño, crecer en la idiosincrasia y valores de su familia de origen.

La SCBA en el mes de noviembre de 2015 resolvió los expedientes "G, A.M. insania y curatela" y sus acumuladas "G., J.E. abrigo" y "S., R.B. y otro/a Abrigo"<sup>100</sup>, la plataforma fáctica es la siguiente: en el mes de julio de 2010 el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos de Quilmes dispuso una medida de abrigo de las niñas R y M, y un mes más tarde del niño J. Informó que la progenitora poseía un retraso mental que le impedía responsabilizarse adecuadamente de las niñas y que J era hijo de la sra G y de su propio padre, quien abusaba de ella en forma reiterada y quien había tenido conductas nocivas en relación a las niñas.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> C. 118.472, C. 118.473 y C. 118.474, del 4/11/15.

El Tribunal de Familia dispuso la restricción a la capacidad de la sra A.G. (art 152 bis inc.2 CC), suspendió el ejercicio de la patria potestad y declaró el estado de abandono y adoptabilidad de J.E.G, R.B. y M.A.S, disponiendo que el proceso se orientará hacia una adopción simple.

La sra G interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley porque se vulnera el derecho a ejercer la patria potestad respecto de sus hijos menores dentro de sus posibilidades actuales y reales con debida asistencia y apoyo, interpone mismo recurso contra las declaraciones de abandono y adoptabilidad. Recurso que no prosperó.

Se señala en el primer voto que todo gira en torno a la capacidad de la sra G para ejercer el maternaje de sus hijos J, M y R. concluye que no están dadas las condiciones para que pueda cumplir el rol materno, aún mediante asistencia supervisada mediante un sistema de apoyo como lo pretende, que esta solución no es una visión estereotipada de su condición de persona con padecimientos mentales, sino que se toma en cuenta la satisfacción de los derechos de los chicos, es una conclusión adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior de los niños.

Considera que la violencia sexual y familiar generada en ella y sus hijos produjo una despersonalización sistemática, provocando un cúmulo de desórdenes médicos, emocionales y psicológicos personales, que requieren medidas de apoyo para atender las dificultades subjetivas, y dificultades materiales —como resolver el problema habitacional que la somete a ese entorno de violencia y dependencia-.

Tiene especial consideración en que los niños fueron víctimas de violencia y abuso sexual, y que, salvaguardar la integridad física y psicológica de ellos, dependerá en gran medida del bienestar y de los recursos que dispongan quienes asuman la responsabilidad de su cuidado. Deberán ocuparse de los efectos de la violencia sexual y familiar que han vivido y de las consecuencias adversas acumuladas en su existencia. Acompañamiento en tratamientos terapéuticos y médicos acordes a las cuestiones de salud y asistencia especializada para superar las dificultades escolares. Distingue que en el caso de J deberá recibir

acompañamiento por las especificidades de su filiación (hijo de su abuelo), lo que amerita un cuidado especial.

El sistema de apoyo que pretende la progenitora no puede tener un efecto útil inmediato, ya que un cambio en las condiciones particulares de G requerirá de un tiempo adicional y este transcurso del tiempo tiene importancia para la vida de los niños, los que no pueden seguir esperando la inserción en una familia definitiva para crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión tal como ellos han requerido al dar su opinión. Además, no es un recurso —en este contexto- que asegure la superación de los obstáculos, no hay red de contención necesaria.

El interés superior de los niños no permite soluciones que no respondan a un principio de realidad dentro de las posibilidades reales y actuales del grupo familiar.

La sentencia se ocupa de remarcar que la madre vivió extremas situaciones de violencia por su condición de mujer, aumentada por su condición de discapacidad, estuvo enclavada en una situación de vulnerabilidad, dependencia económica y emocional del agresor, encerrada en una vivienda, con riesgo de perder sus vínculos, fue víctima de abuso sexual reiterado, todo ello demuestra una serie encadenada de factores estructurales que provocan discriminación.

Expresamente se critica la intervención de los operadores jurídicos a lo largo del proceso, no tuvieron en cuenta el riesgo sostenido al que está expuesta la sra G al convivir en el mismo terreno que su agresor. En el ámbito penal el juez de garantías denegó la exclusión del hogar del agresor, limitando la medida de protección a la prohibición de contacto, cuando todos vivían en un mismo terreno.

En esta sentencia se concluyó que el interés superior de los niños estaba en la no convivencia con su progenitora, en esa instancia del proceso se ve que los dos hijos más pequeños viven con dos familias y que la mayor, R, una adolescente de 14 años, se vinculó con resultados negativos con varios postulantes y se insta a que en el caso de que no se concrete la adopción, se provean medidas de sostén especial (becas y planes con una atención presupuestaria prioritaria) para posicionarla de mejor manera para enfrentar la adultez, contribuya a su desarrollo personal y a valerse por sí misma.

Considero que esta sentencia superar el test de convencionalidad y constitucionalidad aplicadas a la luz de los derechos y principios reconocidos en los tratados, si bien existe un derecho de la progenitora, prima el interés superior de los niños en ser cuidados por adultos que inmediatamente puedan proveer los recursos necesarios para superar los hechos vividos.

En la convivencia con su madre vivieron situaciones de violencia y abuso, de las que no pudo protegerse ella misma ni proteger a sus hijas mayores, consecuentemente es necesario para los niños trabajar las circunstancias de vulneración de derechos vividas y para ello requieren de adultos que puedan aportar ese rol de sostén y apoyo que se traduce no solo en cariño y comprensión, sino en el cumplimiento de tratamientos médicos y psicológicos, inclusión educativa, etc.

La SCBA vio configurado en este caso la situación de excepcionalidad que fundamenta la separación de los niños de la convivencia familiar. Se cumplieron con los procedimientos establecidos con la intervención del Servicio Local y con la actuación judicial.

Lo que resulta evidente es que las intervenciones no fueron protectivas para la progenitora, siguió viviendo en el mismo terreno que el agresor, quien no fue excluido sino solo se ordenó una prohibición de acercamiento —de difícil cumplimiento en la realidad descripta-.

#### **CONCLUSIONES y PROPUESTAS:**

1. No existe, en principio, una contradicción entre la garantización de los derechos de la mujer madre con padecimientos mentales y los derechos de sus hijos. Porque el primer derecho del hijo es ser criado por su familia de origen, por ende, deben ser los derechos de la adulta garantizados para que, se cumpla con la preminencia de la familia de origen en la convivencia con los hijos.

Sólo si el interés superior del niño considerado como la satisfacción integral de sus derechos no se da en la convivencia con su familia de origen, porque no se han superado las condiciones de vulneración de derechos, y se han cumplido con los procedimientos legales establecidos (articulación entre sistema de protección y

arts. 594, 607 y sidg. CCyC), deberá procederse a la declaración judicial de adoptabilidad y a la adopción, como forma subsidiaria de efectivizar el derecho del niño a la convivencia familiar.

Sólo supera el test de convencionalidad y constitucionalidad las resoluciones que determinan la separación de un niño de la convivencia con sus progenitores por motivos de vulneración de derechos, no por estereotipos o patrones de riesgo potencial. La decisión debe ser adoptada por autoridad competente -órgano administrativo de niñez-, organismo que debe realizar un exhaustivo análisis de los derechos vulnerados y delinear estrategias para su restablecimiento.

2. Cuando los progenitores de los niños tiene padecimientos mentales (especialmente si se trata de una mujer jefa de familia) deberá el órgano administrativo desde el inicio de la intervención –y el judicial también- tener especial consideración en que se trata también de una persona en condiciones de vulnerabilidad.

Es deber del estado brindar los ajustes necesarios mediante procedimientos comprensibles, comunicar la información en lenguaje claro y acorde a las posibilidades del interlocutor. Debe asegurarse que la mujer madre con padecimientos mentales esté acompañada por la persona de apoyo. Y debe favorecerse que participe activamente en el diseño de las estrategias de apoyo para el ejercicio de su rol materno, a los fines de que el plan que se establezca sea acorde a sus convicciones y respetando su autonomía de voluntad.

Debe formularse un sistema de apoyo en el ejercicio de la maternidad acorde al caso y a las circunstancias particular de la madre considerando los aspectos: social –resultando fundamental los organismos públicos y privados que interactúen con la misma, escuelas especiales y de oficios, iglesias, organización comunitaria, etc -; económica (acompañándola para que se gestionen y que perciba las asignaciones y pensiones que por ley le corresponden, tanto personales como de sus hijos) buscando crear redes y sistemas de apoyo estables.

3. La falta de recursos públicos específicos necesarios para efectivizar la tutela diferenciada reconocida constitucionalmente -75 inc 23 CN- no puede ser la fundamentación para conculcar los derechos del niño y de la madre a la

convivencia en el mismo dispositivo. Demostrativo de esto es la falta —en muchas jurisdicciones- de hogares maternos para que convivan los niños en con sus madres con padecimientos mentales-.

Se dispone de hogares o refugios para madres e hijos víctimas de violencia, pero si la madre posee alguna discapacidad no se las recibe, debiendo separarse de la convivencia con su hijo. Deben realizarse las acciones judiciales necesarias para que el estado disponga los recursos para la creación de ese tipo de dispositivos.

- 4. Debe disponerse una articulación dinámica entre los equipos de niñez y salud mental de los municipios para que se cuente con un abordaje conjunto de estas problemáticas que no aceptan respuestas segmentadas.
- 5. Resulta imprescindible la capacitación específica a los operadores (administrativos y judiciales), ya que la falta de concienciación, capacitación y políticas para prevenir la fijación de estereotipos nocivos de las mujeres con discapacidad incide directamente en la efectivización de sus derechos y de sus hijos.

"LA ORALIDAD Y LA TAREA DEL JUEZ A LA LUZ DE LOS NUEVOS PARADIGMAS QUE IMPERAN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA EN CADA JURISDICCIÓN LOCAL".

Autor: Dr. Carlos Acuña,

#### **RESUMEN:**

Uno de los problemas que plantea la actualidad en nuestro país y en nuestra provincia es la necesidad de una preparación idónea de los operadores jurídicos, sobre todo en el ámbito del derecho de Familia, ello por cuanto nos encontramos ante un nuevo ordenamiento que no se sintetiza en un cambio de normas sino en un nuevo paradigma. Involucra no solo que el abogado esté preparado para formular sus planteos sino que la jurisdicción este habilitada para dirimir conflictos en forma razonada.

Pasaron tres años de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial en la Argentina, cabe preguntarnos como están actuando los jueces del fuero de Familia en cada jurisdicción local en éste nuevo marco? Que paso desde la vigencia del nuevo ordenamiento legal? Como se ésta trabajando en el fuero en la actualidad donde se encuentran conflictos vinculados a niños, niñas y adolescentes?

Esta propuesta pretende abordar los cambios que se evidenciaron desde las reformas introducidas, poniendo de relieve el sistema de la oralidad como excluyente para resolver conflictos de familia. Para ello es necesario ver si se logró en las distintas regiones: la jurisdicción especial en materia de Familia y el dictado de un procedimiento propio. En el caso de nuestra provincia de Tucumán se encuentra en vías de reformas, pero hasta tanto como se resuelven las cuestiones de familia?

El suscripto hace dos años atrás en el Congreso celebrado en Cartagena de Indias delineo como desafíos a afrontar, la necesidad de un código de procedimientos propio para el fuero. Hoy en éste presente la mirada crítica impone revisar lo que se ésta haciendo y ver hasta que punto el Estado se ha involucrado en la máxima constitucional del preámbulo de afianzar la justicia, mirando en especial la actuación del juez de Familia en el ámbito que le cabe desempeñar.

#### INTRODUCCION

En el marco del nuevo Código Civil se ha producido una reforma integral del derecho privado, con el objeto de ajustar la normativa sustancial al bloque de constitucionalidad. El fenómeno más relevante de la reforma constitucional de 1994 ha sido la consagración como garantía del derecho a la tutela judicial que establecen la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos Convención Americana de Derechos Humanos (art 75 inc 22 de la C.N). Así la tutela judicial efectiva paso a integrar junto con la de la igualdad y la defensa la triada de garantías esenciales del debido proceso legal.

Este nuevo escenario normativo incluye disposiciones de naturaleza procesal en la regulación de las relaciones de familia (libro segundo), ámbito donde el interés público involucrado exige efectividad con mayor énfasis que otros campos del derecho.

Como ya sabemos en los procesos judiciales se aplica el principio dispositivo, es decir la posibilidad de las partes de disponer de la pretensión y los hechos alegados. Este principio se opone al principio inquisitivo según el cual el Juez es quien promueve el inicio de los procesos e investiga y el limite ésta dado por la ley y no por la partes. El otro principio procesal a tener en cuenta es el del impulso procesal referido a otorgar a las partes a instar que el proceso no se detenga y llegue a su fin.

Ahora bien dado que las causas judiciales —en especial las cuestiones de familia-involucra la gestión del Estado con sus recursos públicos, se puede sostener casi con seguridad que corresponde a los Jueces de Familia impulsar de oficio los procesos hasta su conclusión. Ello no impide que se pueda pensar que el principio dispositivo se oponga al de impulso procesal de oficio, sino que se complementan.

En la estructura procesal tradicional se pensó en el rol del Juez como director del proceso, ello ha servido para rectificar la aplicación del principio dispositivo en la justa medida con relación al impulso procesal. Entonces tenemos que ver como el juez va a abordar ante el conflicto, es que reviste de vital importancia, toda vez que la jurisdicción constituye una función en la que debe distinguirse básicamente dos aspectos esenciales que permiten completar la función. Uno de los aspectos es la gestión, esa tarea desarrollada por la jurisdicción que contempla distintos aspectos como negociación, administración, organización, etc

El otro aspecto constituye el momento más importante de la jurisdicción, esto es decir el derecho –la iuris dictio-.

La tarea del Juez en este fuero especial será analizada en forma concreta, dese el inicio hasta la faceta decisoria que le cabe en el nuevo marco del llamado constitucionalizacion del derecho. La satisfacción de los parámetros que nacen del bloque convencional importa la redefinición del ejercicio de esa jurisdicción, donde el juez conozca tempranamente el conflicto y ofrezca una solución de calidad en un plazo razonable que analizado en términos consecuenciales sortee el tamiz de la razonabilidad (art 3 del CCC y CN).-

Si ello se da en las relaciones generales, más aun en relaciones donde el conflicto es asimétrico. Por ello los mecanismos o subsistemas de tutela diferencial que establece el Código Civil son una herramienta de gran valor. Ellas delinean en muchos casos el perfil del operador, como por ejemplo las normas que regula el proceso de familia de neto tenor adjetivo que requieren la existencia de un Juez especializado y apegado a los principios de la oralidad, inmediación y oficiosidad. Hoy creo que está superada la controversia entre los partidarios del activismo procesal y los denominados garantistas, que cuestionan el activismo de los jueces, por entender que podría menoscabar las garantías procesales de las partes (1).

El CCCN ha puesto en cabeza del juez el deber de velar por la tutela efectiva de los derechos y acentuado ese rol en los procesos de familia ámbito donde las decisiones involucran a personas vulnerables por la edad, el género, por padecer restricciones de capacidad o situaciones de violencia.

Por ello dejare algunas pautas mínimas en ésta ponencia, que considero imprescindibles para contornear el rol que debe asumir el Juez frente a los conflictos asimétricos

La figura del Juez presente y visible en la oralidad y en la mediación: La importancia de las audiencias, la posibilidad de concentrar en ellas múltiples diligencias, es un avance a una mejor tutela efectiva. Los códigos de procedimientos deben introducir las audiencias para otorgar al Juez la posibilidad de concentrar todos los actos necesarios que sea necesario realizar. En la actualidad la gestión judicial impone la capacitación de los Jueces para actuar cara a cara ante las partes, para el mejor conocimiento del problema. La oralidad y la inmediación son herramientas idóneas para para otorgar una tutela diferenciada para los justiciables menores por su condición de vulnerabilidad.

El Juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso, entrevistar a las partes, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables antes de dictar sentencia (art 35 del CCC y CN); también el art 113 del Código que establece que el Juez con relación al discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolecente, teniendo en cuenta la función de su edad y madurez. Cabe destacar que la oralidad para mejorar las condiciones de las actuaciones judiciales constituye una de las medidas procesales incluidas en las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Ella favorece la dirección del proceso, reduce el campo de la inconducta procesal y facilita la concentración de actos, permite un mayor acceso del Juez a un contacto directo con las partes. (1)

La actuación de oficio del juez o "publicitación" del procedimiento la oficiosidad en los procesos de familia es uno de los principios que consagra el Código Civil

- y Comercial de la Nación y al hacerlo, fija un claro posicionamiento con relación a la función del juez de familia.
- (1) ver publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba "Activismo y garantismo procesal" Año 2008.

Dispone el art. 709: "en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso de oficio no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces". es decir, la regla es la actuación de oficio del juez de familia, y la excepción son los "asuntos de naturaleza exclusivamente económica" de personas capaces.

El juez administrador del proceso judicial: La gestión entendida como la acción de administrar y dentro del proceso judicial ese gestor no puede ser otro que el Juez quien administra los recursos para hacer efectiva la tutela jurisdiccional pretendida por los justiciables. Uno de los recursos a administrar es el tiempo de las partes, máxime en cuestiones de familia donde se ventilan derechos de personas en situación de vulnerabilidad. La normativa sustancial reconoce que la sociedad actual es compleja, así aborda las relaciones de familia desde una mirada respetuosa de la autonomía de la voluntad, de la elección de la familia, su plan de vida y la capacidad de las personas de auto gestionar sus conflictos. Los conflictos familiares no pueden asimilarse a los conflictos patrimoniales, su problemática es compleja, en ellas se ventilan cuestiones intimas de las personas, sentimientos, emociones, involucrando muchas veces a sujetos vulnerables (niños, niñas, etc.); ello impone que los operadores jurídicos deben estar preparados y el C.C.C. permite al Juez que intervenga utilizando diversas herramientas. (2)

La ciencia procesal actual permite ahora si declarar que el juez debe superar el rol de director del proceso para convertirse en un administrador y sin abandonar las facultades propias del rol de director, debe sumar una función primordial de administrar el escaso recurso "tiempo del proceso". Si el juez domina el recurso tiempo, incidirá en una mejor consecución del ideal de

justicia haciendo realidad la tutela judicial efectiva oportuna con un costo razonable.

Para ello proponemos modificar los códigos procesales locales a fin de otorgar al juez la facultad de adecuar el procedimiento de acuerdo al tenor de las pretensiones, pudiendo fijar prudencialmente fecha límites para para el cumplimiento de ciertos actos, sancionada con la preclusión de los actos procesales. Debe buscarse regulaciones necesarias para lograr conformidad en el proceso, la vigencia real del derecho sustancial debatido en el ámbito del trámite adjetivo en tiempo razonable. Arbitrar los medios necesarios para que el Juez pueda ordenar pruebas oficiosamente sumado a los principios de libertad, amplitud y flexibilidad probatoria.

Es decir que la carga de la prueba debe estar en cabeza de quién está en mejores condiciones de probar, se busca que las normas procesales enfatice la actuación del Juez en el marco del litigio con una tendencia a la oralidad, ello exige un cambio de la cultura en la organización del trámite de los procesos judiciales, para asegurar el efectivo derecho y que se alegan vulnerados en sede jurisdiccional.

(2) Como refiere Carnelutti realizando una analogía con la percepción directa de la prueba con el sacar directamente del agua del arroyo, explica que lo ideal es que el propio Juez lo haga "a fin de evitar pérdidas y concretar la inmediación", ver Carnelutti Francesco "Estudios de Derecho Procesal" Buenos Aires 1952.

El juez como solucionador del problema: el Magistrado es quien a veces se encuentra frente a frente la rigurosidad de las formas, y la necesidad de una solución. Entonces como debe actuar un Juez ? Entiendo que la rigidez del proceso deben flexibilizarse para nivelar las asimetrías, cuando de las formas resulta el impedimento exclusivo para llegar a una solución. El codificador ha previsto algunos dispositivos que buscan suavizar ciertos contornos formales como es el caso de las normas que rigen el procedimiento de familia, que

deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables (conf art 708 del C CC y CN).

El juez debe evaluar a través de la sentencia el impacto de las mismas dentro del contexto propio del conflicto, el magistrado actúa como agente de cambio a través del mandato constitucional nivelador, el juez advertido de una situación contextual determinada ha de ser un agente que tenga en cuenta la situación, el proyecto de vida de una persona en situación de vulnerabilidad. Es decir en conflictos donde se encuentran involucrados sujetos en condiciones de vulnerabilidad que requieren un abordaje especifico que tenga en cuenta las limitaciones y desventajas propias de cada situación, para diseñar los ajustes razonables para cada caso. El juez debe conocer el problema con una perspectiva adecuada con la situación, es decir tener en cuenta la pobreza, la discapacidad, la desigualdad social. Colocarse en el centro del problema y acompañar a las partes en la búsqueda de la solución más conveniente.

El Juez como garante de la efectividad de los derechos: de las personas vulnerables impone aplicar normas que faciliten el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, lo contrario sería ir en contra del mandato constitucional de dar mayor protección a los más vulnerables. Debe juzgar con perspectiva de género atendiendo a los parámetros de la CEDAW. Es decir que la protección contra la violencia familiar en especial la temática de la violencia de género, que representa el mayor volumen de causas y a la vez las de mayor complejidad en términos de situaciones de urgencia y derechos vulnerados. (3)

Sin embargo, debemos decir que la "denuncia por violencia familiar", al no requerir patrocinio letrado y permitir la intervención directa de un juez y un equipo de profesionales, facilita el acceso a la justicia y brinda una posibilidad de la intervención inmediata del órgano judicial.

Ahora bien, este juez tendrá que asumir nuevas compromisos y responder a los estándares internacionales de derechos humanos referidos a los casos de violencia hacia la mujer; una obligación de los jueces, correspondiente al

derecho de la mujer a recibir una atención prioritaria y especial, con perspectiva de género.

Aplicar una perspectiva de género es reconocer que en toda situación de violencia de un hombre hacia una mujer existe una relación asimétrica, de desigualdad y de.

(3) Kemelmajer de Carlucci Aida "Los principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial en Revista de derecho Procesal N° 2015-2 Ed. Rubinzal –Culzoni pag.165.185.

///poder construida, histórica, social y culturalmente, que deberá considerarse al momento de impartir justicia y durante la sustanciación del proceso judicial. Esto no significa fallar conforme a las pretensiones de la mujer, sino procurar en todo momento garantizar situaciones de igualdad entre las partes y resguardar a la mujer de ser victimizada por el estado. la prohibición de tomar audiencias conjuntas a la víctima y el victimario, la valoración de la prueba indiciaria y el hecho de comprender la retractación de la denuncia formulada por la mujer como mecanismo inconsciente de sometimiento a la voluntad del agresor, son algunas de las expresiones de la aplicación de la perspectiva de género.

Sin embargo cuando se piensa en cambios, se busca solucionar problemas existentes, como ser el cúmulo de causas, el tiempo que insume los procesos vinculados a la capacidad con el acompañamiento directo de la justicia.-

El papel en éste nuevo contexto no puede aer el de mero observador, simple arbitro destinado a sentenciar una disputa sin comprometerse con el conflicto, ejerciendo un rol activo, participativo y orientado a superar el problema.

(4) Resulta difícil comparar la función jurisdiccional actual con la de hace 40 años cuesta pensar en nuestros días en la fundamentación de una decisión que no contemple nociones básicas del derecho familiar como por ejemplo el derecho a constituir una nueva familia, la escucha del niño, la perspectiva de género, el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, (ver Raffo Pablo El Rol del Juez de Familia a la luz de los cambios legislativos" Infojus 7/2014.

#### **CONCLUCION**

Estas cuestiones planteadas han provocado, a su vez, la reformulación de los principios procesales del derecho de familia que tienen que ver con la oralidad, la inmediación y el activismo de los magistrados durante el proceso. El cambio en la legislación Nacional y en la función jurisdiccional el derecho de familia en nuestro país que se consolidó con la incorporación al texto constitucional de principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos, y se profundizó en la actualidad con el reconocimiento de derechos que garantizan y resguardan la diversidad y las nuevas relaciones de familia.

Si bien se ha realizado una breve descripción del rol del Juez para la efectividad de la justicia en el ámbito del derecho de familia, considero que resta mucho por hacer en nuestra provincia. La implementación de un nuevo código procesal debe incluir un tratamiento especial para el fuero, con normas procesales propias, adecuadas a la temática especial, que reduzca los plazos del proceso en atención a que sse encuentran involucrados sectores vulnerables.

Dicha normativa local debe respetar los principios reconocidos por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esta ampliación y reconocimiento de derechos familiares se ha dado en el marco de un significativo proceso de "constitucionalización del derecho de familia", el que además de instituir como normas supremas a algunos principios del derecho de familia, ha originado nuevas prácticas y responsabilidades, de jueces y funcionarios públicos, en las que cada acto judicial o administrativo habrá de sujetarse al nuevo marco trazado por la normativa de los derechos humanos.

La pregunta que corresponde hacernos luego de ya tres años de la vigencia del nuevo ordenamiento nacional es si el las acciones de los Estados Provinciales dictaron normas de forma que se ajusten a la normativa de los derechos humanos. La obligación del Estado de realizar acciones positivas tendientes a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y que el juez debe aplicar y descartar las normas internas incompatibles o contrarias, suplir

los vacíos normativos internos remitiendo al derecho internacional, y garantizar el debido proceso"

Por ello considero que hace falta un Juez que asuma el compromiso frente a la problemática familiar con respuesta eficaz, oportuna, que facilite la amplitud probatoria, la no re victimización, la obligación de producir prueba de oficio, entre otras, constituyen la esencia del actual posicionamiento que debe asumir. Un Juez que ejerza un control judicial de oficio sobre los siguientes puntos:

- a) qué se haya probado que se agotaron todas las medidas de protección posibles sin un resultado positivo.
- b) que la medida adoptada guarda una relación proporcional con el caso concreto.
- c) que la medida adoptada es la más idónea de todas las disponibles y
- d) que la medida adoptada imponga más beneficios que perjuicios al sistema de derechos en general.
- e) que no se limite al simple dictado de un auto de "legalidad" de la medida excepcional, sino que deberá cumplir con el mandato que le atribuyen el art. 75, inc. 23 CN —adoptar "medidas de acción positivas que garanticen el goce y ejercicio de derechos (...) respecto de niños"—, y los citados arts. 18 a 21 C d N.
- f) el juez deberá, entonces, garantizar la efectividad de los derechos del niño, constatar que se han tomado las medidas de protección apropiadas a la situación del niño y ajustadas a los derechos fundamentales de la infancia Actuación de oficio del juez en el procedimiento de familia es uno de los principios que consagra el Código Civil y Comercial de la Nación, al hacerlo, fija un claro posicionamiento con relación a la función del juez de familia. Dispone el art. 709: "en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. el impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces". es decir, la regla es la actuación de oficio del juez de familia, y la excepción son los "asuntos de naturaleza exclusivamente económica" de personas capaces.

Entiendo que existen materias pendientes en nuestro ordenamiento local, pese al esfuerzo puesto por los operadores jurídicos, la falta de presupuesto, infraestructura, personal idóneo y especializado en las ciencias que co-ayudan al juez. Aspiramos a que el abordaje en materia de familia debe ser expeditivo, alentando un sistema rápido y eficaz de resolución de los conflictos. Elegir un sistema procesal rápido debe pensarse en un sistema oral, en el cual el expediente se reduzca a su mínima expresión. Para lograr eficiencia debe ser uno que posea: la especialidad del fuero, la oralidad como forma primordial del funcionamiento del proceso ya que la oralidad implica inmediatez, el contacto entre el que decide y el que busca justicia. Contar con apoyo de equipo técnico interdisciplinario que colabore con el Juez.

En definitiva una mirada moderna de la gestión judicial donde el juez ocupa un lugar central, creo que hay muchas barreras superar, entre ellas el cambio de paradigma de la gestión judicial encaminada a considerar al juez como administrador y no solo como director del proceso.

La base de una futura reforma procesal, debe estar en consolidar como pauta de trabajo jurisdiccional la inmediación, la oralidad, la concentración acompañada con la tecnología que garantice la fidelidad de los registros de las audiencias a través de un registro audiovisual, la velocidad de las notificaciones, etc.

El C.C:C. ha otorgado facultades y herramientas para que los jueces puedan ejercer la tutela efectiva, el sistema procesal nuevo puede brindar soluciones superadoras para el derecho de familia y de las personas vulnerables, en tanto lo operadores estén dispuestos a cumplir con la funciones de gestionar sus casos sin dilatar su solución. Por ello considero que se debe conocer el conflicto, adquirir capacidades para identificar las percepciones de las partes, se supone la existencia de jueces y funcionarios dinámicos, flexibles, que se ubiquen en e centro del conflicto acompañando a las partes en la búsqueda de las soluciones.-

"LA CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y EL DERECHO A SER OÍDO EN EL ÁMBITO DE LOS PROCESOS DE FAMILIA"

# **DATOS PERSONALES:**

Apellido y Nombre: Norberto Eduardo Godoy

# SINTESIS:

El presente trabajo tiene por objeto analizar la Capacidad Progresiva que otorga el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina a los niños, niñas y adolescentes y su Derecho a ser oídos en todos los procesos de familia que los involucran como por ejemplo la adopción, la disposición de su cuerpo, el cuidado parental, etc.; para establecer la importancia que tiene la opinión del niño, niña o adolescentes a partir de los diez (10) años.

# I.- Planteo

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se pasó de un sistema rígido, en el cual se presumía capacidad en las personas menores a partir de determinada edad; a un sistema en el cual la capacidad es analizada dependiendo de la edad y el grado de madurez de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA).

Que para determinar ese grado de madurez es necesaria la entrevista personal con el NNA en la cual es ejercido plenamente el Derecho a ser oído.

### I:- Introducción.

A partir de la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCYCN), se introdujeron varias reformas en distintas materias, sin duda, una de ellas fue en torno a la Capacidad, particularmente en cuanto a la capacidad de ejercicio, tanto en materia de menores como en cuanto a las personas con capacidad restringida.

Lo primero que llama la atención es la terminología empleada en el CCYCN que habla de la "persona menor de edad y adolescente", a diferencia del Código Civil

que utilizaba la palabra "menores", clasificándolos luego en "púberes e impúberes".

El CCYCN ha introducido la categoría de Adolescente, para referirse a las personas que tienen entre 13 y 18 años de edad; pero a su vez introduce el concepto de "capacidad progresiva".

Esta capacidad progresiva esta directamente relacionada o es la base para saber cuales son los actos que las personas menores de edad —en palabras de la nueva legislación- pueden realizar por sí mismos y para cuales necesitan que su voluntad sea complementada o sustituida por sus representantes legales.

Pero también esa "capacidad progresiva" se relaciona con el Derecho del Niño a ser oído y como ese derecho implica en algunos casos un "consentimiento" (por ejemplo en la adopción a partir de los 10 años); y en otros una opinión a tener en cuenta junto a otros elementos de prueba (como por ejemplo cuando se dirime un cuidado personal o un régimen de comunicación).

Para ello es necesario realizar primero un repaso de lo que ya sabíamos en torno al Régimen de Capacidad, para luego ver cuales son las innovaciones introducidas al mismo, a luz del Código Civil y Comercial de la Nación.

### II.- Desarrollo

# a) Conceptos Preliminares

El primer concepto que debemos recordar es el dado por el art. 30 del Código Civil Argentino que definía a la persona como "Todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones", con lo cual la persona –podemos decir- se definía por la capacidad ya que la misma es "la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones". Concluyendo que "personalidad jurídica" y "capacidad jurídica" son expresiones equivalentes, es decir que persona es quien tiene capacidad y quien tiene capacidad es, por esto mismo, persona.

Sostiene Busso que "la capacidad es la forma designativa de la aptitud jurídica de ciertos entes, que pueden por ella convertirse en sujetos activos y pasivos de derechos. La persona es el ente en sí mismo (sustantivo); la capacidad es su aptitud jurídica (atributo). Pero tienen entre sí una correlación necesaria, porque la

capacidad es el atributo que convierte a los entes en personas. Persona y capacidad son cosas distintas, pero que se presuponen recíprocamente". 101.

Lo que nos permite sostener que la capacidad implica la aptitud o idoneidad para adquirir derechos y contraer obligaciones; la cual se divide en capacidad de derecho (o de goce) y capacidad de hecho (o de ejercicio), mientras que las restricciones a la capacidad de derecho son siempre relativas, la capacidad de ejercicio puede estar restringida de manera absoluta como ocurre con las personas por nacer y las restricciones a la capacidad de ejercicio —que se disponen siempre en beneficio del incapaz- requieren la designación de un representante legal que actúe por el incapaz o que lo asista, según el caso.

El CCYCN clasifica a la capacidad en Capacidad de Derecho, en el art. 22 "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados" y Capacidad de Ejercicio, en el art. 23 "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

Sostiene Marisa Herrera que "La referencia a las "limitaciones expresamente previstas" en el CCyC aluden a la situación de niños, niñas y adolescentes que no presenten las condiciones de edad y madurez suficiente que más adelante se introducen; en cuanto a las personas mayores de edad, pueden sufrir restricciones a su capacidad jurídica como consecuencia de una sentencia dictada luego de transitar un proceso judicial, que también debe satisfacer los recaudos exigidos como reglas generales en el CCyC"102.

Un segundo tema es el de la mayoría de edad, la cual a partir de la sanción de la ley Nº 26579 se adquiría a los 18 años (art. 126 C.C.), edad que mantiene el CCYCN en su art. 25 al sostener que "Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años...". Ello es consonancia con lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niños que fuera incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Reforma Constitucional de 1994 y que luego se

Busso, Eduardo B., "Código Civil anotado", t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 246
 Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Capítulo Preliminar y Libro Primero (art. 1 al 400). INFOJUS, Pág. 57

plasmara en la Ley 26061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual en su art. 1 dice que "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

Ahora bien, en el Código de Vélez quienes no habían alcanzado los 14 años eran menores impúberes y su incapacidad de obrar era absoluta (art. 54, inc. 2°), mientras que los que tenían entre 14 y 18 años eran llamados menores adultos y sólo tenían capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar (art. 55). Dicha distinción se funda en el hecho de que a partir de los 14 años se le reconocía al niño discernimiento para los actos lícitos, porque solo a partir de ese momento puede considerarse que un hecho humano, o acto jurídico, puede ser voluntario.

De manera tal que de acuerdo a las disposiciones del Código Civil, hasta los 18 años el ámbito de la autonomía de la voluntad de los menores era bastante restringido y, en general, para el ejercicio de sus derechos, requerían necesariamente de la intervención de sus padres o tutores, quienes eran sus representantes legales. El CCYCN establece en el art. 24 quienes son las personas incapaces de ejercicio "a. la persona por nacer; b. la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c. la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión", es decir aquellas personas que no pueden ejercer por sí mismas los derechos y deberes jurídicos de los cuales son titulares.

Así también el CCYCN deja atrás la clasificación del Código Civil que dividía a los menores en púberes e impúberes, y trata de las personas menores de edad que tienen hasta 13 años y los que tienen entre 13 y 18 años a los cuales llama "adolescentes" (art. 25), de donde surgen dos categorías: "menores de edad que son adolescentes y menores de edad que no lo son". A su vez del art. 26 surge que dentro de los adolescentes también hay dos categorías, una que va de los 13 a los 16 años y otra que va de los 16 a los 18 años.

Por ultimo otro concepto que se introduce es el de "capacidad o autonomía progresiva", el cual indudablemente se encuentra ligado con el cambio de paradigma respecto de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral que se concreta mediante la efectivización del mentado Interés Superior del Niño, como principio rector de todas las medidas relativas a los niños, niñas y adolescente.

Al respecto la Convención de los Derechos del Niño establece en su art. 5 que "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Ello implica que los niños, niñas y adolescentes deben asumir sus roles y funciones de acuerdo al desarrollo y madurez que presentan de acuerdo a su edad.

Por lo cual podemos sostener que las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales que implica necesariamente el abandono de la rígida y obsoleta dicotomía entre "capacidadincapacidad" propuesta por el Código Civil.

Esta capacidad progresiva ya fue consagrada en la ley 26061, por ejemplo en el art. 19 referido al Derecho a la Libertad en su inciso a) "...Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos" y el art. 24 referido al Derecho a ser oído en su inciso b) "...Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo".

Y también se encuentra presente en el CCYCN, por ejemplo en el art. 639 al referirse a los principios que rigen la Responsabilidad Parental, que dice "La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño; b. 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; c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

# b) Actos de carácter personalísimos que pueden realizar las personas menores de edad

Dice el art. 26 del CCYCN "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. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

El citado artículo sienta una regla general que admite algunas excepciones. Esa regla es que todas las personas menores de edad actúan por medio de sus representantes (art. 101 inc b), pero hay excepciones en torno a la edad –si se es menor o mayor de 13 años- y también dependiendo del grado de madurez que se tenga. Es decir que estamos frente a incapaces de hechos, ya que no pueden ejercer sus derechos sino por medio de sus representantes; pero que dicha

incapacidad es relativa ya que en algunas situaciones, dependiendo del grado de madurez pueden ejercer algunos derechos por sí mismos.

Es claro que los niños menores de 13 años necesitan actuar por medios de sus representantes como por ejemplo para ser inscriptos en la escuela a la cual asistirán, aunque también es sabido que hay pequeños actos que realizan por sí mismos, presumiéndose la autorización de sus representantes, como por ejemplo comprarse una merienda.

Discrepo con mi estimada amiga Marisa Herrera (quien en su Código Comentado de Infojus sostiene que la capacidad de ejercicio para los menores de edad es la regla y la excepción es la actuación por medio de los representantes legales); en que la representación sea la regla, ya que como lo he sostenido ut supra y lo establece la letra de la norma, las personas menores de edad actúan por medio de sus representantes, salvo que debido a su edad y grado de madurez, la ley les autorice a ejercer sus derechos por sí mismos. Sin olvidar que esos derechos a los que se refiere la norma son de índole personal y que básicamente tienen que ver con decisiones respecto de su propio cuerpo y no con derechos de índole patrimonial.

Sin perjuicios de ello entiendo que aún antes de los 13 años hay determinados derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes que pueden ejercer por sí mismo, como por ejemplo el Derecho a ser Oído, consagrado en la Convención de los Derechos del Niños (art. 12), en la Ley de Protección Integral Nº 26061 (art. 24) y en distintas disposiciones del CCYCN (arts. 595 inc. f, 608 inc. a, 613, 639 inc. a y b, etc.); y en forma particular en el tercer párrafo del art. 26 cuando dice "...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...".

Respecto de la última parte del segundo párrafo del artículo citado, solo diré que si bien se le garantiza a la persona menor de edad que en caso de haber intereses encontrados con sus representantes legales puede contar con patrocinio letrado, sabido es que aún no esta implementado de manera efectiva en nuestro sistema jurídico. Aunque existe la figurar del Abogado del Niño, en provincias como la nuestra aún no hay ninguna designación oficial sino que se recurre al Cuerpo de

Abogados Ad Hoc o al Cuerpo de Codefensores de Familia cuando se presenta algún caso en este sentido.

Una introducción novedosa la constituye la posibilidad de que al adolescente entre 13 y 16 años de edad se le reconozca la aptitud para decidir respecto de aquello tratamientos que no resultan invasivos ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. Resulta conveniente tener presente que se entiende por tratamientos invasivos: "El término no invasivo (atraumático o incruento) se puede referir a enfermedades, procedimientos o dispositivos:...Los procedimientos no invasivos no involucran instrumentos que rompen la piel o que penetran físicamente en el cuerpo. Los ejemplos abarcan: las radiografías, un examen oftalmológico estándar, una tomografía computarizada, una resonancia magnética, un monitor Holter y un ECG. Los dispositivos no invasivos abarcan: audífonos, tablillas externas y férulas. No invasivo es lo opuesto a invasivo (cruento o traumático)" 103.

Ahora, si se trata de tratamiento invasivos que comprometan su estado de salud o integridad física, el adolescente **deberá** prestar su consentimiento asistido por sus representantes legales. Claro esta que se trata de acto personalísimo, como lo sería prestar el consentimiento informado para la practica del tratamiento médico y no del contrato del servicio médico –el cual es un acto jurídico patrimonial-, tal como lo sostiene Marisa Herrera.<sup>104</sup>

Por último, el artículo considera al adolescente de más de 16 años como una persona adulta para tomar las decisiones que hacen al cuidado de su propio cuerpo, con lo cual es considerado por la ley como un mayor de edad para tomar las decisiones que hacen al cuidado médico de su salud.

Otro acto de carácter personal que puede realizar el adolescente es el reconocimiento de hijos, sin autorización de sus progenitores (art. 680 in fine).

# c) Procesos de Familia. Adopción, Cuidado Personal y Régimen de Comunicación

Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Capítulo Preliminar y Libro Primero (art. 1 al 400). INFOJUS, Pág. 72

<sup>103</sup> Medline Plus, www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/enc

En el proceso de adopción establece el art. 617 que el pretenso adoptado es parte en el proceso y que a partir de los diez (10) años debe prestar su consentimiento expreso para ser adoptado, es decir que si no lo hace el proceso sería nulo.

En el caso de Cuidado Personal o del Régimen de Comunicación es evidente la importancia que tiene la escucha del NNA, ya que es quien de una manera —por lo general- espontánea manifestará sus deseos y sus vivencias. En lo personal creo que no hay una edad a partir de la cual se deba escuchar al niño, entiendo que si pueda darse a entender hay que escucharlo. Ahora bien, también creo que esa opinión tiene que "ser tenida en cuenta" de una manera particular cuando el niño o niña es mayor a 10 años; ya que si a partir de esa edad puede consentir si quiere o no ser adoptado, con mayor razón puede opinar con que progenitor quiere vivir o cuando quiere ver al progenitor no conviviente.

### **III.- Conclusiones**

El Régimen de Capacidad Progresiva introducido en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Civil y Comercial ha permitido que de una manera acabada los niños, niñas y adolescentes, en nuestro país puedan ejercer plenamente su derecho a ser oído.

Son los operadores del derechos los encargados de que ese derecho se cumpla y que la opinión de los NNA sea tenida en cuenta al momento de decidir cualquier cosa de que una u otra manera los afecte.

En virtud de ello, me permito proponer que la opinión de los NNA a partir de los 10 años sea el elemento o uno de los elementos principales que sirvan de base para la decisión que se adopte en torno a los mismos; siendo ello consecuencia del cambio de paradigma, en cuanto se ha pasado de la doctrina irregular que consideraba al menor como un objeto del derecho a la doctrina de la protección integral que ve en los niños, niñas y adolescentes verdaderos sujetos de derecho.

# "EL TIEMPO...UN INGREDIENTE DE VULNERACIÓN DE DERECHOS EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN".

# Dra. MARÍA ALEJANDRA FERRER

La ponencia tiene como sustrato una situación de restitución, que ha transitado por tres instancias hasta la SCJ Nación Argentina, con resoluciones colmadas de adverbios de tiempo; y pese a ello, hasta esta fecha, la sentencia no ha podido aún ejecutarse.

Brevemente los hechos son los siguientes: El litigio comienza en el año 2009, cuando el niño tenía 3 años y vivía con sus padres en Italia. La madre viaja con el niño a Mendoza por 30 días y vencido ese plazo, no regresan a la ciudad de Ancona.

En agosto del 2009, el padre denuncia ante el Ministerio de Justicia, que su hijo fue conducido a la Argentina ilícitamente por su madre, originando un procedimiento de restitución internacional, conforme lo previsto en la Convención de la Haya de 1980.

Con fecha 07/12/2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina, encomienda al Departamento de Cooperación Internacional de la Suprema Corte de Mendoza, la radicación del presente proceso ante el juez con competencia en la localidad de Godoy Cruz, donde el niño se encontraría residiendo junto a su madre, a fin de que se disponga sin demora su restitución a residencia habitual en Italia.

Ello da lugar a los autos nº 2528/9/6 con fecha 04/01/2010 donde se rinde todo tipo de pruebas, se tramitan incidentes, recusaciones, apelaciones e incluso, recursos extraordinarios, transcurriendo muchos meses y lo que es peor, muchos años.

Con fecha 10/03/2014, se dicta sentencia invocando el interés superior del niño, quien ha pasado la mayor parte de su vida en Mendoza viviendo con su madre y se rechaza el pedido de restitución internacional.

Apela el progenitor requierente y la Cámara Civil pone de resalto, el tener que decidir en el mes de febrero de 2015, **casi cinco años después**, de que el niño se

encuentra residiendo en la Argentina. Esto significa que, ha vivido más tiempo en el país de refugio, que en el país del requirente.

La Segunda Cámara Civil de Apelaciones confirma la decisión del Juez de Familia.

Se recurre ante el Superior Tribunal.

Conferida la vista a la Sra. Defensora General de la Nación, se pronuncia a favor de que se admita el recurso y se rechace el reintegro, alegando que las consecuencias de siete años de trámite, no pueden recaer sobre el niño, tanto más cuando durante ese lapso su existencia se consolidó en su actual centro de vida en la ciudad de Godoy Cruz. Asimismo, dado los derechos en debate, sugiere que se haga saber a las autoridades correspondientes, la conveniencia de considerar el dictado de normativa procesal específica en la materia, teniendo en cuenta los objetivos del CH 1980, que promueva la agilización de estos procesos y disminuya la litigiosidad.

La CSJ confirma el decisorio del Tribunal Superior provincial y exhorta al juez de familia de Mendoza, a adoptar y cumplir, de **manera urgente** y dentro de las próximas **6 semanas**, las medidas atinentes a cumplir las leyes vigentes, sin que una eventual negativa de la madre a acompañar a su hijo, obste a su cumplimiento, pudiendo el juez adoptar nuevas medidas que estime pertinentes para lograr el regreso seguro del infante a su residencia habitual, siempre que tal proceder no le cause mayores daños o una situación intolerable que no puedan ser paliadas.

Encomienda al juez de la causa, que los requerimientos que se le pudieran formular durante la ejecución de la sentencia, sean evaluados y resueltos **con la celeridad** que caracteriza la naturaleza del proceso, a fin de evitar una mayor demora en la restitución.

### **Algunas cuestiones liminares:**

Las demoras en el trámite del proceso y el incumplimiento en exceso del plazo fijado por la Convención de La Haya de 1980, son una característica constante en cada una de las causas sobre restitución internacional de menores.

Esto acrecienta el distanciamiento y desnaturaliza el proceso, al afectar en forma directa su finalidad, cual es, garantizar la restitución inmediata del menor a su lugar de residencia habitual, como indican los artículos 1° y 2° de la Convención de La Haya.

La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al status quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, pues ello preserva su interés superior.

La finalidad del Convenio de la Haya es restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita, mediante la restitución **inmediata** del menor a su residencia habitual por parte de las autoridades judiciales o administrativas del Estado de refugio.

De los arts. 2, 11 y 12 surge la i**mportancia** que se le debe dar a los plazos de tramitación, si verdaderamente se pretende proteger al menor.

# Pero qué ocurre cuando la noción de urgencia se pierde y ello incide en la vida del niño y en su bienestar futuro?

Sabido es que, una vez restituido, será el juez competente del Estado de su residencia habitual el que entienda en la cuestión de fondo, esto es, el cuidado personal, ya que constituye un derecho esencial del niño no ser desarraigado por una vía de hecho, de su medio familiar y social.

No puede alegarse, en consecuencia, como defensa, la integración del menor a un nuevo centro de vida, **por la cantidad de años vividos en el país requerido**.

Ello, por cuanto el centro de vida no puede adquirirse a través de un acto ilícito; sino se estarían convalidando las consecuencias de un hecho ilícito -traslado o retención indebida-.

En el caso de la restitución internacional, la preocupación jurisdiccional reside en el equilibrio entre las obligaciones internacionales contraídas en abstracto por medio de un tratado, y el principio del interés superior del niño individualmente considerado.

Fuera de la coyuntura a la que responde el art. 12 (segundo párrafo), la integración conseguida en el nuevo medio, no constituye un motivo autónomo de

oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo.

Así lo ha dicho nuestro Tribunal Superior: "La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado o retención ilícitos por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución" (CSJN, 22/11/2011, "W.D. c. S.D.D.W. S/ demanda de restitución de menor", Fallos: 334:1445).

Esto debe ponderarse con carácter riguroso, a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención. Como así también, cautelosamente analizar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita, lo coloca en peligro psíquico, en un grado acentuado de perturbación "muy superior" al impacto emocional, que normalmente se deriva ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres.

# Cómo influye el paso del tiempo?

La lentitud de la justicia ha sido y es uno de los grandes males de la mayoría de los sistemas jurídicos en todas las épocas. Las condenas a los Estados por parte de los organismos regionales de derechos humanos por violar este derecho son frecuentes. Cuando estos procesos involucran los derechos de los niños, el daño que se produce es superlativo y manifiesto ("Derecho de Familia", Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes., Directoras: Marisa Herrera, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras; t. I, pág. 827).

La extensa duración en el tiempo, incide en forma negativa sobre la dimensión física y psíquica de los niños, pero también sobre progenitor no sustractor; lo que ha llevado a calificar como "abuso del derecho" a la sustracción parental, encuadrándose además como uno de los tipos de "violencia familiar"; además, para no generar responsabilidad del Estado por la falta de razonabilidad en el tiempo que demanda la efectivización de los derechos afectados.

El aparato judicial debe actuar con celeridad, evitando que la dinámica procesal desplegada por las partes y sus abogados, alarguen una situación de hecho, que debe ser resuelta con urgencia.

Aun, cuando la demora en resolver el pedido de restitución, resulta una contingencia atribuible en la mayoría de los supuestos a múltiples factores, -entre los que se encuentran tanto la actuación de las partes como la de todos los agentes que intervienen en el proceso-, la ausencia de normas procesales que regulen un procedimiento específico de restitución, permite -en gran medida- la presentación de múltiples planteos dilatorios y una extensión de los plazos que dificulta decidir sobre la restitución con la urgencia a la que obliga el CH 1980 (arts. 2° Y 11).

No puede resultarnos indiferente que nuestro país ha sido condenado por la Corte Interamericana, entre otras razones, por la excesiva demora en resolver en la causa "Fornerón e hija c/ Argentina y Furlán.

# Cuáles son entonces las medidas a adoptar?

Para que se efectivice de la manera más urgente, deben adoptarse: 1) medidas que surgen de la Guía de Buenas Prácticas elaborada por la Conferencia de La Haya, para asegurar el cumplimiento y efectividad de los objetivos de la Convención; 2) lineamientos que nuestra Corte Nacional ha ido elaborando en sus resoluciones; 3) facultades que el art. 2642 CCyCN confiere a los jueces, como podría ser la exhortación a los padres para que colaboren en el cumplimiento de la medida, haciéndoles comprender al menor lo ocurrido, como sucedieron los hechos y que el traslado no implica separarse de alguno de ellos, sino volver a su país de origen, al lugar donde nació y tuvo su residencia habitual; 4) requiriendo a las autoridades centrales del país y de la provincia, la máxima colaboración a los fines de la efectividad de la sentencia. (Oficios a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio y Culto y a la Se.Ju.C.A.I. (Secretaría Judicial de la Corte para Asuntos Internacionales), para que brinden toda la asistencia que sea posible, jurídica, financiera y social, a los fines del urgente cumplimiento de la resolución; lo que implica la coordinación adecuada con la autoridad extranjera competente; 5) un llamado de atención a los abogados a fin de que cesen en la interposición de incidencias, recursos y/o cualquier otro planteo que entorpezca y demore la efectiva ejecución de esta sentencia, bajo apercibimiento de imponerles las costas a los abogados en forma solidaria, por cualquier remedio procesal que intenten y sea rechazado, sin perjuicio de la correspondiente denuncia ante el Directorio del Colegio de Abogados.

# Propuesta:

El debido proceso de restitución internacional debe encuadrarse en el marco de los procesos urgentes propios del derecho procesal moderno, en especial, del derecho procesal constitucional de familia.

Por tratarse de una tutela especial, requiere de un tratamiento diferenciado, ágil y expeditivo, sin que ello implique que no puedan respetarse las garantías del debido proceso judicial.

Por tanto, es tarea ineludible de los Estados, la de instruir procedimientos judiciales rápidos y expeditivos a fin de evitar los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos casos, como es la dilación en el tiempo y el consecuente arraigo del niño por vías de hecho (art. 11 CDN).

# En nuestro país:

El Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado, normas indispensables para el cumplimiento eficaz de la garantía, plasmando las ya previstas en los convenios internacionales y producto de la rica creación doctrinaria y jurisprudencial. El artículo 2642 ha sentado las pautas y mandatos imprescindibles para el cumplimiento de los convenios, priorizando la solución voluntaria y conciliadora por sobre la rígida orden judicial, y remarcando como premisa, en los casos fuera del ámbito de aplicación de los convenios, la garantía del interés superior del niño.

Resulta imperioso exhortar al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho convenio. (SENTENCIA DE LA CSJ).

Receptando esta exhortación, se dicta la Acordada Nº 28.852 y su protocolo anexo, mediante la cual se aprueba un proyecto de Ley sobre Proceso de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes.

El proyecto busca regular en el ámbito provincial de Mendoza, el mecanismo aplicable a los casos comprendidos en el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo del 15 de julio de 1989.

Finalidad: determinar si ha existido traslado o retención ilícita de un niño o adolescente y que se respete el derecho de comunicación o contacto internacional, de modo de obtener la resolución de los casos en **forma rápida y eficaz**, garantizando el regreso seguro y el respeto de su interés superior, conforme al Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y lo dispuesto en el artículo 2642 del CC y C. Este proyecto ha sido incluido como Capítulo X del Código Procesal de Familia de la provincia de Mendoza (arts. 208 a 227) con plazos muy breves.

"Artículo 213°. - Demanda y sentencia. Presentada la demanda de restitución, el Juez deberá analizar las condiciones de admisibilidad de la acción, la verosimilitud del derecho del peticionante y si se encontrare en ejercicio del derecho de custodia. Si el pedido se considera procedente, el Juez dictará resolución que ordene la restitución dentro de las veinticuatro (24) horas. En la misma resolución, el Juez dispondrá:

- a) las medidas necesarias para la protección de la persona menor de edad, y en su caso para el adulto que lo acompaña, manteniendo o modificando las medidas cautelares y provisionales adoptadas inicialmente durante la etapa preliminar.
- b) la citación del legitimado pasivo para que en el plazo de cinco (5) días oponga alguna de las defensas previstas en el artículo 215.

Si no mediare oposición, la orden de restitución quedará firme y se librará mandamiento para hacerla efectiva, con comunicación a la Autoridad Central.

La resolución que rechace la demanda sin sustanciación requiere motivación suficiente, de acuerdo a lo establecido en las Convenciones vigentes.

Artículo 214º. - Recurso. La resolución que rechace la demanda será apelable dentro del plazo de tres (3) días y deberá fundarse en el mismo escrito de interposición.

El expediente deberá elevarse a la Cámara de Apelaciones dentro de las **veinticuatro (24)** horas de concedido el recurso.

La Cámara deberá resolver en el plazo máximo de **cinco (5) días** sin ningún tipo de tramitación.

**Artículo 219º. - Resolución**. Dentro del plazo de **cinco (5) días** de celebrada la audiencia o de vencido el plazo para formular observaciones a los informes periciales, el Juez deberá dictar resolución sobre las oposiciones planteadas.

Artículo 220°. - Apelación. La resolución será apelable dentro de los tres (3) días de notificada, debiendo presentarse los fundamentos de la apelación en ese escrito. Si el recurso es concedido, el expediente se elevará a la Cámara dentro del plazo de veinticuatro (24) horas. Admitido el recurso se dará traslado por tres (3) días a la contraria, Ministerio Pupilar y en su caso a la persona menor de edad que interviniere con su abogado.

La Cámara deberá escuchar a la persona menor de edad en forma inmediata y dictar resolución, confirmando o revocando la resolución apelada dentro del plazo de **cinco (5) días** de la audiencia."

Los procesos han de regirse por los principios de oralidad, inmediatez, conciliación, oficiosidad, economía procesal, bilateralidad, contradicción, gratuidad, acceso limitado al expediente, lealtad procesal, tutela judicial efectiva, cooperación, buena fe y moralidad procesal.

El impulso procesal está a cargo del juez, sin perjuicio de las cargas procesales que le correspondan a las partes en defensa de su propio interés.

### Propuesta:

Los procesos prolongados en el tiempo, generan un alto grado de incertidumbre para todos los protagonistas.

Hasta que no se realice una reforma procesal a través de la incorporación de un procedimiento propio y especial, los jueces deberán extremar las medidas para hacer cumplir los postulados de las convenciones, de modo que se logre una decisión con la celeridad propia de un mecanismo de restitución.

El vacío normativo en materia procedimental origina que los tribunales utilicen diferentes vías procesales, generando incertidumbre e inseguridad jurídica.

Hasta tanto la Argentina cuente con una reglamentación hecha a la medida de los convenios, <u>es necesario avanzar con leyes procesales locales con pautas precisas sobre el procedimiento a seguir para cumplir con la celeridad exigida.</u>

En suma, cuando se cumplan con los objetivos de los convenios ratificados por nuestro país, estableciendo una legislación procesal interna para su efectiva aplicación, el principio del interés superior del niño se encontrará plenamente resguardado

NOS QUEDA POR HACER...

REALIDAD EL PROYECTO DE LEY!!!!



# **CONCLUSIONES**

# Comisión 2: "Derecho de Familia y Derecho Procesal de Familia: Derecho a vivir con familia"

## Se recomienda

- 1.- Igualar la obligación alimentaria del progenitor afín con la del progenitor, y analizar la conveniencia de mantener la edad como límite de término de la obligación.
- 2.- Consagrar el deber del progenitor conviviente de informar el cambio de residencia de los hijos al otro progenitor.
- 3.- Regular y legislar casos de niños en situación de intersexualidad como de casos de maternidad subrogada.
- 4.- Ordenar la realización de peritajes antropológicos y designación de intérpretes en los procesos de declaración de adoptabilidad que involucren niños, niñas y adolescentes pertenecientes a comunidades de pueblos originarios.
- 5.- Que se regule en los procesos de familia, donde se tramite la declaración de adoptabilidad se de la posibilidad de intervención efectiva a progenitores con problemas de salud mental y medidas de ajuste razonable y designación de figuras de apoyo a la misma.
- 6.- Garantizar la designación y la participación del abogado del niño en todas las etapas del proceso especialmente la que se refiere a niños y niñas privados de

medio familiar para lograr una defensa efectiva de sus derechos y las resoluciones en tiempo y forma

- 7.- Que se proceda a monitorear por parte de los órganos de derechos humanos y desde el M Ministerio Publico, las condiciones de alojamiento y acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren privados de medio familiar, institucionalizados
- 8.-. Se sugiere que los operadores jurídicos que intervienen en casos de infancia y violencia familiar y de género consideren como principio inspirador la proactividad, la especialización y la celeridad, de forma tal que la decisión respecto de la situación de niños, niñas y adolescentes sea pronta, oportuna y adecuada.
- 9.- Facilitar el acceso de los adultos mayores al sistema judicial.
- 10.- Que sea considere la capacitación de todos/as los/as los actores, proponiendo un trabajo interdisciplinario y coordinado entre las instituciones y la Justicia de Familia basada en la necesidad de contemplar los distintos aspectos de una misma realidad, por medio de los aportes que sobre ella puedan realizar las distintas disciplinas e instituciones involucradas.

Se considera conveniente revisar los procedimientos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en materia recursiva a los efectos de cumplir con la garantía restitutoria que prevén los tratados internacionales.

# **COMISION III**



**Encarnación-2018** 

# "JUSTICIA RESTAURATIVA, FORMACIÓN DE REDES Y ACTUACIÓN PLURIDISCIPLINAR PARA LA REDUCCIÓN DE LA VULNERABILIDAD Y LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL EN LA AMAZONIA BRASILEÑA"

# NIRSON MEDEIROS DA SILVA NETO JOSINEIDE GADELHA PAMPLONA MEDEIROS

### RESUMEN

Esta presentación hará un resumen de una experiencia con justicia restaurativa que tiene contribuido para la formación de redes y la actuación pluridisciplinar direccionada a la reducción de la vulnerabilidad y a la prevención de la delincuencia juvenil. Habla sobre el Programa "Amazônia da Paz", desarrollado en una de las regiones más pobres de Brasil, que presenta diversos factores estructurales que favorecen el ingreso y permanencia de niños, niñas, adolescentes y jóvenes en el mundo de la criminalidad. La experiencia relatada revela como un programa de justicia restaurativa puede favorecer el fortalecimiento del trabajo pluridisciplinario y en rede a través del uso de una metodología típicamente restaurativa, los círculos de construcción de paz, que pueden ser utilizados no apenas para se tratar conflictos y danos, pero también para profundizar relacionamientos y conocer mejor los profesionales que actúan en la protección juvenil y en enfrentamiento de la vulnerabilidad social en la niñez y la adolescencia.

# INTRODUCIÓN

El programa a respecto del cual hablaremos es desarrollado en una mesoregión de la Amazonia brasileña conocida como Bajo Amazonas, que tiene como ciudad polo Santarém, en Estado de Pará. La Amazonia es una de las más pobres regiones de Brasil, con los menores índices de desarrollo económico y humano, elevados grados de violencia urbana y rural, presencia de trabajo infantil y asimilado a la esclavitud, precaria infraestructura de vivienda y saneamiento básico, dificultades de acceso a la escolarización y servicios públicos de salud, siendo aún una de las rutas del trafico internacional de drogas – por lo tanto, donde encontramos situaciones de vulnerabilidad social que alcanzan los niños, niñas, adolescentes y jóvenes que pertenecen a los segmentos más empobrecidos de la populación local. Estas condiciones, sin duda, aumentan su susceptibilidad a las situaciones de riesgo, al consumo de drogas y al ingreso en el mundo de la delincuencia. Entonces, cualquier programa o política pública

que intente cuidar de la cuestión de la criminalidad juvenil en la Amazonia tiene que levar en cuenta estos factores económicos y sociales que están en la raíz de la problemática de la creciente práctica de delitos por adolescentes y jóvenes en la región y, ciertamente, en otras regiones de Brasil, apenas con diferencias de grados en función de las circunstancias socioeconómicas de cada localidad.

Aunque la justicia restaurativa no sea una panacea capaz de resolver todos los nuestros problemas sociales y económicos, en los últimos años la experiencia ha nos mostrado que la justicia restaurativa tiene grande potencial para estimular la formación de redes, conectar personas y instituciones, bien como incentivar el trabajo pluridisciplinario y multinstitucional, contribuyendo para articular el sistema de justicia con otros servicios estatales o de la sociedad civil que actúan en diversos sectores sociales, tales como escuelas, universidades, prisiones, policías, servicios de asistencia social, atendimiento socioeducativo, espacios comunitarios y religiosos, involucrando profesionales de diversas áreas del conocimiento y miembros de comunidades. Abajo presentaremos un poco sobre el Programa que ha inspirado las reflexiones que nos llevaron a la elaboración de esta ponencia, con foco en sus contribuciones para se pensar las posibilidades de formación de redes y de actuación pluridisciplinar direccionada a la reducción de la vulnerabilidad y a la prevención de la delincuencia juvenil. Mientras que sea una experiencia local, acreditamos que puede inspirar otros tantos programas que tienen trabajado para la implantación e implementación de prácticas restaurativas en lo campo de la justicia juvenil.

# CONSTRUYENDO REDES Y APROXIMANDO PERSONAS A TRAVÉS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Nuestra experiencia práctica con la justicia restaurativa inició con un curso ofertado para equipes interprofesionales de unidades jurisdiccionales que trabajaban con la justicia juvenil, llevado a cabo en 2011. Con este curso iniciaron las primeras acciones del programa que ha venido a se llamar, posteriormente, "Amazônia da Paz". En 2012, a partir de una asociación entre personas que integran diversas instituciones del sistema de justicia y del sistema de educación se formó un grupo pluridisciplinar para estudiar y practicar círculos de construcción de paz, de conformidad con la metodología de los peacemaking circles (PRANIS, 2010 e 2011; PRANIS & BOYES-WATSON, 2011; PRANIS, STUART & WEDGE, 2003) con vistas a pensar, vivenciar y desarrollar posibilidades de aplicación de la justicia restaurativa en contextos escolares y, hoy en día,

también en espacios comunitarios, contextos estos que sieguen, en la realidad social amazónica, de hecho muy entrelazados (SILVA NETO & MEDEIROS, 2016; SILVA NETO, MEDEIROS & EVANGELISTA, 2013). Los círculos han sido oportunidades no sólo de estudio, experimentación metodológica y edificación de estrategias de acción, pero que igualmente de conocer mejor las personas, antes vistas apenas como miembros de ciertas instituciones, y de construir relacionamientos más profundos y durables con ellas, relaciones que muchas veces trascienden las interacciones estrictamente profesionales. Este grupo se ha revelado un lugar en que los participantes pueden cuidar de sí mismos y uno de los otros, ofreciendo apoyo y suporte mutuos en los desafíos de la existencia y en los problemas de trabajo con la justicia restaurativa. Sin duda, estos son caminos poco convencionales en los trabajos interinstitucionales que involucran actores de los sistemas de justicia y educación, pero son caminos trillados y que mucho enseñamientos han presentado a nosotros.

En 2014, el Programa cambió su foco para la implantación e implementación de prácticas restaurativas en los servicios de ejecución de medidas socioeducativas del oeste de Pará, medidas estas aplicadas en Brasil a adolescentes que practicaron actos infracciónales. En conjunto con los organismos locales de ejecución de medidas socioeducativas, el Programa pasó a formar facilitadores y estimular la actuación en una rede pluridisciplinar y multinstitucional de actores direccionados a construir un enfoque restaurativo en el atendimiento socioeducativo, contando para tanto con el suporte del Instituto Terre des hommes en Brasil (Tdh), que ofreció los primeros cursos de formación de facilitadores y tiene hoy en día ofertado cursos de formación de instructores, garantizando así la sustentabilidad de las acciones relacionadas a la justicia restaurativa en el Bajo Amazonas. En razón de esta coalición de personas y instituciones, en la ciudad de Santarém todas las unidades que ejecutan medidas socioeducativas tienen facilitadores formados que realizan prácticas restaurativas y utilizan el enfoque restaurativo en sus actividades profesionales, incluyendo los círculos de construcción de paz en el cotidiano de sus trabajos con adolescentes que practicaron actos infracciónales y que están en cumplimiento de medidas socioeducativas, inclusive privativas de libertad (SILVA NETO & MEDEIROS, 2015 e 2016b; SILVA NETO, MEDEIROS & LIMA, 2016). Más tímidamente, pero que en una dinámica de expansión, estas acciones alcanzan otros municipios del Bajo Amazonas que tienen venido a conocer las prácticas restaurativas en el atendimiento socioeducativo a través de cursos de introducción a la justicia restaurativa y de formación de facilitadores, bien como por medio del contacto con facilitadores que conducen los

adolescentes a sus municipios de origen y, algunas veces en estas ocasiones, realizan círculos de reintegración a las comunidades y familias. No raramente, los facilitadores también realizan círculos de celebración de la finalización del doloroso ciclo de la medida socioeducativa.

El trabajo con metodologías de justicia restaurativa en la ejecución de medidas socioeducativas viene enseñándonos como podemos humanizar el tratamiento dado a los adolescentes que practicaron actos infracciónales a través del uso de un enfoque restaurativo y de la utilización de procesos circulares para enfrentar la vulnerabilidad y aumentar las chances de que los adolescentes y jóvenes no vuelvan a practicar delitos. Hemos observado la realización de círculos involucrando adolescentes en conflicto con la ley, sus familiares y otras personas indicadas por elles direccionados al fortalecimiento de los lazos familiares ya fragilizados anteriormente al delito y heridos aún más después de la práctica del acto infracciónale. La fragilidad de los vínculos familiares, sumada a los demás factores de riesgo que hablamos arriba, contribuye sobremanera para que los adolescentes y jóvenes envueltos en prácticas de delitos sean más susceptibles a la reincidencia, dada la falta de apoyo, de afecto y muchas veces también de controle en sus familias. Los círculos de fortalecimiento de lazos familiares durante el cumplimiento de las medidas socioeducativas se han mostrado como importantes caminos para estimular el compartimiento de responsabilidades con las familias, los profesionales del atendimiento socioeducativo y los demás miembros de la rede de protección a los niños, niñas y adolescentes. Además de contribuir con una más efectiva responsabilización, los círculos ayudan a visualizar con más clareza las necesidades que precisan ser atendidas y favorecen la construcción de espacios seguros para el desarrollo de estrategias de enfrentamiento de los factores de riesgo que aumentan la probabilidad de recurrencia de actos infracciónales. Por otro lado, los círculos son muy pedagógicos para todos los participantes y, a través del uso de técnicas simples - como rituales de abertura y de cierre, la identificación de valores comunes, el compartimiento de historias, la utilización de un objeto de la palabra, etc. – estimulan la vivencia de relacionamientos respetuosos y de una comunicación más congruente y empática, es decir, más conectada con los sentimientos y necesidades de sí mismos y de los otros (ROGERS & ROSENBERG, 2012; ROGERS, 2009; ROSENBERG, 2006). Espacios así estructurados son capaces de incentivar las personas al establecimiento de relaciones saludables aunque en instituciones totales como las unidades socioeducativas que, en Brasil, muchas veces poco se diferencian de las prisiones.

Nosotros solemos decir que aprendemos a trabajar en rede a través da práctica de la justicia restaurativa o, más específicamente, por medio del uso de los procesos circulares en nuestro cotidiano de trabajo. Los círculos han dado la oportunidad de humanizar el tratamiento dispensado a los adolescentes en conflicto con la ley, bien como ha sido una herramienta para la implementación y sustentabilidad del enfoque restaurativo en todas las etapas del atendimiento socioeducativo, desde el ingreso hasta el proceso de reintegración a la familia e a la comunidad. Son promovidas ocasiones de diálogo sobre temas importantes para los adolescentes; se realizan círculos de celebración para acentuar conquistas y pasajes significativas, progresiones de medida, desligamiento; se hacen círculos de fortalecimiento de vínculos familiares y de comprometimiento con la medida socioeducativa; se construye planos individualizados de atendimiento utilizando procesos circulares; se recibe y se devuelve los adolescentes a la sociedad a través de círculos: se aborda conflictos y daños sufridos durante el cumplimiento de la medida usándose una metodología restaurativa; en fin, buscase utilizar estrategias típicas de la justicia restaurativa para trabajarse con los adolescentes por el tiempo en que elles estén bajo la tutela del Estado o bajo su supervisión. Y esto tiene profundas consecuencias no sólo para los adolescentes, sus familias y comunidades, pero también para los profesionales que con elles trabajan, los cuales profundizan sus relaciones además de los relacionamientos formales y burocratizados que normalmente caracterizan interacciones de los miembros de las instituciones estatales.

Por último, ha algo más a decir. Más recientemente, mientras que a partir del sistema de justicia, el Programa tiene desarrollado acciones en otros campos relacionados a la protección y promoción de los derechos de niños, niñas, adolescentes y jóvenes, ofreciendo cursos destinados a capacitar facilitadores para actuaren en servicios psicosociales, incluso aquellos que prestan servicios de salud a adolescentes y jóvenes involucrados en consumo de drogas, bien como sectores comunitarios que trabajan con segmentos vulnerables de la populación local. Así, tiene se ampliado el número de servicios de asistencia social que hacen uso de círculos de construcción de paz y buscan adoptar en su trabajo el llamado enfoque restaurativo (TDH, 2015a e 2015b). Este fenómeno está a ocurrir, por lo demás espontáneamente, en los Centros de Referencia en Asistencia Social (CRAS) y en los Centros Especializados en Asistencia Social (CREAS) – que integran el Sistema Único de Asistencia Social (SUAS) en Brasil –, organismos públicos más cercanos a las comunidades y que son una de las primeras puertas estatales de entrada de los conflictos sociales que involucran la populación juvenil y sus

familias. Los profesionales de estos servicios de atendimiento psicosocial se han interesado cada vez más por la metodología de los procesos circulares con el objetivo de aplicarla a sus contextos de actuación. También aquí los círculos tienen favorecido trabajos en rede y pluridisciplinarios, estimulando acciones coordinadas que envuelven estos profesionales y otros miembros de la rede de protección juvenil. Parece a nosotros que los procesos circulares aún ofrecen a estos profesionales herramientas metodológicas muy útiles al tratamiento de situaciones de conflicto que llegan a su local de trabajo, además de ayudaren en la facilitación de procesos grupales envolviendo familias y otros grupos por elles atendidos, muchos entre los cuales relacionados a factores de riesgo para niños, niñas, adolescentes y jóvenes.

### **CONCLUSIONES**

Esperamos que las reflexiones que por ahora cerramos tengan contribuido para esclarecer sobre algunas posibilidades que la justicia restaurativa ofrece para la formación de redes y la actuación pluridisciplinar direccionada a la reducción de la vulnerabilidad y a la prevención de la delincuencia juvenil. Nuestra experiencia con el Programa que llamamos "Amazônia da Paz" ha demostrado que el uso de metodologías típicamente restaurativas como los círculos de construcción de paz pueden ser poderosas herramientas en la aproximación de personas/profesionales, objetivando la construcción efectiva de redes multidisciplinares y multinstitucionales capaces de articular servicios y equipamientos públicos que actúan en la protección de niños, niñas, adolescentes e jóvenes y en la promoción de sus derechos, por el medio del enfrentamiento de situaciones de vulnerabilidad social.

# REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS PRANIS, Kay. Processos Circulares. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. \_\_\_\_\_\_. Círculo de justiça restaurativa e de construção de paz: guia do facilitador. Trad. Fátima De Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011. PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. No coração da esperança: guia de práticas circulares. Trad. Fátima De Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio

PRANIS, Kay; STUART, Barry; WEDGE, Mark. **Peacemaking circles: from crime to community**. St. Paul, Minnesota, USA: Living Justice Press, 2003.

Grande do Sul, 2011.

SILVA NETO, Nirson Medeiros da; e MEDEIROS, Josineide Gadelha Pamplona. Justiça restaurativa e atendimento socioeducativo: uma experiência na Amazônia central. **Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte: 2015.

| AMAPAZ – Rede Amazônia da Paz: os caminhos da justiça restaurativa no                       |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| oeste do Pará. Anais do XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Brasília: 2016a.                  |
|                                                                                             |
| Instituindo práticas restaurativas na Justiça Juvenil e no atendimento                      |
| socioeducativo do oeste do Pará. In: SILVA NETO, Nirson Medeiros da <i>et al</i> . (orgs.). |
| Educação clínica em direitos humanos: experiências da Rede Amazônica de                     |
| Clínicas de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b.                           |

SILVA NETO, Nirson Medeiros da; MEDEIROS, Josineide Gadelha Pamplona; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Educação em direitos humanos e justiça restaurativa: integrar a justiça juvenil. In: SILVA, Aida Maria Monteiro; COSTA, Graça Santos; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira (Org.). **Diálogos sobre educação em direitos humanos e a formação de jovens e adultos**. Salvador: EDUFBA, 2016.

SILVA NETO, Nirson Medeiros da; MEDEIROS, Josineide Gadelha Pamplona; EVANGELISTA, I. A. S. Círculos de paz: a construção de práticas restaurativas no

# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

| de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2013.                                                                            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ROGERS, Carl R. <b>Tornar-se pessoa</b> . Trad. Manuel José do Carmo Ferreira e Alvamar Lamparelli. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.                                             |
| e ROSENBERG, Rachel L. <b>A pessoa como centro</b> . São Paulo: EPU, 2012.                                                                                                              |
| ROSENBERG, Marshall. <b>Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos.</b> Trad. Mario Viela. São Paulo: Ágora, 2006.                                               |
| TDH (INSTITUTO TERRE DES HOMMES LAUSANNE NO BRASIL). <b>Manual de execução de medidas socioeducativas de Fortaleza</b> . Fortaleza: <i>Terre des hommes Lausanne no Brasil</i> , 2015a. |
| Modelo de ação para prevenção da violência e práticas restaurativas em contextos escolares. Fortaleza: <i>Terre des hommes Lausanne no Brasil</i> , 2015b.                              |

# "NECESARIA PARTICIPACIÓN DE LOS DIFERENTES ROLES DEL ESTADO PARA UN PROCESO RESTAURATIVO: UN CASO DE INTERVENCIÓN EXITOSA EN EL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO"

Nombres y Apellidos: LIC. NATALIA SMITH

ABOG. NORMA APARICIO

### SUMARIO:

"Antes de levantar un muro, querría saber quién quedara de cada lado".

Robert Frost

La justicia restaurativa marca un extremo diametralmente diferente, siendo altamente beneficioso para el adolescente, resolviendo el problema, en donde se establecen responsabilidades y obligaciones, poniendo en la mira el futuro del joven. Uno de los objetivos centrales es permitir que el adolescente asuma sus responsabilidades y que comprenda el impacto de sus actos, debiendo el Estado fortalecer las debilidades, cubrir las necesidades del infractor, acompañándolo a su reinserción en todos los aspectos de su vida, con un proyecto de vida productivo para sí y para la sociedad.

Este modelo se introduce tímidamente en los tribunales de justicia del país, y de Latinoamérica, dado que "quitarnos el Patronato de Menores" es una cuestión cultural, en la cual prevalece la aplicación de la justicia punitiva, centrándose en la culpabilidad del joven, estigmatizándolo en forma permanente, donde no se alienta al arrepentimiento ni al perdón, y donde la libertad es castigada bajo rejas hasta tanto se cumpla la condena definida en el régimen penal de la minoridad. -

Mediante el presente caso "E.F.A. S/Homicidio Simple", se pretende reflexionar y analizar sobre la función que han desempeñado los diferentes roles del Estado, haciendo hincapié en la visión criteriosa de los magistrados del Excmo. Tribunal oral de la Provincia de Santiago del Estero, haciendo uso de la justicia restaurativa, aunque dicha provincia no cuenta con un régimen especializado en esta materia, salvo la que establece la Ley 22.278.- En este caso, se observa que el cambio de paradigma que se viene predicando con respecto a los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta la Carta Magna, los Tratados Internacionales, las leyes nacionales y provinciales, como la jurisprudencia entre

otros instrumentos que son de gran relevancia, hizo mella en la forma de juzgar, tratar e intervenir en los diferentes operadores jurídicos sobre la vida de este joven, que en un momento fue un infractor de la ley penal.-

# Antecedentes Fácticos: El caso del adolescente F.E.A.

El presente trabajo, parte del análisis de una sentencia que dictó el Excmo. Tribunal Oral en lo Penal, en la provincia de Santiago del Estero, bajo la Presidencia del Dr. Juan Carlos Storniolo e integrado por los Vocales, Dres. José Luis Guzmán y Luis Eduardo Achaval.

Se lleva a cabo una audiencia a los dieciocho días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, en la cual se toma conocimiento de la fundamentación escrita de la causa que por el delito de Homicidio Simple (art. 79 del Cód. Penal)<sup>105</sup>, se le sigue a F.E.A. de 19 años de edad, en perjuicio de D.G.E., en la que intervinieron el Ministerio Fiscal (Fiscal de Cámara, Defensor de Menores) y el Defensor.

En esta audiencia debía resolverse teniendo en cuenta el Código Procesal Penal de la Provincia: 1) sobre la conveniencia y necesariedad de la aplicación de una sanción; 2) que se debe resolver lo planteado por el Fiscal de Cámara y el Defensor de Menores.

Se inicia dicho acto con la audiencia cesura, que consiste en exponer, en audiencia oral y pública ante los jueces, las pruebas y los fundamentos (alegatos) de la Fiscalía y la Defensa, respecto de la cantidad de años de prisión que correspondería imponer a una persona para el caso que se lo declare culpable. A continuación, hizo uso de la palabra, en primer lugar, la Sra. Fiscal de Cámara, sostuvo que F.E.A. con fecha 23/06/2016, fue declarado responsable penalmente del delito que antes se consignó en perjuicio de D.G.E. Analizando los informes la magistratura dispuso prorrogar el tratamiento tutelar por un año y diferir la imposición de la pena, mientras tanto cumpla con el tratamiento antes mencionado, conforme lo establece el art. 4<sup>106</sup> de la Ley de Menores N° 22.278 (Régimen

<sup>&</sup>lt;u>1servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm</u> Cód. Penal – Articulo 79: Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciera otra pena.

Penal de Minoridad) en el Centro de Guarda, Custodia y Tratamiento de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal. Se fija fecha de la primera audiencia de cesura de juicio la cual se llevó a cabo el día 05/12/2016, Esteban ya estaba privado de su libertad y se presentaron los informes que dan cuenta que el adolescente ha cumplido con las normas y reglamentos *carcelarios* y que ha participado de las actividades recreativas propuestas por el centro. No ha registrado sanción disciplinaria alguna ni llamados de atención. También se destaca que la relación que ha desarrollado F.E.A. con sus pares y con el personal del establecimiento han sido óptimas. Que del informe socio ambiental, los vecinos dieron un concepto favorable. Con respecto al informe psiquiátrico el médico interviniente expresó que el paciente se encontraba lúcido, que estaba orientado y que respondía a las entrevistas de acuerdo a su nivel socio cultural. Señaló atención espontánea, efectividad con alteraciones, pensamientos en general coherentes ideación y asociación de ideas normales. Que, de las entrevistas realizadas en el centro antes mencionado, consta que hay una evolución en el adolescente, que tenía planes a futuro como terminar la secundaria y también se ha destacado que aprendió varios oficios en el penal. La *Lic. N.S.*, quién intervino en el caso señala que el entrevistado se encuentra en desarrollo y evolución de su personalidad. Se observo un desarrollo neurótico con intento de control y mejora de sus conductas dentro de un contexto de encierro. Presentando rasgos de inseguridad e indicadores significativos de desadaptación social en virtud de que el sujeto ha pasado dos años de vida carente de cuidados parentales afectivos, es esperable que estos aparezcan como rasgos adquiridos o reforzados dentro de un contexto privativo de la libertad y teniendo en cuenta los recursos personales del sujeto que permitan una mejor adaptación al medio se infiere que los mismos pueden ser modificados y mejorados en condiciones distintas (mediante externación y vida social adecuados a las necesidades del sujeto) y bajo apoyo terapéutico especifico a fin de que el mismo logre un mayor y mejor desarrollo de su personalidad que le permita concretar un proyecto de vida integrado a un ámbito micro macro social que lo contenga y le permita adquirir y desarrollar recursos para manejar su vida adulta con responsabilidad y normatividad sociales, psicológicos y del centro en donde se encontraba alojado, que si bien resultaron favorables no eran suficientes, por lo tanto el Ministerio Fiscal (Fiscal de Cámara y Defensor de Menores) y la defensa técnica, consideraron que era propicio que se disponga de una prórroga por un año más al tratamiento tutelar al que estaba sometido

F.E.A., a los fines de analizar la actividad de aquel en situación de libertad. Para tal fin se le designó una tutora, y se dispuso llevar a cabo tratamiento psicológico como así también que realizara actividades laborales y educativas. Habiendo transcurrido un año, se realiza la segunda audiencia de cesura de juicio se realizó el día 13/12/2017, de autos se desprende que el joven se encontraba trabajando en una hostería y que su empleador había dado excelentes referencias de su labor y resalto el comportamiento del joven, además que participa activamente en una Fundación de Albergues Infantiles ad honorem. Del *informe psicológico* realizado por la terapeuta de E.F.A. ha destacado el compromiso que asumió con responsabilidad, en el ámbito laboral, en el espacio terapéutico, su voluntariado en la fundación que antes se consigna y en su estudio, siendo para el objetivo fundamental culminar sus estudios secundarios. Se destaca en todo este proceso la labor realizada por la tutora N.G., como una figura fundamental de acompañamiento y contención que ha sido favorable para el adolescente y que ha dejado sentadas pautas de cómo debería realizarse la tarea de tutora en el marco del tratamiento tutelar. Que esta persona asumió un compromiso a conciencia, con consignas claras y reales, en donde se dio prioridad al aspecto humano. Por lo que se resolvió absolver de pena. -

# Las acciones positivas llevadas a cabo por el Poder Judicial frente a un caso de un adolescente en infracción con la Ley Penal y la aplicación de la justicia restaurativa. - Resultados obtenidos y nuevos desafíos. -

Como se adelantó, la actuación del Excmo. Tribunal Oral en lo Penal, en el caso comentado, parte de la situación de vulneración en la cual se encontraba el joven E.F.A., sin cuidados parentales por un término de dos años, sin referente afectivo alguno. El rol del Tribunal junto a la Sra. Fiscal de Cámara, la defensa técnica y los operadores del derecho (trabajadores sociales y psicólogos intervinientes), como así también el rol de la tutora designada, una vez que fue externado, fueron sumamente efectivos, tendiente a la recuperación y reinserción de E.F.A. a la sociedad.

En virtud del plan de acción de este caso que tiene sus particularidades propias, teniendo especial tratamiento ya que se trata de una persona que ha cometido un delito grave cuando era menor de edad, el Tribunal, si bien ha declarado su responsabilidad penal, evalúo los informes, y con éstos, consideró su estado de desarrollo y no lo estigmatizó en un acto transversal.- Tal es así, que de las entrevistas psicológicas dan cuenta el avance que fue realizando el joven, quien ha manifestado, que cuando niño vivió en un conflictivo

familiar de violencia propiciada por un padre con problemas con el alcoholismo y su madre como víctima de violencia que éste ejercía hacia ella. Que tanto él como sus hermanos, insistieron a su madre abandonar el hogar para salvaguardarla, siendo entonces que su madre se retira del hogar hacia la ciudad de Rosario. Posteriormente lo hacen los hermanos mayores y tanto él como su hermano mayor quedan al cuidado de su padre.

Sus primeros conflictos sociales comenzaron a la edad de los 9 años con un niño de su misma edad y desde entonces se siente amenazado, hostigado y humillado, como así también por los familiares de éste.

Con relación al delito cometido por el joven, comprende la gravedad del acto delictivo y sus alcances legales. Su posición actual ante el suceso vivido en cuanto al análisis personal que éste pudo realizar durante el período de detención (dos años aproximadamente) y su participación en el juicio oral, denota ser fruto de conciencia, donde el joven pudo evaluar que el desenlace del conflicto del cual fue parte, no fue lo esperado ni lo planificado por éste, lamenta la pérdida de la vida del damnificado como así también su propia libertad. Es consciente de que durante su adolescencia ha intentado resolver sus conflictos de manera independiente, sin pedir ayuda en adultos que pudieran brindarle soluciones más favorables para sí. Se reconoce a si mismo con más lucidez y comprensión de su estado de vida, y de su propio accionar que en ese entonces. Considera necesario recuperar su libertad, el tener un proyecto de vida elaborado, lograr independencia seguridad, y no exponerse nuevamente a situaciones de peligro, amenaza o conflicto, características de vida que el sujeto percibía antes del episodio donde se desencadena la muerte del joven G.E.

También da cuenta de haber adquirido mayores valores en la cárcel que son pasibles de traslado a la vida social, como ser, respetar a los mayores, dialogar con personas que le deseen el bien o que le permitan una convivencia segura, el mantenerse ocupado con tareas en la fundación o en el ámbito laboral y el esfuerzo por mantener una conducta esperable (no involucrarse en peleas y transgresiones, etc.) que le permita tener estos beneficios y a su vez transitar sus días con tranquilidad y seguridad en los contextos de encierro en donde estuvo.

Ha manifestado haber abandonado la escuela primaria para dedicarse al trabajo junto a su padre, lo que hizo que pasara mayor tiempo "en la calle". Es allí donde manifestó haber vivido situaciones constantes de maltrato.

No refiere antecedentes penales, ni tampoco de consumo de sustancias psicoactivas,

excepto el alcohol, quien reconoce haber consumo excesivo desde los 15 años, sufriendo consecuencias físicas por ello.

A nivel afectivo, aún se encuentra con sensaciones de carencia dada la forzosa separación familiar que le tocó vivir siendo dificultoso el contacto más fluido con su madre y hermanos, quienes residen en otra provincia, lo que conlleva encontrarse alejado desde donde se encontraba detenido.

Por otro lado, la figura de gran importancia y que fuera soporte, contención y acompañamiento del joven, fue la designación de la tutora, que le brindó el apoyo en todo el período de externación, logrando que sostenga el tratamiento terapéutico, que se reinserte en sus estudios y en el ámbito laboral, desde el año 2016, evaluando entre el Tribunal y resto de los actores el plan de acción a este caso que tiene sus particularidades especiales.

# Modelo de Protección Integral de niños y adolescentes en conflicto con la Ley Penal y un nuevo Paradigma: La Justicia Restaurativa. -

El Sistema de Protección Integral está referido claramente a los niños, niñas y adolescentes y se plantea un modelo de justicia penal para la adolescencia y juventud basado en los estándares internacionales, los que está sometido a la tarea judicial de acuerdo con los instrumentos normativos ratificados por nuestro país y por los demás países latinoamericanos.

Este marco teórico está enmarcado por la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral N° 26.061, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de la libertad, Las Reglas de Beijing, Reglas de Protección de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de Libertad" Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

Lo que se pretende desarrollar es que los integrantes del Excmo. Tribunal Oral, han aplicado los principios rectores que establece la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que define la intervención estatal sobre las directrices: a) la protección; b) la participación y c) la prevención.

La interpretación que han realizado los magistrados del art. 4 de la Ley N°22.803, coincidieron en lo expresado por Beloff, Mary 2.009, cuando dijo que la aplicación leal de la pena máxima lo que exige a quién la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es precisamente la menor edad del autor al momento del

hecho. El incumplimiento de la carga determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve ... En la misma línea la Corte Suprema de la Nación, sostuvo que "partiendo de la premisa elemental de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que desde dicho principio no se deriva q los menores, frente a la infracción de la ley penal deban ser tratados igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado pues la justicia de menores tiene que reconocer que los mismos tienen el mismo derecho que el imputado adulto y que esto no implica desconocerles otros derechos propios que derivan con su condición de persona en proceso de desarrollo". 107

Todo el marco normativo y el conjunto de mandatos específicos que se ha instaurado sobre la justicia penal juvenil, ha proporcionado las bases para lo que se ha venido a llamar la justicia restaurativa.

Que dicho modelo resume la a) Responsabilidad: como lo que hizo en el presente caso E.F.A., que debió responder por las conductas que había cometido; b) Reintegración: del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito, tal como se ha sostenido, la justicia restaurativa no versa sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible.

Se resalta que todos los que han intervenido en el presente caso, han trabajo en forma interdisciplinaria, lo que denota concordando con Anna Mestitz, que uno de los elementos fundamentales en torno al cual gira la buena administración de justicia es la formación de los magistrados, problema particularmente grave en un campo tan delicado e interdisciplinario como el de los niños y adolescentes

En suma, podría afirmarse que lo deseable es que como en este caso en cuestión que la magistratura sea "garante de las reglas del proceso, pero también garante de la característica sistémica del proceso y del pleno desarrollo de todos sus aspectos. El proceso penal es un proceso del hecho – por lo que deben tener la profesionalidad requerida a todo los jueces – pero también los jueces son personas, por lo que, más allá de sus conocimientos jurídicos, cuentan otras dotes, integrantes de un bagaje cultural, que le permitan administrar correctamente la complejidad dinámica del sistema; es un juez "especialista", pero no solo porque conoce la materia, sino también porque actúa conforme a ese acerbo y, esencialmente, según fuertes principios éticos" 108.

Las ideas en torno a qué justicia se quiere pueden o no compartirse, pero las

\_

coincidencias son totales en la siguiente afirmación: la respuesta legal y judicial frente a qué se hace con el joven que ha violado el ordenamiento es altamente insatisfactoria.

Con respecto a la igualdad, lo ha dicho la Corte Federal Argentina en innumerables oportunidades, supone tratar a los iguales y desigual a los desiguales; pues bien, el niño es una persona, un sujeto de derechos, que exige ser tratado con todas las garantías constitucionales, más un plus, cual es atender a su peculiar proceso de formación, especialmente cuando el déficit cultural y educativo lo han colocado en contacto con el sistema penal<sup>109</sup>

# Juzgar sobre una subjetividad en devenir: la evaluación psicológica forense y la función clínica forense

Los operadores jurídicos que intervienen en el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, necesitan de los aportes específicos de la psicología forense, particularmente aquellos expertos en evaluación con adolescentes que transgreden la norma penal, para no consolidar su identidad a la transgresión evaluando solo la acción (del verbo hacer) sino abordando los actos (siempre subjetivos, cargados de significados personales y culturales) para poder incidir sobre esa subjetividad que debe volverse responsable del mismo.

Se trata entonces de gestar, interdisciplinariamente, una justicia que actúa, no que hace, es decir, una justicia que se detiene simbólica y significativamente sobre el caso concreto, sobre una historia de vida, sobre un devenir, y no una justicia que opere desde el mero hacer (encerrar, culpar, estigmatizar, aplicar pena) cual justicia reactiva al delito. "Transgredir las grandes prohibiciones tiene efectos desbastadores, también para quien las comete. Cuando lo trágico se pone en juego en cada historia particular; la liturgia jurídica viene a desembrujar al sujeto, a interrogar el acto de desmesura, a tramitar la culpabilidad y socializarla. La escena jurídica con la ritualidad de sus procedimientos posibilita inscribir el acto como transgresión, apalabrarlo, y recibir una sanción que no quede ligada al castigo y a la venganza. Porque en este último caso solo se potencia el acto criminal." <sup>110</sup>(Capacete, L. 2017) En el caso analizado en este trabajo, puede verse claramente la función clínica que el derecho supone, es decir, promover una operación simbólica, separándolo así de su crimen y haciéndolo portador un orden nuevo, que lo ligue a lo social y lo humano, en vez de abandonarlo en su potencial auto y heterodestructivo.

Ser adolescente es preguntarse una y otra vez sobre el "quien soy" y claramente no es un dialogo interno solamente el que se produce sobre esta interrogación, sino también sobre la lectura que el Otro social hace de sus actos.

Es difícil demarcar la línea entre un acto y una conducta típica, la cual se establece luego de que una personalidad ha intentado por determinado tiempo o ante diferentes circunstancias defenderse del medio mediante una forma de comportamiento recurrente o pautado. Este joven que hoy analizamos, aprendió las pautas de su padre, sufrió el abandono de su madre, y vivió sensaciones de peligro desde niño. Continuamente intentó defenderse y defender a quien se veía en problemas, pero nunca se llevo la vida de otro por delante. Esa vez, la única vez, con 16 años, el optó por su vida, como siempre intento ante tanta desprotección. Se debatió por instantes, "el o yo" y fue el. Pero él, con el paso del tiempo y la intervención psicosocial, jurídica y penitenciaria, no quiso ser ese, eligió vivir, pero no quedarse ni definirse para siempre como un criminal. Quiso ser el que tenga la oportunidad de ejercer un Yo autónomo, responsable, empático, critico y superador. Y esta imagen pudo ser valorada desde una justicia restaurativa, más que el acto delictual que lo llevo a estar dos años de su adolescencia en prisión, a lo que él considero un ámbito de contención y socio educación.

## **Reflexiones Finales:**

El objetivo que debe atender el sistema, es la reintegración social del adolescente, como en este caso de E.F.A. generándose, en todos los ámbitos condiciones que favorezcan a la persona, evitando la discriminación y la estigmatización, fomentando la igualdad, la inclusión y la responsabilidad del adolescente como contrapartida.

La problemática es compleja no vamos a encontrar la solución en el Poder Judicial únicamente, sino, la idea de "justicia con Estado y con otros organismos comunitarios"; justicia con todos, que contribuya a una construcción identitaria, es por ello que vamos a expresar un deseo, como lo dijo Martin L. King: "Yo tengo un sueño". El nuestro es una justicia penal juvenil que reconcilie al infractor consigo mismo, con la víctima, y con la comunidad, de modo tal que, a través de un proceso educativo, rodeado de todas las garantías constitucionales, logre reinsertarse en la sociedad como un sujeto que se valora a sí mismo y es valorado por los demás.

## **REFERENCIAS**

- [1] Ayala Corao, C. "Sistema de Justicia y protección de los Derechos Humanos", en el Enfoque de los Derechos Humanos en las políticas públicas, comisión Andina de Juristas, Lima, Per, 2003, ps. 326/329.
- [2] Beloff, M. en Kemelmajer de Carlucci (dir) Herrera, Marisa (coord.), La familia en el nuevo derecho, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009,p.176.-
- [3] MESTITZ, A. L'amministrazione della giustizia minorile: linee di ricerca, en CATALDO NEUBURGER, Meleno del minore. Psicología e Diritto nel nuovo proceso minoril ecit., p. 169; CIVIDALI, Italo, La formazione del guidice minorile, en MINORI giustizia1995/2-34; MAZZA GALANTI, Francesco, II giudice minorile: il rapporto frascuola e giustizia, en MINORI giustizia 1995/2-48; CIMADOMO, Donatello, Un giudice "único" per il proceso penale minorile, Cedam, Padova, 2002, p. 45
- [4] Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28-8-2002, Opinión Consultiva, reproducida en MORELLO, Augusto, Las edades de la persona en el cambiante mundo del Derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, ps. 36 y ss. Un resumen se encuentra en L.L. 2003-f-106). Para el tema de la especialización de todos los operadores ver MASTROPASQUA, Isabella, I minori e la giustizia, Operatori e servizidell'areapenale, Liguori, Napoli, 1997
- [5] PANSERI, C., Aspettideontologici del ruolo del giudice, del Público Ministero, del difensore e del perito nel proceso penaleminorile, en FORZA ed al. (a cura di), Difendere, valutare e giudicareil minore, Giuffré, Milano, 2001, p. 273
- [6] SNYDER, H. y otros, Juvenile Offenders and Victims: A National Report, U.S. Department of Justice, 1995, p.70; KRISBERG y AUSTIN, Reinventing Juvenile Justice cit., p. 1
- [7] LARISSA, Corte costituzionale... cit., p. 90

# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

[8] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Las acciones positivas en la Reforma Constitucional (art. 75, inc. 23, C.N.), en La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del Derecho, public. de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Serie II, Obras, N° 27, 1998, p. 8, y Las acciones positivas, en revista Jueces para la Democracia, Madrid N° 41, julio 2001, p. 49, y en Revista de Derecho, Dirección General de la Mujer, Secretaría de Promoción Social, Ciudad de Buenos Aires, vol. 1, 2001, p. 19
Capacete, L. A. (comp) "Jóvenes con conductas sexuales violentas" Intervenciones jurídicas, institucionales y clínicas. 1° ed. Buenos Aires, 2017.

Editorial Letra Viva.

# "LAS SALIDAS ALTERNATIVAS Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL CORPUS JURIS DE LA INFANCIA Y SU TRADUCCIÓN EN EL RÉGIMEN PROCESAL PENAL JUVENIL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES"

Autor: Gonzalo Andrés López

**Resumen:** El objetivo de este artículo es describir el alcance otorgado por el corpus juris de la infancia a las salidas alternativas, a la justicia restaurativa, a la mediación y a la remisión y describir cómo estas cuestiones son abordadas en la ley procesal penal juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

**Palabras clave:** Justicia Juvenil – Corpus Juris – Derechos del Niño – Salidas Alternativas – Justicia Restaurativa – Mediación – Remisión

Las salidas alternativas y la justicia restaurativa en el *corpus juris* de la infancia y su traducción en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por Gonzalo Andrés López<sup>111</sup>

#### I. Introducción

Pretendo en este trabajo describir al abordaje dado a las salidas alternativas a la justicia restaurativa en el denominado *corpus juris* de la infancia y describir cómo esta cuestión fue receptada por el Régimen Procesal Penal Juvenil<sup>112</sup> de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>113</sup>, en Argentina. Para ello, inicialmente me referiré al trato brindado a las salidas alternativas, a la justicia restaurativa y al instituto de la remisión en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos vinculados con la protección de los derechos de la infancia. Luego, indicaré cómo los institutos de la mediación y de la remisión fueron considerados vías alternativas de resolución del conflicto en el RPPJ de la Ciudad de Buenos Aires, para así preguntarme por el alcance restaurativo de los mencionados mecanismos.

# III. ¿Qué son las salidas alternativas, la justicia restaurativa y la remisión?

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> Abogado (UBA). Maestrando en Magistratura (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA) y en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles (UBA). Funcionario del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPyONAF).

y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPyONAF).

112 Ley local nro. 2.451 (Sanción: 03/10/2007. Promulgación: de hecho del 08/11/2007. Publicación: BOCBA nro. 2809 del 13/11/2007). En adelante RPPJ.

<sup>2809</sup> del 13/11/2007). En adelante RPPJ. <sup>113</sup> En adelante Ciudad de Buenos Aires o CABA.

#### a. Salidas alternativas

En las últimas décadas, en la región se comenzaron a implementar mecanismos tendentes a evitar la privación coactiva de la libertad personal en el proceso penal (Vitale 2010, 16). Ese proceso no ha sido ajeno a la justicia juvenil (Beloff 2000, 161-180).

Entre estos mecanismos puede mencionar a la suspensión del proceso a prueba, a la conciliación, a la reparación y, en el ámbito específico de la justicia juvenil, a la remisión.

Estos mecanismos adquieren gran relevancia en la justicia especializada, en la que rige el principio de excepcionalidad. Al darle contenido este principio, la Comisión IDH afirmó que el mismo "(...) implica tanto la excepcionalidad de la privación de la libertad, de forma preventiva o como sanción, como la excepcionalidad de la aplicación del sistema de justicia juvenil o judicialización" (Informe "Justicia Juvenil y Derecho Humanos en las Américas", 13 de julio de 2011, párr. 76).

Las salidas alternativas, que buscan un tipo de respuesta diferente a la mera sanción penal, en principio, parecen satisfacer los estándares de excepcionalidad exigidos por la normativa de derechos humanos especializada.

# b. Justicia restaurativa

El Comité Económico y Social Europeo en su dictamen sobre "La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea" (2006/C 110/13) ha dado una definición de justicia restaurativa. En dicha ocasión, expresó lo siguiente: "La justicia restaurativa es el paradigma de una justicia que comprende a la víctima, al imputado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectiva." (Punto 4.3).

El proceso más extendido por el que se materializa la justicia restaurativa es la mediación. Se la ha definido del siguiente modo: "[L]a mediación se caracteriza, cualquiera que sea su denominación, porque dos o más partes intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador, que puede asesorar o proponer acuerdos, facilitando esencialmente la comunicación de las partes para que ellos lleguen a los mejores acuerdos" (Juan Sánchez, 2013:36).

Respecto de la mediación penal juvenil, se ha dicho que, además de asignársele un rol más activo a la víctima, en ella se brinda al joven imputado la

 $<sup>^{114}</sup>$  Definición que, obviamente, no transcribo como fuente normativa, sino como fuente doctrinaria.

posibilidad de reflexionar acerca de sus acciones, al generarse espacios de implicación con el conflicto (Gudiño et ál. 2015, 23).

#### c. Remisión

La remisión, por su parte, implica "[...] toda desviación de una secuencia normal de acontecimientos en el proceso de justicia penal antes de la sentencia". 115

Así, se ha dicho que la aplicación del mecanismo supone "[...] la no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento sociorehabilitativas y comunitarias con el resultado de determinar una desviación del proceso hacia un epílogo no judicial, o de algún modo extraño a la lógica del juicio y a la sentencia de mérito". (Patanè 1999, 828; citada por Kemelmajer de Carlucci 2004, 89).

Es decir, en la remisión, en tanto es un instituto específico del sistema penal juvenil, se prioriza que el joven imputado no continúe sometido al proceso penal.

# II. Las salidas alternativas, la justicia restaurativa y la remisión en el corpus juris de la infancia

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado el concepto de *corpus juris* de la infancia. En el informe "Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección" (de fecha 30/11/2017) se indicó que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos "[...] se han referido en forma consistente en sus decisiones al corpus juris en relación a los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes, como el conjunto de normas fundamentales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como a las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales, que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes." (Nota al pie nro. 28).

Con ello se afirmó que "[a]mbos órganos del sistema interamericano han reconocido esta visión integral y holística de la protección de la niñez a la vez que han desarrollado ampliamente el concepto de corpus juris para establecer un marco de protección holístico y reforzado bajo los artículos 19 CADH y VII

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> Así fue definida en el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal (El Cairo, octubre 1984) En el documento oficial se tradujo el vocablo inglés "diversion" [que, como explica Kemelmajer de Carlucci (2004, 89) proviene del verbo "to divert", que significa desviar un curso o un camino] como "diversión". En el año siguiente, en las Reglas de Beijing (1985), la palabra fue traducida oficialmente como "remisión", tal como se la utiliza en la actualidad. Ver sitio web: http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20ESP.pdf (Consultado: 31 de julio de 2018).

DADH, que integra los estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en materia de niñez, y de modo destacado la CDN" (Párrafo 45). La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó, en su oportunidad, que el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos "(...) se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en internacionales recogidas en el 0 derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de soft law, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente." (Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 60).

Teniendo en cuenta ello, mencionaré a continuación el tratamiento dado por distintos instrumentos vinculados con la protección de la infancia<sup>116</sup> <sup>117</sup> a las salidas alternativas, a la justicia restaurativa y al instituto de la remisión.

#### a. Salidas alternativas

No debe perderse de vista que la **Convención sobre los Derechos del Niño** indica que la intervención de la justicia penal juvenil debe ser la *ultima ratio* (art. 40, inc. 3.b)<sup>118</sup> y que, en caso de iniciarse un proceso penal en contra de una persona menor de edad, la aplicación de una pena privativa de la libertad debe ser la última opción. Así, el art. 37 inc. b de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que la pena de prisión es excepcional, que es un último recurso y que debe ser por el plazo más breve.

La **Opinión Consultiva OC-17/2002** "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" (del 28 de agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando en cuenta la "desjudicialización" indicada en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la regla 11 de Beijing y la directriz 57 de Riad<sup>119</sup>, consideró que eran plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de

119 Que se mencionarán más abajo.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Debe considerarse que, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) integran la normativa local (arts. 12 de la ley 114 y 8 RPPJ).

Aclaro que también mencionaré relevante mencionar dos instrumentos que, si bien no son específicos de la materia penal juvenil, lo cierto es que no se excluye de su aplicación a los niños involucrados en cuestiones penales: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y los Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal.

Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal.

118 La Corte IDH ha indicado que "[...] la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales" (Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", sentencia del 2-9-2004, Serie C N1 112, párr. 211).

decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Así, entendió que era preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad (Párrafo 135).<sup>120</sup>

Así, al momento de emitir opinión, la Corte Interamericana afirmó lo siguiente: "[E]s posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos." (Disposición 13).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el referido informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", indicó lo siguiente: "En concordancia con el Comité de los Derechos del Niño, la Comisión considera que protección del interés superior del niño significa, entre otras cuestiones, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión y el castigo, sean sustituidos por una justicia especial, enfocada a la restauración del daño y a la rehabilitación y reinserción social de la niña, niño o adolescente, a través de la remisión de casos u otras formas de justicia restitutiva como se desarrollan en el correspondiente apartado de este informe, recurriendo lo menos posible a procedimientos judiciales así como a medidas cautelares o sanciones privativas de la libertad." (Párrafo 26).

La Comisión ha dedicado un título a las denominadas "Alternativas a la judicialización de niñas, niños y adolescentes infractores de las leyes penales" (a partir del párrafo 221). Allí se afirma que, por aplicación del principio de excepcionalidad del sistema de justicia penal juvenil, los Estados deben limitar el uso del sistema de justicia juvenil y ofrecer alternativas a la judicialización (párrafo 222). Por ello, la Comisión instó "[...] a los Estados a adoptar legislación que permita implementar alternativas a la judicialización en los procesos para determinar la responsabilidad penal juvenil" (párrafo 228).

El título vinculado a las alternativas a la judicialización fue dividido en tres temas: "1. Desestimación del caso" (párrafos 230 a 232), "2. Medios alternativos de solución de controversias" (párrafos 233 a 240) y "3. Participación en programas o servicios de remisión" (párrafos 241 a 246). 121

# b. Justicia restaurativa

<sup>121</sup> El primer tema se desarrolló lo vinculado con el criterio o principio de oportunidad como mecanismo de salida anticipada (párrafo 230). Los dos restantes se explicarán más abajo.

<sup>120</sup> Al momento de definir el principio de jurisdiccionalidad también se aclaró lo siguiente: "La administración de justicia debe estar a cargo de un juez natural, competente, independiente e imparcial, de conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, al decidir sobre controversias o situaciones que involucren niños y adolescentes, debe buscar preservarse la especialidad de los organismos encargados de esta tarea. Además, en materia penal, la autoridad deberá ser judicial, salvo cuando se presenta la figura de la 'remisión' a sede administrativa, en casos en que sea lo mejor para las partes involucradas, especialmente, el niño o niña. Igualmente, debe brindarse la capacitación de las autoridades que resuelven los conflictos de los menores de edad, como un requisito fundamental del ejercicio de sus funciones". (Lo resaltado me pertenece)

La directriz nro. 57 de las **Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil** ("Directrices de Riad". Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990) indica que debe considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el mencionado informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", en la sección dedicada a los "Medios alternativos de solución de controversias" (párrafos 233 a 240), destaca a los mecanismos restaurativos como métodos alternativos a la judicialización. Siguiendo a los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Aplicación de Programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal, se definió al proceso de justicia restitutiva como "[...] aquél en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador" (párrafo 236).

Aquí, la Comisión interamericana instó a los Estados "a ampliar el uso de medios alternativos de solución de controversias para enfrentar los conflictos que surgen de posibles infracciones a la ley penal cometidas por niñas, niños y adolescentes" y observó "que estos medios alternativos pueden tener un impacto positivo en los niños al facilitar su reconciliación con la víctima y la comunidad." Subrayó, al mismo tiempo, "la importancia de salvaguardar todos los derechos de los niños en la aplicación de estos medios alternativos, así como también la necesidad de limitar su aplicación a los casos necesarios para garantizar el interés superior del niño". El organismo indicó, finalmente, que "los mecanismos de justicia restaurativa deben de respetar las garantías judiciales y no constituir un medio sustitutivo de la justicia ordinaria." (párrafo 239).

Los "Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal" desarrollan los conceptos de programa de justicia restitutiva en el ámbito penal. Fueron el resultado de una declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (nro. 12/2002).

Allí se establece que en los programas de justicia restitutiva, y en particular en los procesos restitutivos, se deben aplicar "salvaguardias básicas en materia de procedimiento que garanticen la equidad para con el delincuente y la víctima". Al mencionar el derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el

proceso restitutivo, se aclara que "los menores, además, tendrán derecho a la asistencia de los padres o el tutor" (principio 13.a).

#### c. Remisión

En la directriz de **Riad** nro. 58 se establece lo siguiente: "Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal."

En las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing", adoptadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985) se ha indicado que la remisión, "entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad" (comentario oficial a la regla 11). Se afirmó allí que esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores.

Así, en la regla nro. 11 de las Reglas de Beijing se indica lo siguiente:

- "11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.
- 11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.
- 11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.
- 11.4 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."

En el párrafo 3 de la Observación General 10 "Los derechos del niño en la justicia de menores" del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas se indica que la justicia especializada "debe promover, entre otras

cosas, la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos y la justicia restitutiva".

En el documento se definen los elementos básicos de una política general de la a justicia de niños, niñas y adolescentes. A partir del párrafo 22, comienza el título "Intervenciones/remisión de casos", el que se divide en los subtítulos "Intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales" (párr. 24 a 27) e "Intervenciones en el contexto de procedimientos judiciales" (párr. 28 y 29)

El párrafo 24 indica: "De acuerdo con los establecido en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes 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 sólo 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."

En el párrafo 27 se menciona que es facultad de los estados definir las medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, se define a la remisión y se detallan sus características.<sup>122</sup>

En el mencionado informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", la Comisión Interamericana detalla los alcances del instituto de la remisión (párrafos 241 a 246). En el párrafo 245, se afirma que la remisión "implica la supresión del procedimiento ante la justicia juvenil y la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad" y que "esta alternativa pretende

<sup>122 &</sup>quot;27. (...) 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) sólo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará él ningún procedimiento legal 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 ésta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, particular  $ni\tilde{n}o$ eldecuando tenga menos 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 para protegeralniño detoda discriminación. 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 La remisión efectiva de un niño 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, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un período 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.

evitar, en todos los casos en los que sea posible, la puesta en funcionamiento de los sistemas penales formales, a través de una reorientación del conflicto hacia servicios apoyados por la comunidad."

La Comisión ha considerado recomendables tanto los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima como los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales.

También explicó que la remisión a un servicio puede implicar, sin más, que no se imputen cargos o que se desista de ellos. Otra alternativa es que, de modo previo a dicha extinción, se complete un programa o se asista en forma satisfactoria a un servicio durante un lapso específico.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990, se aplican "sin discriminación alguna" por motivos de edad (regla 2.2), y establecen que "[s]e pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social" (regla 9.1). En la regla 9.2.d se menciona a la remisión como una de las medidas posteriores a la sentencia que puede aplicarse.

# III. Las vías alternativas de resolución del conflicto en el RPPJ de la CABA

En el ámbito local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el RPPJ establece, en idéntico sentido que la Convención sobre los Derechos del Niño, que (a) la imposición de la pena a la persona menor de dieciocho años de edad se impone como último recurso y que los jueces procurarán la resolución del conflicto surgido a consecuencia del hecho; y (b) las medidas restrictivas de la libertad tienen carácter excepcional, como último recurso y por el menor tiempo posible (arts. 25 y 27).

Partiendo de dichos presupuestos, el RPPJ menciona como "vías alternativas de resolución del conflicto" a dos institutos: la mediación y la remisión (art. 53, que da inicio al título VIII de dicho cuerpo normativo).

**Mediación en el RPPJ.** En el artículo 54 del RPPJ se establece a la mediación como régimen de resolución alternativa de conflictos penales, para el caso que el supuesto autor resulte ser una persona menor de dieciocho años punible.

Resulta interesante destacar que este artículo, en consonancia con lo establecido por los artículos 4 y 12 del RPPJ y por el artículo 1 del decreto ley 22.278, excluye de la mediación a los jóvenes no punibles (sea por su edad o por el tipo de delito).

La mediación se halla regulada en veinte artículos del RPPJ (arts. 54 a 74, inclusive), dato que no es menor, pues dicho cuerpo normativo tiene noventa y un artículos. Es decir, la regulación de la mediación ocupa casi el 22 % del cuerpo adjetivo. La remisión, en cambio, fue regulada en un solo artículo.

Se indica que el Ministerio Público Fiscal (art. 55) utilizará la mediación con las siguientes finalidades:

- a) Pacificar el conflicto;
- b) Procurar la reconciliación entre las partes;
- c) Posibilitar la reparación voluntaria del daño causado;
- d) Evitar la revictimación 123;
- e) Promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los perjuicios derivados del proceso penal.

principios que rigen la mediación son los de voluntariedad, confidencialidad. celeridad. informalidad. gratuidad, neutralidad o ٧ imparcialidad de los mediadores (art. 56).

El RPPJ prevé la existencia de un equipo técnico. La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos es la que debe tomar intervención en cada caso en que se halle involucrada una persona menor de edad imputada (art. 57, RPPJ). El procedimiento de resolución alternativa de conflicto debe ser requerido por el Fiscal Penal Juvenil<sup>124</sup>, ya sea de oficio o a solicitud de la persona imputada de cometer una infracción penal, o sus padres, tutores o responsables, así como su Defensor y/o la presunta víctima. El Asesor Tutelar no es mencionado por la norma.

El RPPJ indica explícitamente que la mediación puede utilizarse hasta el inicio del debate (art. 58). Esta situación es diferente al caso de adultos en el que la jurisprudencia del fuero tiene dicho que esta salida alternativa solamente puede ser utilizada durante la investigación penal preparatoria, la que concluye cuando el Ministerio Público Fiscal presenta el requerimiento de elevación a juicio de las actuaciones. 125

El artículo 57 indica que no procede la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I - Delito contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque

<sup>123</sup> El legislador utilizó el vocablo "revictimación" y no "revictimización". Cabe mencionar que el diccionario de la Real Academia Española define a la palabra victimar como "asesinar, matar".

Lo que resulta acorde con lo previsto en el art. 38, inc. a, RPPJ, que establece que el MPF tiene como atribución

procurar la mediación.

125 Tribunal Superior de Justicia de la CABA, Expte. nro. 9353/12, "Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Legajo de juicio en autos; Britos, Matías s/inf. art. 183, CP, inconstitucionalidad'", rto. el 25/9/2013.

estuvieren constituidos por uniones de hecho (artículo 8 de la Ley Nacional Nº 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar).

Por último, el RPPJ menciona que no se admitirá una nueva mediación penal en dos supuestos: (a) respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior y (b) cuando no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación. 126

La remisión en el RPPJ. Debe distinguirse la remisión mencionada en los artículos 53 y 75 RPPJ de la mencionada en el artículo 38, inc. b, RPPJ. La primera, que explicaré más abajo, se refiere a una remisión que se podría denominar "judicial", mientras que la segunda se vincula con una facultad del Ministerio Público Fiscal, en tanto resulta titular de la acción pública. El inciso b del artículo 38 del RPPJ, menciona que es una de las atribuciones del Fiscal proceder al archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención (a) cuando la naturaleza del hecho no justifique la persecución o (b) cuando considere que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del imputado.

La remisión judicial (art. 75 del RPPJ), por su parte, establece la posibilidad de que el Juez Penal Juvenil finalice el proceso teniendo en cuenta la gravedad del delito, con base en el grado de responsabilidad, el daño causado y su reparación.

Este instituto, específico del sistema penal juvenil, procede de oficio o a pedido del imputado (por sí o través de su Defensor). También procede a pedido del Fiscal Penal Juvenil. El Asesor Tutelar, al igual que en la mediación, tampoco es mencionado por la norma.

En caso de que el Juez Penal Juvenil considere admisible el pedido, convoca a las partes a una audiencia común y, previo acuerdo con el imputado y la víctima, puede resolver remitir al joven imputado a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, dando por extinguida la acción. 127

El auto que decide la remisión solo resulta apelable por aquellos que hubieren manifestado su oposición en la audiencia.

Resta aclarar que la remisión no procede respecto de los mismos delitos mencionados en el artículo 57 para la mediación. El art. 75 RPPJ no exige ningún otro requisito, vinculado, por ejemplo, al hecho de que el joven imputado no haya obtenido una remisión con anterioridad en otro proceso.

<sup>127</sup> El modo de abordaje interdisciplinario de los casos sometidos a remisión resulta claramente explicado por Ruth Kochen Schub (2015) es su artículo "Alternativas de resolución del conflicto. Art. 75 Remisión. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una mirada desde el Trabajo social".

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> El proceso de medición en el RPPJ es explicado con claridad por Carlos Renis (2016), en su artículo "La mediación en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

#### IV. Reflexiones finales

Los mecanismos alternativos de resolución del conflicto mencionados en el artículo 53 del RPPJ, reflejan los criterios definidos por el *corpus juris* de la infancia.

Tanto la mediación como la remisión representan salidas alternativas que permiten que la sanción privativa de la libertad en el ámbito penal juvenil realmente sea la *ultima ratio*. También ambos institutos prevén la participación de la víctima en su aplicación.

El artículo 75 RPPJ menciona que la reparación del daño causado es uno de los parámetros que el juez especializado debe utilizar para definir la gravedad del delito y, con ello, examinar si corresponde, o no, la procedencia de la remisión. También se prevé que la víctima sea convocada a la audiencia. La norma, asimismo, menciona la existencia de un acuerdo con la víctima y el imputado y establece que, en caso de que aquélla haya manifestado su oposición, pueda apelar el otorgamiento de la remisión. Por otra parte, en la regla 11.4 de las Reglas de Beijing, aplicable por lo previsto en el artículo 8 RPPJ, se mencionan a la restitución y a la compensación a las víctimas como elementos para facilitar la aplicación de la remisión.

Cuando se ha discutido *estrictamente* sobre la reparación a la víctima, la jurisprudencia ha considerado relevante su opinión y su oposición a la aplicación del mecanismo de remisión. 128

Por ello, al momento de preguntarnos por el contenido restaurativo de este instituto debemos analizar cuál fue el peso que se le otorga a la reparación del daño como requisito para su procedencia.

Por todo lo expuesto que entiendo que:

- (a) La oposición de la víctima por no haber visto satisfecha la reparación del daño no es un requisito que *en sí* impida la aplicación del instituto de la remisión. El juez especializado debe analizar la razonabilidad de esa oposición, evaluar la situación concreta del joven imputado en orden al hecho investigado y decidir si la continuación del proceso penal significa la mejor respuesta para el caso concreto.
- (b) Ello no obsta a que, en el marco de la audiencia de remisión, el joven imputado pueda manifestar su voluntad de reparar el daño o que las partes

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, en la causa nro. 17886-01-CC/15 (rta. el 16/6/2016. Voto de los Jueces de Cámara De Langhe y Bosch), en la que se investigaba el delito de lesiones en riña, entendió que no correspondía aplicar la remisión en ese caso. Allí, se afirmó que la reparación del daño a la víctima, que era un requisito exigido por el art. 75 RPPJ y "por instrumentos internacionales a los cuales la Argentina ha adherido", no se había satisfecho en el caso, pues no debía tomarse como tal la realización de tareas comunitarias y de un curso de capacitación que había establecido la magistrada de grado. Se afirmó que estas pautas no parecían estar vinculadas con el hecho en cuestión "ni con la necesidad reparatoria de la víctima, que no ha sido debidamente tenida en cuenta."

hagan saber al magistrado que el daño ya ha sido reparado<sup>129</sup>, a los fines de evaluar la procedencia de la vía.

(c) En definitiva entiendo que, a diferencia de la mediación penal juvenil prevista por el RPPJ, la aplicación del instituto de la remisión del artículo 75 de dicho cuerpo normativo no necesariamente implica la ejecución de prácticas restaurativas.

# Bibliografía

Beloff, Mary. 2000. "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 5 (1): 161-180.

Cavaliere, Carla. 2016. "Jóvenes en conflicto con la ley penal: la sanción como ultima ratio". En: Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, legislación y jurisprudencia, coordinado por Alejandra Quinteiro, 57-62. Buenos Aires: Editorial Jusbaires.

Gudiño, Marcela, Lugano, María, Aguilar, Mariana y Fernández, María. 2015. "Responsabilidad subjetiva en la Justicia Penal Juvenil". En: *Justicia penal juvenil especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, coordinado por el Consejo de la Magistratura de la CABA, 17-20, Buenos Aires: Editorial Jusbaires.

Juan Sánchez, José. 2013. *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.* Valencia: Universitat de València. Institut de Criminologia i Ciències Penals.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. 2004. *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad.* Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Kochen Schub, Ruth. 2015. "Alternativas de resolución del conflicto. Art. 75 Remisión. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una mirada desde el Trabajo Social". *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social - Miradas sobre la intervención*, 5 (9): 9-22.

Patanè, Vania. 1999. Note a margine della Raccomandazione N. R. (99) 19 nella prospettiva della "mediazione" nella giustizia penale italiana, estratto da Annali della facoltà di Economia dell'Univertà di Catania. Citada y traducida por Kemelmajer de Carlucci, Aída (2004).

Renis, Carlos. 2016. "La mediación en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". En: *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, coordinado por Alejandra Quinteiro, 99-103. Buenos Aires: Editorial Jusbaires.

307

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> En este sentido, Kemelmajer de Carlucci (2004, 93-94) explica que no debe confundirse la desjudicialización promovida por la remisión con justicia restaurativa, aunque entiende que aquélla puede resultar compatible con un programa de justicia reparadora, por ejemplo, si es utilizada después de que el acusado indemnizó a la víctima.

| Vitale, Gustavo. 2010.<br>Editores del Puerto. | Suspensión del P | roceso Penal a P | <i>rueba.</i> Buenos A |
|------------------------------------------------|------------------|------------------|------------------------|
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |
|                                                |                  |                  |                        |

# "JUSTICIA JUVENIL: DECLARACIONES, DERECHOS, PROCEDIMIENTOS Y PRÁCTICAS RESTAURATIVAS"

La víctima y la comunidad como sujetos normativos, La responsabilización La reparación del daño. La atención a las necesidades de las víctimas y de los y las adolescentes infractores. Solución de conflicto. Bandas, Pandillas y Maras y proceso restaurativo.

Nombre y Apellido: Maria Isabel Juncosa Llimos

 Medidas Alternativas en la justicia penal juvenil: un enfoque de derechos humanos

## Experiencia Mediación Penal Juvenil en la Provincia de Salta

Este trabajo indaga sobre uno de los temas centrales en materia de justicia penal juvenil, que es el uso de medidas alternativas a los procesos judiciales y a la privación de la libertad.

En este sentido, el empleo de la privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal debe ser una medida excepcional, utilizada como ultimo recurso, y debe ser aplicada durante el periodo más breve posible. La regla del sistema debe ser la aplicación de una oferta amplia e idónea de medidas no privativas de la libertad.

En las diferentes jurisdicciones de Argentina las medidas alternativas al proceso judicial y a la privación de la libertad son aplicadas con variados enfoques, prácticas y metodologías. Asimismo, se observa, un incremento de iniciativas no formalizadas, ad hoc o también llamadas "artesanales", que se disponen desde el Poder Judicial.

El contexto nacional argentino presenta la particularidad de carecer de una ley penal juvenil que recoja los lineamientos y recomendaciones internacionales en la materia, ya que aun se encuentra vigente el Decreto – Ley nacional N.º 22.278 con sus modificatorias. No obstante, mas allá de esta falta de adecuación normativa a los estándares impulsados por el derecho internacional de derechos humanos, se registran distintos avances. Entre otros, reformas procedimentales de carácter provincial que contemplan medidas alternativas al proceso penal; acuerdos federales reflejados en Actas Compromiso en el marco del COFENAF, que incluye la promoción de proyectos institucionales acordes a estándares de derechos humanos; readecuaciones institucionales principalmente relativas a la dependencia de los dispositivos penales juveniles (que en su mayoría se encuentran radicadas en áreas de gestión especializadas en la materia), y la existencia en la mayoría de las jurisdicciones del país de dispositivos o programas alternativos a la privación de libertad.

Según los estándares del enfoque internacional de derechos humanos, la justicia penal juvenil, que tiene carácter de especializada, debe orientarse por dos principios fundamentales: desjudicialización e intervención penal mínima. Ello significa que debe permitir resoluciones por fuera del marco judicial que eviten o limiten la sanción penal, y favorecer instancias de resolución no judiciales que no impliquen restricciones a la libertad ambulatoria. Además, las respuestas institucionales ante una infracción cometida por un menor de edad deben cubrir un arco de posibilidades que va desde la advertencia - no judicializada- hasta libertad vigilada, mientras que la privación de la libertad debe ser una medida de último recurso y por el más breve tiempo posible. En suma, la justicia penal debe orientarse por un modelo de sistema penal mínimo alineado con la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que considere al derecho penal como extrema ratio y que limite la aplicación de penas privativas de libertad, como también su monto.

# **Medidas Alternativas en Argentina**

En el contexto argentino, aun con una ley de fondo no adecuada a los estándares internacionales en derechos humanos, Decreto -Ley N.º 22.278, existieron avances que han permitido poder paliar las ausencias en derechos garantías de la mencionada ley. Esto ha sido, por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales, de las Observaciones Generales del Observatorio del Comité de los Derechos del Niño, así como el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y demás, que han permitido avances parciales en cuanto a la implementación de mediadas alternativas al juicio (criterios de oportunidad, remisión, mediación, justicia restaurativa) y a la privación de la libertad. Sin embargo, aún existe una dificultad, por un lado, sistémica para institucionalizar los principios de derechos humanos en las practicas, normativas, circuitos y culturas institucionales de los distintos actores involucrados (policía, poder judicial, ministerio público, poder ejecutivo, sociedad civil) y por otro, una falta de consenso social sobre el modo de gestión estatal del delito juvenil, cuya tendencia es en general hacia un mayor punitivismo.

Por ello es necesario definir el uso de estas medidas y su nivel de eficacia, requiere de dispositivos que vehiculicen su implementación.

# Medidas alternativas

Según el actual marco normativo, las medidas privativas de la libertad deben ser el ultimo recurso. Solo pueden dictarse de manera excepcional para casos de extrema gravedad y luego de un cuidadoso estudio, reduciéndose al menor tiempo posible.

Debemos ser consientes de que en cada medida privativa de la libertad que se aplique a un adolescente se corre el riesgo de entorpecer su desarrollo, contribuir al desarraigo e impedir su socialización.

Consolidar medidas alternativas como estrategia principal que permita abordar la problemática de la Responsabilidad Penal juvenil es una responsabilidad del estado.

Las Medidas Alternativas se apoyan y orientan en lo socioeducativo teniendo en cuenta el contexto social y familiar, y tendiendo a la responsabilizacion del adolescente como sujeto activo de derechos, desde un reconocer y aceptar las consecuencias de sus actos, tanto a nivel personal como respecto de otro, pero también pudiendo entender que a partir de este hito puede construirse una historia diferente.

La primera tarea es evitar que, a pena o medida, fundamentalmente aquella que restringe la libertad ambulatoria, vulnere el resto de sus derechos (salud, educación, dignidad, vínculos familiares, etc.), y es labor prioritaria de quienes trabajamos con lxs jóvenes gestionar espacios para garantizar el acceso a estos.

Es importante hacer notar que las medidas alternativas deberían entrar en vigencia una vez declarada su responsabilidad penal, antes de ello debe regir el principio de inocencia (jóvenes detenidos).

Algunas posibles medidas alternativas:

# 1) Al Proceso

- La remisión, casos que por escasa entidad o las características personales de sus protagonistas o por el probado desinterés de la comunidad, pueden descartarse, o en su caso remitir al joven a tareas comunitarias.
- La Mediación, aquí deberían participar ambas partes y prestar su consentimiento expreso, se debería levantar un acta y si incumple debería continuar el procedimiento.
- La suspensión del proceso a prueba, a cambio de reparar el perjuicio, o realizar tareas comunitarias, todo bajo supervisión.
- Otros, (supervisión del/a adolescente en su medio familiar, completar la escolaridad obligatoria, capacitación para aprender oficios, asistencia a cursos sobre temas vinculados a sus derechos, asistencia a servicios de salud, etc.)

# 2) A la privación de la libertad

- Obligación de reparar el daño;
- Prestación de servicios a la comunidad;

- Inclusión prioritaria en programas estatales;
- Derivación a los servicios locales de Protección de Derechos;
- Imposición de reglas de conducta;
- Otros.

# Experiencia en Salta.

En la provincia de salta tenemos dos tipos de establecimientos: los Centros de régimen cerrado (CRC) y la residencia socioeducativa (RSE). Los primeros son dispositivos de privación de libertad, y los segundos de restricción de libertad. A su vez, otro tipo de dispositivo en un Programa considerado como dispositivo de Supervisión y Monitoreo en territorio (DSMT), que también realiza una medida de restricción de libertad, aunque, en principio, de menor intensidad que la RSE, porque el adolescente la cumple en su comunidad de residencia. En términos generales, los adolescentes objetos de los programas son varones, entre 16 y 17 años, residen en barrios populares, en precarias condiciones habitacionales, tienen interrumpidas trayectorias educativas y están débilmente insertos en el mundo del trabajo informal. Las caracterizaciones sobre sus familias se componen de imágenes tensionadas. Mientras se las considera centrales para cualquier proceso con los jóvenes, se las asume como incapaces de afrontar esa responsabilidad por razones estructurales, pero también conductuales. Las caracterizaciones sobre los adolescentes y sus familias por parte de los agentes judiciales y de Poder Ejecutivo, variables según los contextos locales, incluyen problemas asociados a la migración, consumo problemático de alcohol, drogas, violencia domestica y suicidio adolescente. Respecto de las trayectorias institucionales de los jóvenes, priman experiencias previas en el sistema de protección. Alguno de los adolescentes que se encuentran en los programas alternativas tienen en promedio 2/3 causas penales abiertas o medidas previas.

## • Mediación Penal Juvenil en Salta

El presente proyecto, fruto de la Mesa de trabajo que se constituyó en 2017, aporta al fortalecimiento de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad que se encuentran vigentes en la provincia y, por otro lado, al diseño de nuevas medidas alternativas recuperando experiencias y trayectorias tanto en relación a programas en desuso, como a prácticas informales y a programas vigentes que se implementan en campos afines y complementarios al de la política de responsabilidad penal juvenil.

Entendiendo que el reconocimiento de los/as niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de derechos implica necesariamente la conformación de un andamiaje jurídico institucional que promueva el efectivo ejercicio de los derechos de los cuales son titulares. Este desafío convoca a los organismos y agencias estatales a canalizar sus esfuerzos en el diseño e implementación de programas y políticas públicas que vehiculicen la materialización de los derechos de los/as NNA y sus familias.

La mediación penal juvenil es un procedimiento voluntario, confidencial, neutral, informal y gratuito mediante el cual, el mediador facilitara la comunicación entre las partes involucradas a fin de pacificar el conflicto suscitado, con la finalidad de procurar la reconciliación entre ellas, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, promover la autocomposición en un marco administrativo y/o jurisdiccional y con pleno respeto a las garantías constitucionales.

Es una práctica de justicia juvenil restaurativa que involucra al ofensor, denunciante y a todos los que tengan interés en una ofensa particular, asumiendo estos el rol protagónico tanto en el conflicto como en la solución, con la finalidad de identificar y atender los daños, necesidades y obligaciones derivadas de la ofensa, con el propósito de enmendar los perjuicios de la mejor manera posible, tanto concreta como simbólicamente.

La mediación penal juvenil es aplicable en todo el ámbito de la provincia de Salta, y es para todos los casos de los jóvenes en conflicto con la ley penal, con excepción de los casos establecidos en el art. 235 C.P.P; siendo aplicable en todas las etapas y en cualquier instancia del proceso, y es entendida como una eventual medida alternativa al proceso, a traves, de la composición y/o pacificación del conflicto.

# Objetivo general:

·Fortalecer y ampliar las Medidas Alternativas en el Sistema Penal Juvenil de Córdoba adecuándolas a estándares internacionales de derechos de niños, niñas y adolescentes.

### **Objetivos específicos:**

Garantizar la **restitución de derechos** como primera instancia de la medida alternativa no solo porque al ser niños debería prestar especial atención a la garantía del cumplimiento de derechos, sino también porque, tanto en el diagnóstico realizado como en investigaciones nacionales e internacionales, se constata que la mayoría de los jóvenes captados por el sistema penal tiene sus derechos vulnerados desde temprana edad.

-Generar instancias de **reparación del daño** a través del tratamiento del conflicto en la comunidad y por fuera de los dispositivos de encierro, minimizando los efectos estigmatizantes del mismo y privilegiando intervenciones socioeducativas que impliquen a la sociedad y sus instituciones.

·Promover un **proceso de responsabilización** por parte del joven que infringió la ley, favoreciendo su relación con otras prácticas, sentidos y roles que activen su participación social brindando herramientas educativas, laborales, culturales y terapéuticas para el desarrollo de un proyecto vital alternativo al delito.

# Sus efectos:

- a) La mediación penal juvenil con resultado SATISFACTORIO O NO SATISFACTORIO, no implica en modo alguno asunción de culpabilidad por parte del ofensor, su incumplimiento tampoco podrá incidir en la sustanciación del proceso penal y en su caso, en su eventual sanción.
- b) Los RESULTADOS SATISFACTORIOS de la Mediación deberán ser considerados de acuerdo a la etapa procesal en que se hayan realizado, considerándose primordialmente el archivo de la causa que lo haya motivado.

Se entiende por resultado satisfactorio el cumplimiento íntegro del acuerdo.

c) El resultado NO SATISFACTORIO ante un incumplimiento por parte del ofensor podrá derivar en responsabilidad civil y/o penal.

Todo programa, práctica o abordaje de justicia restaurativa que se realice debe asegurar a las partes, y especialmente al NNyA, intervenciones flexibles y proporcionales, adecuadas a las circunstancias jurídicas, sociales y culturales de los participantes.

Asimismo, se debe garantizar a los participantes las salvaguardias básicas en el procedimiento, tales como consultar a un abogado oficial o particular, ser debidamente informado acerca del procedimiento, efectos y sobre el carácter voluntario de su participación.

Son partes en el proceso de mediación, el Niño, la Niña o el Adolescente con sus representantes legales (progenitores, tutores), o a falta de ellos, guardadores y/o pariente adulto y/o referente afectivo, y el denunciante.

La intervención del Ministerio Público Pupilar es principal o complementaria conforme parámetros del art. 103 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, dándose la intervención debida al momento de la suscripción del acuerdo.

En todos los procedimientos, el mediador puede requerir el apoyo de los equipos interdisciplinarios del Ministerio Público, del Poder Judicial y/o del Poder Ejecutivo, como así también de la Defensa Técnica Penal.

### **CONCLUSIONES**

Confiamos en que trabajar desde un enfoque restaurativo, integral y articulado respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de la víctima, del infractor y de la comunidad.

- Restaurar el orden y la paz de la comunidad y reparar las relaciones dañadas.
- Comprensión por parte del NNyA, a partir de intervenciones socioeducativas, sobre la inaceptabilidad de participar o protagonizar hechos dañosos y reafirmar los valores de la comunidad.
- Dar apoyo a las víctimas, darles voz, permitir su participación y atender sus necesidades.
- Motivar a todas las partes relacionadas para responsabilizarse, especialmente a los ofensores.
- Identificar resultados restaurativos futuros.
- Prevenir situaciones futuras en NNA, generando espacios de aprendizaje, motivando el cambio de conductas, facilitando a estos su reintegración con la finalidad que puedan llevar adelante un proyecto de vida ciudadano.



"ANÁLISIS DE CASO: MATEO Y UNA PROPUESTA DE INTERVENCIÓN
RESTAURATIVA EN LA JUSTICIA JUVENIL Y LA OBLIGACIÓN LEGAL DE
PROPONER Y GARANTIZAR LA APLICACIÓN DE ALTERNATIVAS
RESTAURATIVAS AL PROCESO PENAL JUVENIL POR PARTE DE LOS
ACTORES: MINISTERIO FISCAL Y DEFENSA)"

AUTORES: MARIA AMANDA FONTEMACHI
IGNACIO ISMAEL BIANCHI

# Resumen

la presente ponencia tiene como propósito analizar el caso real de un adolescente que infringió la ley penal, que a su vez ha sido vulnerado en sus derechos por las distintas instituciones en su vida: el Sistema Integral de protección de derechos (SPD) y sus Direcciones, la Justicia de Familia (JF) y organismos de Poder Judicial como el Equipo Interdisciplinario de Adopción,(EIA) la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia; la Justicia Penal Juvenil (JPJ) y el Ministerio Publico Fiscal y de la Defensa, a los fines de proponer a la luz de la Justicia Juvenil Restaurativa y su soporte legal, las vías de acción del Ministerio Publico y de la Justicia penal Juvenil para restaurar en cada instancia los derechos vulnerados teniendo presente el necesario involucramiento de la comunidad.

Por lo hasta aquí dicho Propongo imponer por Acordada y legislativamente:

- 1.- La capacitación permanente en la especialidad, interdisciplinaria y especialmente Justicia Juvenil Restaurativa, en horas reloj, impuesta por las Supremas Cortes de Justicia y a los funcionarios de los Ministerios Públicos de la Fiscalía y de la Defensa, como también Asesores de Menores e Incapaces o quienes tengan esa función, y sus auxiliares en forma obligatoria, con un mínimo de 50 horas anuales.
- 2.- La obligación legal de proponer y garantizar la aplicación del derecho a ser escuchado de los y las adolescentes por todos los actores del Proceso: Ministerio Publico y Justicia.
- 3.- La obligación proponer y acordar alternativas restaurativas al proceso penal juvenil y la sanción por parte de los actores: Ministerio Fiscal y de la Defensa

# I.- Introducción:

En el presente caso es relevante tener en cuenta la vida y las experiencias iatrogénicas que ha tenido este adolescente que llega a la Justicia Pena Juvenil acusado de un delito, contra un compañero de escuela. Este adolescente fue intervenido por el centro de salud desde 2001, año de su y luego internado desde 2.006 a la fecha con intermitencias nacimiento, producto de la mala actuación de las instituciones administrativas y judiciales. Ha sufrido la vulneración de derechos tal como sucede a muchos niños niños y adolescentes privados de cuidado parental desde muy temprana edad abandonado y abusado por parte de su familia biológica y ampliada, y luego en las instituciones en que le tocó estar, con dinámicas de exclusión social e institucionalizados sin referentes adultos que los amen, los contengan y defiendan los derechos a su vivir en familia, a la integridad, educación, recreación, salud física y especialmente mental, negándole la escucha y reiterando el abandono por el desborde de las instituciones de albergue, la falta de personal, de cuidado y de control interno y externo que se combina con la falta de compromiso comunitario, de familias que puedan hacerse cargo para acoger niños y niñas privados de medio familiar.

# II .- Intervención Justicia Penal Juvenil. Tercer Juzgado Penal de Menores<sup>130</sup> 2017

El 10 de Octubre de 2017 ingresa al Tercer Juzgado Penal de Menores una causa donde Mateo es imputado por el delito de "Amenazas agravadas por el uso de arma" (Art. 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto del C.P.A., motivado por el hecho de que "el día 09 de octubre de 2.017, siendo aproximadamente las 20:20 hs., en el interior del curso N° 2 de la Escuela Antonio Zinny, ubicada en calle Paso de los Andes y Balcarce de Luján de Cuyo, Mateo... empleando un cúter chico de color azul con negro, y un cuchillo serrucho de mesa, con cabo de madera, profirió amenazas a Sebastián, compañero de curso" 131. Es la segunda vez que el niño es llevado a ámbitos judiciales por delito, la primera vez era inimputable.

Al ser trasladado al Juzgado interviniente a fin de ser escuchado y evaluado bio-psico-socialmente, se presentan sus guardadores solicitan proseguir haciéndose cargo del mismo, expresando que la guarda fue dada por el Juez de Familia. Luego de las evaluaciones, de manifestar Mateo querer irse con sus "padres" seda intervención a la Unidad de Medidas Alternativas a la privación de Libertad, (UMA) que aconsejan que el mismo vuelva con los "guardadores". Se ordena el reintegro familiar y se requirió informe al Registro Único de

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup>Expten° 317/17/3Penal por medidas de protección.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup>Expten° 370/17/3P caratulado " HTMA por medidas de protección

Adoptantes y Equipo Interdisciplinario de Adopción (RUA y EIA), al O.A.L. si había intervenido en la situación con el grupo familiar de los guardadores y al JF sobre la situación de Mateo.

No se recibió respuesta de los organismos interpelados.

Se deriva a seguimiento y acompañamiento de UMA, a tratamiento psicológico debiendo procurar sus guardadores su educación y capacitación.

Prosigue con comparecencias al JPJ, para expresar su situación personal y familiar, el 27 de Octubre y luego el 10 de Noviembre del mismo año. En la última audiencia los pretensos adoptantes manifiestan que el adolescente se fue de la casa, indicando Mateo al operador del programa UMA: "me voy porque no quiero seguir molestando". El Programa se compromete a buscarlo e informar.

El 25 de Enero de 2.018 se informa que el adolescente vive nuevamente en la casa de sus guardadores, los que manifestaron que "no pueden seguirlo teniendo en su casa lo dejaran en la institución, por los "constantes conflictos y conductas agresoras".

Se ordena que prosiga el seguimiento por parte de los profesionales de UMA, una trabajadora social y una psicóloga. El joven sigue con esta situación intermitente de convivencia con sus guardadores, en la institución y en la casa de un amigo.

El 16 de Abril de 2.018 se fíja la Audiencia Preliminar, requerida por el Fiscal Penal de Menores (FPM) para resolver la situación penal de Mateo, acusado de "Amenazas Agravadas".

Cuando expone la situación personal manifiestan los guardadores que el adolescente vivía con ellos, a veces se iba pero que ahora ya no quieren hacerse cargo y solicitan su institucionalización a disposición del JPJ.

Por enésima vez lo vuelven a rechazar y a dejarlo a disposición del Juzgado.

Se sigue con la sustanciación de la causa y se le toma declaración "indagatoria", en la misma el joven puede declarar, puede defenderse, pero, un tema recurrente en la justicia juvenil, es la abstención de declarar de todos los y las adolescentes, en todas las instancias del proceso siempre por consejo de la Defensora/o. No se les da la oportunidad de ser escuchados<sup>132</sup>, de tener así una defensa material efectiva. Por ello, generalmente son las pruebas de cargo las que definen la resolución que es generalmente la "**Declaración de Responsabilidad penal**" por el delito imputado, en los términos del Requerimiento Fiscal, resolución que posiblemente podría haber sido otra con una defensa efectiva.

<sup>132</sup>Beloff Mary Video Garantías procesales en todo el proceso penal https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=85370

Una respuesta restaurativa seria: garantizar una defensa efectiva y que se les permita ser escuchados <sup>133</sup>.

Se produce la sustanciación de la Audiencia Preliminar conforme lo previsto por Art. 146 y cc de la ley 6.354<sup>134</sup>.En la misma son partes necesarias: el adolescente, sus representantes legales, o la Asesora de menores en caso de ausencia, como en este caso, el Fiscal Penal de Menores (FPM), el Defensor Penal de Menores (DPM) y el Juez/a, los profesionales que lo asisten: Unidad de Medidas Alternativas. En ella se puede resolver la causa por Juicio Abreviado o aplicar el Principio de Oportunidad, o suspender la causa a prueba de buena conducta, a pedido del Defensor/a y con la conformidad del Fiscal. En el desarrollo de la misma la Jueza conforme la ley vigente (art. 150 y 151 ley 6.354 ya citada) informa a las partes que pueden solicitar aplicar un principio de oportunidad o la suspensión de la causa a prueba de buena conducta, pues el hecho fue una pelea entre adolescentes en el ámbito escolar y lo más propicio a ello era una solución del conflicto. La Defensora pidió que se resuelva la causa en Juicio Abreviado y el Fiscal acepto y solicito que se lo declarara responsable.

Conforme la legislación procesal, en un sistema eminentemente acusatorio, solo le queda al juez/za resolver declarando la responsabilidad penal del adolescente

Una respuesta restaurativa, hubiera sido en primer término aplicar un principio de oportunidad, tratar que los adolescentes solucionaran el conflicto en el ámbito escolar, luego, si no resultase, en el ámbito del Cuerpo de Mediadores que funciona en la Justicia y del Ministerio Publico y por ultimo acordar en el ámbito de la justicia juvenil si fracasa este intento, la suspensión del juicio a prueba "Probation" y así evitar la criminalización de estas conductas producto de las vivencias de Mateo, de la violencia y frustración.

Una respuesta restaurativa, más de acuerdo con los que mandan los estándares internacionales, la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa y su decálogo, hubiera sido que respetara los principios de remisión y mínima intervención.

<sup>133</sup> OIJJ ¿Puede Alguien escucharme? La participación de los niños en la justicia juvenil: Manual para adecuar los sistemas de justicia juvenil europeos a los menores -Febrero 2012 www.oijj.org

<sup>134</sup>Ley 6.354 Artículo 146º. Practicada la investigación preliminar y concretada el requerimiento fiscal, el Juez recibirá la declaración indagatoria del menor. Artículo 147º. Firme que sea el requerimiento de elevación a juicio, el Juez enlo Penal de Menores fijará una audiencia dentro de un término no mayor de veinte(20) días, notificando a las partes las conclusiones del requerimiento y el díay hora de su realización.http://www.alatinoamericana-naf.com/2017/09/17/ley-del-nino-y-el-adolescente-de-la-provincia-de-mendoza-ley-provincial-6-354/

# III. Situación personal: intervención y coordinación entre el Sistema de Protección de Derechos y el Sistema Penal Juvenil ,

El adolescente está en situación de abandono y a disposición de la Justicia de familia institucionalizado. Esa institución que lo albergaba se niega a recibirlo cuando los guardadores lo dejan, porque había cometido un delito. Ante esta situación se ordena por parte del Juez Penal Juvenil una audiencia interinstitucional e interdisciplinaria, con los responsables de la DINAF, el Director de la DRPJ y profesionales de ambos efectores a fin de aclarar las corresponsabilidades que les cabe y que debían trabajar en conjunto, pero alojándolo en el hogar donde estaba a cargo el SPID.<sup>135</sup>

Esta solución fue la más conveniente y restaurativa, ya que el SRPJ tiene específicamente dos programas: UMA que incluye en su intervención a la familia o personas que se hagan cargo del adolescente y la otra un Centro de privación de libertad, que alberga a adolescentes mayores de 16 años con delitos reiterados y graves en medidas cautelares o condenados, y mientras dure la medida judicial que puede superar la mayoría de edad, teniendo una instancia en periodo de salida de una casa inserta en un espacio urbano, donde los adolescentes salen a estudiar y trabajar y reciben tratamiento psicológico. Ninguna de estas opciones era la adecuada para el joven, pues no tenía una familia que lo acompañara y privarlo de libertad era una violación más de sus derechos.

De esta manera se aplicaron los principios de **justicia juvenil restaurativa**: **Intervención penal mínima, Flexibilización, diversificación de medidas, discrecionalidad,** aplicación de criterios de oportunidad y resaltar la corresponsabilidad de los órganos del estado que trabajan en infancia y adolescencia en cuanto a que no se penaliza la situación, sino que se busca una salida adecuada y provechosa. En este caso se observa palmariamente lo comentado por el Dr. Atilio Álvarez en su conferencia sobre "*La relación entre la justicia juvenil y el derecho penal y de familia*" <sup>136</sup>

Mucha razón le cabe a Enrique Arnanz Villalta en su libro "Coordinación y acción voluntaria" cuando dice que "la descoordinación que se da entre instituciones, colectivos y programas de carácter educativo, asistencial de cooperación al desarrollo...; la guerra de guerrillas entre las propias instituciones, áreas, servicios y grupos; la atomización de programas, colectivos

<sup>135</sup> Expediente 448/17/3P fs. 86

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> Dr. José Atilio Álvarez Relación de la Justicia Juvenil, Penal y de Familia Conferencia Video <a href="https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=85706">https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=85706</a>

y asociaciones, trabajando .., en campos similares y sin que fluya entre ellos la más mínima coordinación informativa...,"<sup>137</sup>.

Con esta intervención y coordinación, se restauraron algunos derechos.

## IV. Normativa Internacional Declaraciones y Tratados internacionales.

El principal elemento normativo que debemos tener presente es la CIDN que. en su Art. 3 y que prescriben la obligación de los E.P. a respetar su Interés Superior y el principio de efectividad de estos derechos en el Art. 19 cuando ordena" procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial"...

En sus artículos 37 y 40 diagrama los principios y garantías de la Justicia Juvenil, a esto agregamos la Reglas de Beijing, que expresan como se debe organizar la justicia especializada y los principios básicos de remisión y especialidad, a lo que agregamos las observaciones del comité de los Derechos del Niño, especialmente la numero 10 que prescribe los principios ineludibles que los jueces y demás actores tienen que tener en cuenta como son: de no discriminación, de sus derechos a la vida y desarrollo, el respeto a ser escuchado y a su dignidad, al igual que la numero 14 que nos manda Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

También como dice el punto I del Decálogo de Justicia Juvenil Restaurativa, para la solución restaurativa de conflictos e infracciones de potencial ofensivo, favoreciendo su desjudicialización, la aplicación de formas de terminación anticipadas del proceso penal y la aplicación de medidas alternativas, restaurativas y terapéuticas. Estas políticas incorporarán en su formulación y aplicación de manera transversal, la perspectiva de género y enfoque diferencial que permita remover eficazmente los obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes, así como para la compresión y tratamiento integral y holístico del hecho delictivo.

También es esclarecedor a los fines del presente trabajo como fundamento los principios de justicia juvenil restaurativa y conceptualizaciones del Protocolo para la Mediación penal juvenil creado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina el 19 de Setiembre de 2018.

-

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup>Enrique Arnanz Villalta "Coordinacion y acción voluntaria" Pag. 14
<a href="https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/216728/mod">https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/216728/mod</a> resource/content/1/a-fuego-lento-6-coordinacion-y-redes-de-organizaciones-de-solidaridad.pdf

Siempre ha de tenerse presente que una decisión equilibrada no puede dejar de tener en consideración todas las circunstancias que concurren en relación con los hechos y a las personas que están en conflicto con ley penal, como igualmente los intereses de las víctimas y la sociedad en general, la cual ha sido injustificadamente afectada.

En consecuencia el Estado a través de sus órganos competentes, debe arbitrar todos los medios a su alcance a los fines resguardar sus derechos y prevenir nuevas vulneraciones y delitos.

Respecto a respeto de los principios de oportunidad y mínima intervención, se debe promover respetar y velar por el cumplimiento del carácter educativo de las medidas a tomar en todas sus fases, respecto de la persona, niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal , priorizando la desjudicialización, la aplicación de audiencias tempranas, formas de terminación anticipada del proceso en todas sus fases, medidas alternativas, restaurativas y terapéuticas..

# V.- Actuación del Ministerio Publico de la Acusación y de la Defensa

Desde el Ministerio Publico órgano extra poder, que comprende la demanda pública de justicia, y en algunos casos de venganza, tiene a su cargo promover y ejercer la acción penal. Pero el fiscal Juvenil tiene que tener otro perfil, tiene que estar capacitado y comprender que su función es diferente en esta instancia especializada.

Para ello debemos diferenciar dos momentos: el proceso y la medida de protección o sanción. En el primero tenemos alternativas al mismo como lo es la solución del conflicto o aplicación de principio de oportunidad, por mínima intervención del adolescente o minima vulneración del bien jurídico protegido, ambas también tienen un segundo momento, la medida educativa, inclusiva, donde tienen que intervenir las partes, victima, adolescente, familia, comunidad etc.:

Siempre con respeto pleno de las garantías individuales, y de la normativa especial, propiciando la des judicialización, la solución de conflicto, la aplicación de la remisión, del principio de oportunidad y no poner objeciones generales o infundadas o fundadas en directivas que son aplicables para adultos (D.P.717/167) y no pensadas para adolescente, evaluar en cada caso concreto, haciendo aplicación de los principios descriptos, especialmente la flexibilidad que es lo más justo.

Respecto a las Asesoría de Menores e Incapaces cuando no están los padres ni tutores o guardadores, como sucede en muchos casos que hemos visto en nuestra tarea diaria, intervenir con sumo compromiso y cuidado y cumplir con sus funciones específicas es "promover la justa aplicación de la ley, la legalidad delos procedimientos y el respeto, la protección y la satisfacción de los

derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes..., por ser un órgano específico destinado a brindarles mayor resguardo estatal<sup>\*,138139</sup>

Respecto a la Defensoría Penal de Menores, debemos reflexionar sobre su importante función, ya que en la mayoría de los casos se limitan a actuar como lo harían con un adulto, negándoles la posibilidad de declarar y proponiendo la solución menos trabajosa, o sea acordando juicios abreviados, para evitar invertir tiempo y esfuerzo.

También en este caso le negaron el derecho a ser escuchado y no se demandó la aplicación del principio de oportunidad, ni la suspensión del juicio a prueba, contemplados por los estándares y normativa internacional propiciando una justicia juvenil más humanizada con pautas restaurativas, basados en las garantías y derechos consagrados por la CIDN, como en las Reglas de Beijing, Declaración Iberoamericana y su decálogo de justicia juvenil restaurativa, propiciando con su defensa, una tutela efectiva de los derechos procesales, buscar alternativas al proceso penal respecto a los niños y niñas que tienen conflictos con la comunidad. Les tiempo de pensar en la inclusión de los jóvenes y no en las formas de estigmatización, apartamiento (la prisión es la forma extrema de esto) que no hay niño nacido para el delito. Les

Debemos comprender y difundir que la Justicia juvenil restaurativa, no es un proceso específico, sino más bien un conjunto de principios rectores valores, un marco filosófico para identificar abordar los daños y las obligaciones.

Es algo más amplio que los diferentes modelos de encuentros, como la mediación penal, las conferencias o círculos restaurativos.

Según N.U. la justicia restaurativa desde una visión penal es una respuesta que respeta la dignidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, los infractores y la comunidad. Esta definición no habla de programas sino de respuestas, por eso dota a esta justicia de una serie de valores que impregnan la actual justicia retributiva, de los valores y principios restaurativos.<sup>142</sup>

Es esencial conocer y aplicar los principios de flexibilidad, discrecionalidad y diversificación de las medidas a adoptar, evaluar las variables personales, sociales y familiares; la personalidad y actitud del adolescente, su vida, las causas que propiciaron estas conductas, el grado de apoyo que podrá

<sup>138</sup> Redefiniendo el rol del Asesor de Menores pág. 15 http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/MPT\_redefiniendo\_el\_rol\_del\_asesor\_de\_menores.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup>La justicia Juvenil en la Convención de los Derechos del Niño y la Observación General n° 10 https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=59445

<sup>141</sup> Justicia nara crecer Pag

<sup>2/</sup>https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/153186/mod resource/content/1/justicia para crecer 19.pdf 142 Justicia para crecer ObCit Pag 4

encontrar en su entorno, y elaborar el "plan individual" especial para la inclusión de cada adolescente.

Son protagonistas fundamentales para llevar adelante estas medidas los familiares las instituciones y la comunidad en general que "les debe a los niños y niñas lo mejor que les pueda ofrecer" una respuesta integral.

Debemos difundir los postulados de la normativa descripta, especialmente la novel Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa y su Decálogo<sup>144</sup> como también la especialidad según describe Carlos Tiffer en su trabajo y descripto maravillosamente en el Protocolo mencionado sobre mediación en la justicia juvenil con enfoque restaurativo, para potenciar soluciones constructivas y pedagógicas, antes que sancionadoras.

# **VI.- Conclusiones**

En el ámbito de la justicia juvenil se observó por parte del Ministerio Publico Fiscal y de la Defensa, falta de capacitación, conocimiento e internalización de respuestas restaurativas no estigmatizantes de obligatoria aplicación.

Se observo la violación de la garantía de inmediación y a ser escuchado.

Por todo lo hasta aquí reflexionado creo esencial la humanización capacitación de todos/as los/as los actores, proponiendo un trabajo interdisciplinario<sup>145</sup> y coordinado entre las instituciones para dar otras respuestas tanto desde lo procesal como de lo educativo

Se proponen en la nueva legislación argentina, respuestas restaurativas, pero luego inexplicablemente solo habla de sanciones, de respuestas punitivas, aunque las enmascara de educativas y disciplinarias, especialmente cuando se refiere a la privación de libertad que la torna sin límite a los mayores de 16 años lo que en la actual legislación (decreto 22278/803) inconstitucional por su origen es más benigno ya que da la posibilidad de absolver de pena o de reducirla la mitad por ser adoelscente al momento del hecho, y respecto de adolescentes la propuesta es que los adolescentes de CATORCE (14) y de QUINCE (15) años tengan una sanción cuyo plazo máximo de QUINCE (15) años y reitero, la imposibilidad de absolver de pena .

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup>Declaración de los derechos del niño de Ginebra de

<sup>1924&</sup>lt;a href="http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf">http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf</a>

Poclaración liberary de la contraction de l

Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil restaurativa Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal <a href="https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/154661/mod">https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/154661/mod</a> resource/content/2/Iniciativas%20para%20la%20i

https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/154661/mod resource/content/2/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20lberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup>Dr. Frédéric Darbellay Introducción a la

Por lo hasta aquí dicho Propongo imponer por Acordada y legislativamente:

- 1.- La capacitación permanente en la especialidad, interdisciplinaria y especialmente Justicia Juvenil Restaurativa, en horas reloj, impuesta por las Supremas Cortes de Justicia y a los funcionarios de los Ministerios Públicos de la Fiscalía y de la Defensa, como también Asesores de Menores e Incapaces o quienes tengan esa función, y sus auxiliares en forma obligatoria, con un mínimo de 50 horas anuales.
- 2.- La obligación legal de proponer y garantizar la aplicación del derecho a ser escuchado de los y las adolescentes por todos los actores del Proceso: Ministerio Publico y Justicia.
- 3.- La obligación proponer y acordar alternativas restaurativas al proceso penal juvenil y la sanción por parte de los actores: Ministerio Fiscal y de la Defensa.

## **BIBLIOGRAFIA**

- 40. Acordada 24.842 dictada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza<a href="http://www.jus.mendoza.gov.ar/web/direccion-de-derechos-humanos-y-acceso-a-la-justicia">http://www.jus.mendoza.gov.ar/web/direccion-de-derechos-humanos-y-acceso-a-la-justicia</a>
- 41. Acordada N° 24.023, del 6 de febrero de 2012, adhirió a las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.
  - http://www2.jus.mendoza.gov.ar/novedades/2012/brasilia.php
- 42.Beloff Mary Video Garantías procesales en todo el proceso penal https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=85370
- 43. Código civil y comercial de la Rca. Argentina Ministerio de Menores. , <a href="https://www.oas.org/dil/esp/Codigo">https://www.oas.org/dil/esp/Codigo</a> Civil de la Republica Argentina.pdf
- 44.Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Pag. 409

  <a href="http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\_Nacion\_Comentado\_Tomo\_II.pdf">http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\_Nacion\_Comentado\_Tomo\_II.pdf</a>
- 45. Constitución de la Nación Argentina
- 46. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm
- 47. Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 192 4 <a href="http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacion">http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacion</a> ales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf
- 48. Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil restaurativa Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal <a href="https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/154661/mod\_resource/content/2/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20lberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf</a>
- 49. Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños <a href="https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf">https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf</a>
- 50.Dr. Frédéric Darbellay Introducción a la interdisciplinariedad <a href="https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=69141">https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=69141</a>
- 51.Dr. José Atilio Álvarez Relación de la Justicia Juvenil, Penal y de Familia Conferencia Video <a href="https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=85706">https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=85706</a>

- 52.Enrique Arnanz Villalta "Coordinacion y acción voluntaria" Pag. 14 <a href="https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/216728/mod\_resource/content/1/a-fuego-lento-6-coordinacion-y-redes-de-organizaciones-de-solidaridad.pdf">https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/216728/mod\_resource/content/1/a-fuego-lento-6-coordinacion-y-redes-de-organizaciones-de-solidaridad.pdf</a>
- 53. Enrique Arnanz Villalta Ob. Cit. Pag. 55
- 54.Expten° 448/17/3P caratulado"HTMA por Amenazas Agravadas por el uso de arma"
- 55.Código Civil y Comercial (2015) <a href="http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\_Nacion\_Comentado\_Tomo\_II.pdf">http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\_Nacion\_Comentado\_Tomo\_II.pdf</a>
- 56. Justicia para crecer Pag. 2/https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/153186/mod\_resource/content/1/justicia\_para\_crecer\_19.pdf
- 57.La justicia Juvenil en la Convención de los Derechos del Niño y la Observación General n° 10 https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=59445
- 58.Ley 26.061 de Protección Integral de niños niñas y adolescentes"

  <a href="https://www.alatinoamericana-naf.com/2011/08/03/ley-26061-ley-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adolescentes-objeto-principios-derechos-y-garantias-sistema-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adoles/">https://www.alatinoamericana-naf.com/2011/08/03/ley-26061-ley-de-proteccion-integral-proteccion-integral-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adoles/</a>
- 59.Ley 6.354 de "Protección Integral de Niñez y Adolescencia" http://www.alatinoamericana-naf.com/2017/09/17/ley-del-nino-y-el-adolescente-de-la-provincia-de-mendoza-ley-provincial-6-354/
- 60.Ley 8.524 Creación del Registro Único de Adopción <a href="http://www.saij.gob.ar/8524-local-mendoza-creacion-registro-unico-equipo-interdisciplinario-adopcion-lpm0008524-2012-12-26/123456789-0abc-defg-425-8000mvorpye">http://www.saij.gob.ar/8524-local-mendoza-creacion-registro-unico-equipo-interdisciplinario-adopcion-lpm0008524-2012-12-26/123456789-0abc-defg-425-8000mvorpye</a>
- 61.Ley-26061-ley-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninasninos-y-adolescentes-objeto-principios-derechos-y-garantias-sistema-deproteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adoles/
- 62.Massini Juan Carlos Derechos humanos y bienes humanos:

  Consideraciones precisivo-valorativas a partir de las ideas de John

  Finnis Enero 2010 <a href="http://metyper.com/wp-content/uploads/2014/12/MYP\_R3\_A3\_WEB.pdf">http://metyper.com/wp-content/uploads/2014/12/MYP\_R3\_A3\_WEB.pdf</a>
- 63. Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial \*http://unicef.cl/web/informes/derechos\_nino/14.pdf
- 64.Redefiniendo el rol del Asesor de Menores pág. 15

  <a href="http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/MPT">http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/MPT</a> redefiniendo el rol del as

  <a href="mailto:esor de menores.pdf">esor de menores.pdf</a>[1]

|                     | usticia - Sala Primera Pod<br>5-5/1((017101-398/16) | der Judicial Mendoza hoj |
|---------------------|-----------------------------------------------------|--------------------------|
| 51 0013. 13-0411951 | 3-3/T((UT/TUT-396/T0)                               |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |
|                     |                                                     |                          |

# "JUSTICIA JUVENIL Y PRÁCTICAS RESTAURATIVAS- DECLARACIONES, DERECHOS, PROCEDIMIENTOS Y PRÁCTICAS RESTAURATIVAS"

## Autores:

- Álvarez, Gloria;
- Carrizo, Ana Victoria,
- Galimberti, Ezequiel Ramiro;
- Noguera, CristinaResumen

En la siguiente ponencia se aborda el trabajo realizado por el Programa de Orientación Familiar, programa formativo preventivo que se lleva adelante desde la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia dependiente del Ministerio de Justicia de la provincia de Córdoba desde el año 2003 a la fecha. Este Programa se plantea desde el marco de una actividad reflexiva, orientadora y educativa, el problema de la adolescencia en riesgo social. Su objetivo principal es orientar a padres de adolescentes, a sus tutores u otros miembros de la familia, para el importante y complejo trabajo de ser padres. A su vez, desde fines del año 2016, se incorpora el abordaje teórico y metodológico del Programa de Parentalidad Positiva (Sanders, Markie-Dadds, y Turner, 1998) el cual es una modalidad de intervención familiar conductual basada en los principios del aprendizaje social.

# **Fundamentación**

Se considera pertinente la presentación de esta ponencia ya que en primer lugar, al tratarse de una experiencia inédita en la provincia de Córdoba, consideramos que su visibilización facilitaría la implementación de dispositivos similares en otros contextos. En segundo lugar para continuar socializando la experiencia del Programa de Orientación Familiar, que se viene llevando a cabo desde el año 2003, y de esta forma promover el armado de redes y facilitar la articulación de herramientas y dispositivos de intervención en el marco del nuevo paradigma de Protección de Derechos. Por último, desde estas y otras instancias dar cuenta de la eficacia de diferentes herramientas y dispositivos para la incidencia concreta en políticas públicas basadas en el nuevo paradigma.

# Senaf - Programa de Orientación familiar - Taller de Padres

Es un programa formativo- preventivo que realiza la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia desde el año 2003. Este Programa se plantea desde el marco de una actividad reflexiva, orientadora y educativa abordar el problema de la adolescencia en riesgo social, su objetivo principal es orientar a padres de

adolescentes, a sus tutores u otros miembros de la familia para el importante y complejo trabajo de ser padres.

Si bien reconocemos que la función de padres es uno de los trabajos más importante, debemos también reconocer al mismo tiempo que no existe ningún lugar que los capacite u oriente para tan encomiable tarea. La propuesta del Programa de Orientación Familiar es la retroalimentación de conocimientos con padres de niños y adolescentes para que en forma conjunta construyamos un saber que brinde mayor y mejor comunicación con nuestros hijos buscando en ello fortificar los vínculos familiares.-

# ¿Por qué un Taller de Padres?

Enmarcados en la Ley 26.061 ARTICULO 7° — RESPONSABILIDAD FAMILIAR. ".... El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones"

En base a ello el Programa de Orientación Familiar (POF) trabaja con la familia del adolescente, abordando temáticas que incidan positivamente en la reflexión para el cuidado de sus miembros, tendiente a favorecer el cambio de actitud de los pilares de la unidad doméstica, observándose la importancia de la intervención con los padres como un elemento favorecedor del proceso de restauración de los vínculos familiares.

Se trabaja con grupos operativos<sup>146</sup>, se analiza, se debate, se dialoga y los participantes comentas sus experiencias, produciéndose un análisis a través de una retro alimentación

La intervención grupal con los padres posibilita el trabajo en dos niveles de actuación: un primer nivel informativo/reflexivo y un segundo nivel terapéutico (estimamos que es terapéutico porque tiende a provocar cambios en el grupo familiar).

El Taller de Padres pone énfasis en marcar la importancia que como padres tienen en el proceso de desarrollo de la personalidad de sus hijos; el cómo favorecer la prevención de situaciones de conflicto con la ley de los jóvenes, abordando temas como por ejemplo: • Límites (decir **S**í cuando sea posible y

330

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup>Pichón Riviere entiende que un grupo es un conjunto restringido de personas que, ligadas por constantes espacio temporales, el cual, articulado en su mutua representación interna, se propone en forma implícita y explícita una tarea que conforma su finalidad, interactuando a través de complejos mecanismos de asunción y adjudicación de roles.

**No** cuando sea necesario) • Ambiente familiar en donde el joven encuentre apoyo y sea escuchado; •Los cambios que se encuentra experimentando desarrollar desde la infancia componentes de la personalidad que pueden el adolescente, •Proyecto de vida (Inserción escolar y/o laboral), •Normas de disciplina y vigencia de nuevas normas familiares: • Cambios en la dinámica familiar.

**En síntesis**: se busca que la familia ejerza un rol contenedor evitando exponer a sus miembros a situaciones de peligro

A lo largo de los años en el que se ha desarrollado el Taller de Padres hemos escuchado a los padres mencionar: "esto deberíamos haberlo sabido antes", o "si en su momento nos hubieran explicado todo esto...". Y estas reflexiones responden al "porqué" del Taller de Padres, coincidiendo en lo que señala Thomas Gordon "a los padres se les culpa, pero no se los educa". Entendemos que no son culpables de esas carencias formativas en el rol de padres, sino más bien víctimas de circunstancias socioculturales. Por todo ello, la propuesta desde este Programa es clara: Que los padres o tutores reflexionen sobre su rol paterno, modificando aquellas actitudes que han provocado la exposición de sus hijos a riesgo, evitando así la reincidencia en el delito y la prevención en sus otros miembros, porque creemos que el mejor lugar para nuestros niños y adolescentes es junto a su familia.-

# Para quien va dirigido el Taller de Padres

Si bien principalmente los talleres están dirigidos a padres que sus hijos han enfrentado conflictos con la ley penal (alojados en el Centro de Admisión, Institutos o en guarda) se incorporaron por iniciativa propia padres de adolescentes que estiman estar frente a ese riesgo, siendo los portavoces de estos encuentros los mismos padres que asisten o alguna vez asistieron al mismo

# **Objetivo**

Reflexionar en forma conjunta con los padres, sobre las posibles situaciones que han generado que sus hijos enfrentaran conflictos con la ley penal, a partir de ello prevenir la reiteración de situaciones similares

Para lograr alcanzar este objetivo el Programa de Orientación Familiar trabaja en:

El desarrollo personal de los hijos mediante:

# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

- ofrecer a los padres la información y conocimientos básicos sobre diferentes temas, con el objetivo de proporcionarles una mayor capacitación para ejercer su función,
- Facilitar mayores recursos educativos y formativos para promover en sus hijos actitudes, valores, habilidades personales y sociales.-
- promover el intercambio de experiencias entre los padres construyendo así un saber compartido.-

Para alcanzar los objetivos anteriores se desarrollan en el Taller de Padres las siguientes temáticas:

- Límites
- Rol del padre y madre en la estructura familiar
- Importancia de una ocupación productiva del tiempo del adolescente
- Supervisión de las relaciones de pares.
- Rol de la familia en la formación de valores
- Violencia Familiar
- Diferentes formas de implementar límites a nuestros hijos
- Por qué no al castigo físico
- La importancia del diálogo en la pareja
- Diferentes alternativas para la resolución de los conflictos familiares
- Corregir desde el amor y con amor.-
- Diferencia entre temor y respeto
- ¿Qué grado de responsabilidad tenemos los padres frente al comportamiento de nuestro hijo?
- Diferencia entre necesidades y deseos materiales.
- La responsabilidad que también deben asumir los hijos frente a su conducta.
- Ponerse en el lugar del otro.
- ¿Cómo nos damos cuenta si nuestro hijo consume drogas? ¿Qué hacer?
- ¿Qué es lo que podría llevar a mi hijo a drogarse? ¿Cómo ayudarlo?
- ¿Cómo podemos hacer para que nuestros hijos dejen "esos amigos?
- La comunicación entre padres e hijos.-
- La importancia de tomarse un tiempo para analizar como estoy siendo como padre.-
- ¿Soy un padre permisivo?

- Analizar a la escuela también desde la óptica de socialización, preparando al joven para su futura reinserción laboral.-
- Diferencia que existe entre ser "padres buenos" y "buenos padres"
- Contención afectiva del adolescente y otros, que surgen de la propia dinámica grupal

# **Parentalidad Positiva**

Desde fines del año 2016, se incorpora (previa capacitación y acreditación) el abordaje teórico y metodológico del Programa de Parentalidad Positiva, que de acuerdo a Sanders, Markie-Dadds, y Turner, Karen (1998), es una modalidad de intervención familiar conductual basada en los principios del aprendizaje social. Este enfoque, centrado en el tratamiento y la prevención de los trastornos infantiles, apunta a fomentar los factores protectores familiares y a reducir los factores de riesgo asociados con los problemas emocionales y conductuales graves en niñas y niños.

Como programa de formación para la generalización de las habilidades parentales se utilizan las siguientes estrategias:

- Un modelo de participación de transferencia de la información (Sanders y Lawton 1993, en Sanders, Matthew, Markie-Dadds y Turner 1998). Se ofrece información objetiva y descriptiva, y oportunidades a los padres para procesar y responder a las inferencias y razonamiento del profesional. Compartir este razonamiento sirve de modelo para que madres y padres examinen sus inferencias a cerca de las causas de la conducta de su hija/o.
- El enfoque de Autorregulación, como método educativo para promover la competencia parental que percibe el desarrollo de la capacidad de los padres de autorregularse como una habilidad central. Desde un perspectiva terapéutica, la autorregulación es un proceso por medio del cual se enseña a las personas habilidades que les permiten modificar su propia conducta.

Se propone y enseña a los padres diferentes técnicas de manejo infantil, y como aplicar estas habilidades, tanto en el hogar como en la comunidad.

# **Metodología**

El Taller de Padres (TP) es un espacio Multifamiliar que funciona dos veces por semana, se realizan reuniones con grupo de padres, quienes para obtener la certificación deben asistir a 3 encuentros.

Se trabaja con grupos de entre 10 y 25 padres por taller, se analiza, se debate, se dialoga y los participantes comentan sus experiencias, produciéndose un análisis a través de una retroalimentación.

**En el primer encuentro**, y en su mayoría, depositan la responsabilidad de lo ocurrido en terceras personas, mostrándose ajenos a la problemática en la que se encuentran inmersos, surgen así quejas hacia la policía, los jueces, el estado, los institutos, "las juntas del joven", etc.

Transcurrido <u>el segundo encuentro</u> puede observarse que esta situación comienza a variar, expresan haber sentido que en el primer taller, los temas tratados les posibilitaron reflexionar, manifiestan que analizaron los temas tratados y realizan conclusiones: la postura que adoptan frente al problema de su hijo es diferente, se incluyen en ella, comienzan a observar la responsabilidad que poseen como padres en la contención del joven, se dicen permisivos, expresan los conflictos que poseen con su cónyuge o pareja, enuncian no haber sabido poner límites, reconociéndose padres Lesse Fair.

En el tercer encuentro puede observarse un salto cualitativo en el análisis que los miembros del grupo elaboran, comentan haber comenzado a implementar con sus otros hijos algunos de los conceptos vertidos en el taller, comunicándole al joven en situación de detención las observaciones y conclusiones a las que arribaron, se muestran dispuestos a producir cambios al momento de que el adolescente retorne a su hogar.-

En este espacio se realiza asesoramiento y orientación individual, derivándose a quienes realizan consulta a distintos Programas dentro de la institución o a otras existentes en la comunidad, según sea la problemática planteada.

El Programa de Orientación Familiar, a su vez, cuenta con el **Espacio Familiar (EF)**: Es un ámbito exclusivo para trabajar con familias que demandan un espacio de tratamiento individual realizándose así una tarea de índole psicoterapéutica.

Forman el equipo del Programa de Orientación Familiar una Lic. en Trabajo Social y tres Lic. en Psicología. Realizando también prácticas pre-profesionales estudiantes de Psicología y de Trabajo Social, de la UNC.

# **Técnicas Utilizadas:**

- Exposición
- Diálogo
- Debate
- Dinámicas Vivenciales
- Roll play

# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

Entendemos que cada intervención, que cada charla, que todo contacto que este equipo realiza, es una semilla que busca germine en beneficio de nuestros jóvenes, porque aún creemos en las utopías, estamos planteando un nuevo paradigma de intervención.-

# **Nuestro Lema**

"Nada tendremos que hacer aquí, si no somos capaces de aprender de ustedes y con ustedes" (Paulo Freire)

# **Bibliografía**

- Freire, Paulo (1967). La educación como práctica de la libertad (Río de Janeiro: Paz e Terra). Siglo XXI. Montevideo
- Gordon, Thomas. Padres eficaz y técnicamente preparados: Nuevo sistema comprobado para formar hijos responsables (1970 – 1977). México DF, Ed. Diana
- Ley Nacional 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (2005). República Argentina.
- Pichón Rivière, Enrique. El Proceso Grupal (1982). Ed. Nueva Visión
- Sanders, Markie-Dadds, y Turner, Karen. Manual del Facilitador para Triple P Grupal para padres y madres (1998). Ed. University of Queensland

# "MÁS QUE UNA BANDA UNA FAMILIA<sup>147</sup>". REFLEXIONES Y ANÁLISIS EN TORNO AL DEVENIR DE CAUSAS CIVILES DE FAMILIA EN CAUSAS PENALES"

Autora: Lorena Romina García

•

### **Síntesis**

El presente trabajo parte de una serie de hechos/causas que trascendieron el fuero de familia al haberse originado como causa de Protección de menores y continuado como diversas causas penales en las que fueron imputados dos hijos del grupo familiar.

Circunstancias casuales posibilitaron la intervención como perito en cada causa (civil, de familia, y penal) y como oficial de prueba respecto al Beneficio de Suspensión de Juicio que se otorgara. Estas posibilidades de actuación, se entiende, no forman parte de la cotidianeidad ya que lo rutinario es no saber cómo prosiguieron los casos a lo largo de la vida de las partes involucradas. A través de la narración del caso aludido, se pretende compartir una modalidad de abordaje que surgió con la intención de evitar la continua intervención policial sin que mi intervención implique desobedecer una orden judicial.

El análisis de los casos/causas se propone aquí para re-pensar las prácticas e indisciplinarlas (Stolkiner <sup>148</sup>). A veces hay casos que quedan en la memoria, sin los detalles, pero en suficiente contenido como para sentir (no solo pensar) que el sistema no es suficiente, que no solo podemos pensar en "la culpa la tiene el sistema", o "el Ejecutivo", o "el Judicial" (en referencia a los poderes del Estado). Al Sistema lo hacemos cada uno de nosotros.

Otra idea que surge a modo conclusivo es la necesidad de diseñar abordajes en causas complejas a partir de investigaciones locales ya sea desde las instituciones de formación profesional y/o de los poderes judiciales y ministerios públicos, como actores prioritarios, aún más si pudieran ser de tipo interinstitucional.

# Presentación del caso

Edad del joven: 12 a 15 años (Desde la solicitud de entrevistas psicológicas en contexto judicial a la orden de traslado policial para su concreción.

<sup>&</sup>lt;sup>147</sup> El título surge de una frase escrita en el frente de una vivienda. Puede verse la foto al final del presente trabajo.

http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\_catedras/obligatorias/066\_s alud2/material/unidad1/subunidad\_1\_3/stolkiner\_interdisciplinas\_e\_indisciplinas.pdf

El adolescente en cuestión tenía 12 años cuando todo inició, aunque su historia de vida habría requerido el doble de edad para no ser un cimbronazo. Para este texto, será nombrado como "E."

Al principio y primero, llegó a mis manos como pedido de entrevista psicológica para todos los integrantes de la familia (madre, padre e hijos – varios) en un expediente de protección de menores, de modo que procedí como de rutina para efectuar las citaciones pertinentes. Las que ya habían tenido lugar por parte de otras colegas, antes de mi intervención, y con resultado infructuoso.

Con el paso de los meses ningún integrante de la familia concurrió así que eran frecuentes los informes de "No Concurrió" así como las reiteraciones del Juzgado oficiante hasta que se ordenó el traslado por personal policial. A raíz de esto decidí solicitar formalmente el expediente a fin de conocer la situación de base y contexto en el que debía evaluar. Por otra parte, hacía ruido en mí el uso de la fuerza pública para trasladar a un adolescente.

Leyendo el expediente pude conocer la situación socioeconómica de la familia y que un Trabajador Social estaba designado como acompañante del adolescente en cuestión, con la indicación de remitir informes mensuales sobre su acompañamiento.

Consideré que podía contactarme con aquel profesional al ser un nexo con la familia y así evitar el traslado por personal policial. Entonces, lo sugerí formalmente al Juzgado fundamentándolo en un análisis de la situación que decía (y sirve para el presente texto): "situación de riesgo de larga data y en aumento. Grupo y dinámica familiar escasamente continente y protectora. Lazo de cualidades positivas con la instancia judicial, y la posibilidad de asistir para la evaluación requerida, por medio del acompañante profesional designado". El pedido fue autorizado y nos lo comunicaron formalmente, a ambos profesionales.

Al momento de la sugerencia, lo actuado fue por análisis del expediente pero, habiendo obtenido autorización, pude confirmar el lazo judicial y afectivo establecido entre el joven y el profesional. Existía allí un vínculo de amistad y confianza con todo el grupo familiar; había, en aquel profesional, una figura parental. Se había constituido como referente para el grupo.

De aquel contacto, entonces, surgió una idea de intervención. El Trabajador Social hablaría y llevaría al joven a Tribunales (siempre que el mismo aceptara, pues no se obviaba su capacidad de elección). Esta era la forma más amigable para llevar a cabo el proceso de evaluación puesto que las condiciones del mismo se ven sumamente influenciadas si el contexto es hostil cuando intenta ser protectorio (se recuerda que había una problemática sociofamiliar y por ello se solicitaba la entrevista psicológica.

E. asistió a los primeros turnos en compañía del profesional y, luego, solo. Nos preocupaban las posibilidades económicas para pagar el pasaje pero el joven lo solucionaba, podríamos decir que allí estaba una forma de dignidad con un esbozo de implicancia personal en el proceso, no tan solo dejó de ser necesario reiterarle citaciones sino que él tenía voluntad para asistir. Cabe destacar que en este momento el joven ya tenía 15 años.

Durante las sesiones se hicieron entrevistas semi-pautadas sobre historia de vida, organización y dinámica vincular, familiar y social y se aplicaron pruebas psicológicas, concluyéndose el proceso con un proyecto de vida (que requirió mayor tiempo que cualquiera de los procesos anteriores). Durante las primeras entrevistas, solía estar presente, al inicio, el Trabajador Social, y luego se retiraba. Yo observaba que esto le preocupaba al joven aunque ya le habíamos explicado las características del proceso y que el profesional iba a estar afuera de mi oficina o en la oficina propia, a la que podía ir en cuanto quisiera. Con el paso de las entrevistas, E. fue desenvolviéndose con mayor autonomía y expresando pensamientos críticos y reflexivos, desafiantes para un sistema y/o sociedad timoratos. Su trato social para conmigo ya era diferente, en el lugar de trabajo motivaba miradas y escuchas atentas por cuanto sus modos y vestimentas no eran los socialmente (por la mayoría de la sociedad) valorados positivamente. Ante lo dicho, entiendo que debo precisar que el joven nunca fue irrespetuoso, solo me demostraba aceptación y respeto con los modos y formas empleados en el grupo de pares. Podríamos decir que yo ya estaba, simbólicamente, pudiendo participar de otros grupos sociales, aunque físicamente estaba en el ámbito laboral: judicial.

Al tiempo, un Juzgado de Menores requirió un informe psicológico, el que no se hizo esperar por cuanto ya habíamos logrado (para el fuero civil<sup>149</sup>) que E. asistiera a las entrevistas. La intervención en esta causa se dio por acuerdo entre las peritos, ya que no correspondía (por la organización interna) que yo lo atendiera. A raíz de esta intervención, pude saber que desde hacía un año, el mismo Juzgado estaba solicitando informes, y el joven tampoco había concurrido a las citaciones.

# Involucrado en causa penal

\_

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> La compulsa de expedientes no era una cotidianeidad por criterios propios suficientemente fundados. Procuraba hacer una evaluación psicológica desde las entrevistas y pruebas psicológicas que administraba, sin influencia posible de los hechos denunciados en la causa. Sin embargo, en este caso la compulsa fue necesaria, aunque no del modo pensado ya que pude saber de una de las medidas ordenadas que tanto aportó al logro de lo ordenado (entrevistas psicológicas) sin que fuera necesario el traslado policial.

E. había sido denunciado primero en una causa por Allanamiento (con, al menos, ocho personas entre mayores y menores de edad) luego junto a uno de sus hermanos por Lesiones y Daños en perjuicio de personal policial.

La causa en la que se le otorgó el Beneficio de Suspensión del Juicio a Prueba (Art 76bis del Código Penal) era Robo en calidad de Co-autor (para este momento, E. ya estaba próximo a cumplir los 18 años de edad). Similar situación atravesó su hermano, con la excepción de la intervención de una Asesoría de Menores, por cuanto era mayor de edad y por la orden de Libertad, ya que estaba detenido.

Ninguno de los hermanos cumplió con la totalidad de las medidas ordenadas y, quien había sido puesto en Libertad, murió al cabo de un tiempo (homicidio), su hermanos (para este momento contaba con 18 años recién cumplidos) se mostró indiferente, frío, como resignado ante la muerte de quien había sido un gran compañero y hermano, un referente.

Al presente no sé cómo continuó su historia. La que narré parece anticipar que continuará como vino. Pero ya no hay acompañantes, ya no estamos los que quisimos pensar un proyecto con él, al que llamó "proyecto E. 2016", allí había escrito que quería ir a la escuela, cuidar su salud (hasta aquí no les dije que presentaba problemáticas de consumo y autolesiones) y cuidar a la familia (en la época del proyecto tenía 15 años y sus deseos eran cuidar a la familia.

Por el ejercicio profesional en el ámbito judicial ya asistí a homicidios de los imputados que yo había evaluado alguna vez, a intentos de homicidio en perjuicio de quienes habían sido víctimas de violencia y a abusos que quise prevenir. Nunca es suficiente lo que hacemos, pero no podemos dejar de hacer todo lo necesario, dejar de pensar la práctica profesional con otros. Con el caso en cuestión, ya transcurrieron seis años.

# <u>Prácticas In- inter -disciplinarias y necesidad de funcionarios judiciales</u> <u>con ánimo de pensamiento flexible.</u>

Lo que pudimos hacer en el marco de la causa de Protección de Menores fue porque todos los intervinientes en la causa re-creamos un abordaje. Pudimos dialogarlo, pensarlo, autorizarlo. Una decisión del fuero de familia posibilitó un informe también para el fuero penal.

El abordaje diseñado hizo esto: "hacerle lugar al sujeto sin alterar la forma estandarizada" (Helena Lunazzi, 2018).

La Dra. Aída Kemelmajer tomó a Edgar Morin durante un curso<sup>150</sup> y, en su análisis, dijo: "la gente que hace derecho no está acostumbrada a enfrentar las

\_

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> Ver <a href="https://www.youtube.com/watch?v=NlisreX-Nz4">https://www.youtube.com/watch?v=NlisreX-Nz4</a>. Recuperado el 09/09/2018. Responsabilidad Penal y Juvenil. Mendoza, 16 de junio de 2015 Presentación del Dr. Omar

incertidumbres, nos han educado para la certidumbre: esta es la ley, dice tal cosa, este es el hecho, lo mete dentro de la norma y sale, como el chorizo, la sentencia".

Casos como el relatado, cuya lectura aquí pudo haber motivado el recuerdo de otros más, es trabajar con lo in-esperado, con las incertidumbres. Podemos esperarlo en el contexto socioeconómico actual, aunque cierto es que nunca sabremos con exactitud (certeza diría E. Morin tomado por la Dra. A. Kemelmajer<sup>151</sup>) cómo ocurrirán los hechos posteriores a nuestra intervención. Continuando con la Dra. Kemelmajer, ella expresó "el tiempo en las relaciones,

especialmente en los niños y los adolescentes, es fundamental" y es que efectivamente los tiempos de la justicia no son los tiempos subjetivos (frase dicha con cierta frecuencia) y en el caso relatado ocurrió, sin contar que parte de la intervención fue llevada con una feria judicial de por medio y la causa no pudo trabajarse durante ella.

El aparato judicial no tiene que ser la acepción negativa del primer término. Puede ser la ocasión de un trabajo in-inter-disciplinado. Entre todos sus actores podemos diseñar las modalidades de abordaje que nos permitan cumplir con la función. Hacer amigable el texto judicial, la orden judicial. Porque los y las jóvenes con quienes trabajamos no son nosotros, tienen otros recorridos de vida. Las autoras Corea y Duschatzky (2009) escribieron un libro de sumo interés, titulado "Chicos en banda", allí, luego de una investigación con adolescentes, dijeron que los ritos, las creencias, el choreo y el faneo son territorios donde se constituyen subjetivamente.

Nosotros, probablemente, no hayamos pasado por aquellas experiencias o territorios de constitución subjetiva (es necesario leer el texto para una comprensión cabal del término "territorio"), ni tampoco haber pensado nunca en ser ladrones/as, rateros/as, violadores/as, asustadores de abuelos/as indefensos/as ni asesinos/as, ni "cirquear" 152 como medio de vida, así tampoco los/as jóvenes con los cuales trabajamos, en eso ya somos parecidos y podríamos identificarnos. Que quienes cometen estos hechos generan dolor y daño emocional, lo generan, no hay discusión en ello. Que una mera sanción judicial no generará el cambio buscado, tampoco puede discutirse. Necesitamos más, más in-inter-disciplinas.

¿Por qué in-inter-disciplinas? Porque cada vez necesitamos mayor conocimiento para una intervención pertinente en, ante y con las temáticas que

Palermo, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza Conferencia Inaugural de Aída Kemelmajer de Carlucci

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup> La Dra. Toma al autor Edgar Morin, texto "Los siete saberes necesarios para la educación del futuro" (1999). Se lo puede consultar en:

http://www.ideassonline.org/public/pdf/LosSieteSaberesNecesariosParaLaEdudelFuturo.pdf

<sup>&</sup>quot;cirquear": término vulgar que significa salir a dar vueltas y ver qué pasa. Lo que pasa depende y está sujeto a la ocasión y oportunidad. No tiene un fin en sí mismo.

trabajamos, porque no podemos incorporar todos los conocimientos que necesitamos, porque cada vez desde distintas especialidades están pensando sobre las temáticas que vemos judicializadas y porque siempre estamos allí convocados/as, para poner orden donde parece no haberlo (por lo menos el orden que considera el que solicita la intervención de la Justicia.

# "MÁS QUE UNA BANDA, UNA FAMILIA" 153

A veces la familia se encuentra en la "banda", o en el Poder Judicial. Ambos pueden ser la ocasión para construir vínculos afectivos, de referencia e identificación, de contención y protección, de subsistencia afectiva y económica (subsistencia, no satisfacción plena de necesidades). Nosotros podemos hacer que un poder judicial sea amigable. No somos amigables cuando ordenamos o decimos lo que informaremos cuando esto es contrario a las expectativas de las personas con las cuales trabajamos, pero lo debemos hacer (por ejemplo a quien nos ha brindado días y días de entrevistas). Para un/a adolescente cuya historia de vida transcurre a la sombra de lo normado legalmente (porque sus grupos de pertenencia también tienen códigos/normas) la Ley no es más que aquello de lo que debe huir, aquello que no lo abarca, no lo integra, ni incorpora, sino que lo segrega, y en un Instituto. Esas visiones son necesarias deconstruirlas en el sentido derridiano, para no naturalizarlas.

En una oportunidad en que me trasladaba en un vehículo oficial (esto en una causa distinta a la del caso) ví a un niño que estaba jugando en el suelo, él al verme se levantó, me miró y subió los brazos, como cuando un policía grita "arriba las manos". Aquella vez fue hace mucho tiempo, fue desgarrador que un niño levantara sus brazos ante mí. Para ese niño yo fui un peligro. Yo no integro ninguna fuerza policial, mi vestimenta no lo indica ni sugiere, el vehículo oficial tampoco pero, su forma y color, su modelo, está asociado y ello es también un tema a considerar.

Para quienes toman decisiones al respecto, cuando hablamos de Justicia Juvenil Restaurativa, también debemos pensar en los efectos simbólicos de los recursos que empleamos, porque estos calan más hondo en la psicología humana, la representación que tienen de nosotros en la sociedad no es necesariamente buena y también debemos deconstruirla. Repensar los recursos también debe estar en agenda.

La interdisciplina también protege al equipo de los organismos judiciales, nos hacemos equipo, muchas veces mientras trabajamos y eso es importante ante la complejidad de las problemáticas que son judicializadas.

-

 $<sup>^{153}</sup>$  Ver foto que acompaña al final de texto.

La autora Alicia Stolkiner diría en 1987 (y pese al tiempo transcurrido, es vigente), que la interdisciplina nace de la indisciplina de los problemas. El trabajo en el contexto jurídico se desarrolla en un contexto de indisciplina, puede continuar en base a la interdisciplina y poner orden allí donde parece no haberlo. Cuando la justicia es requerida, lo es porque "alguien" (vecino/a, personal de instituciones públicas, integrante de la familia, funcionario/a judicial, operador/a, etc.) nos dice que algo no está bien.

Las autoras Corea y Duschatzky (2009) nos permiten leer en la contratapa de su libro: "pero los chicos también viven en banda, habitan en esas redes inventadas, construidas, sostenidas las durísimas condiciones que los atraviesan. Las bandas de los chicos son universos en los que se sufre, se piensa, se arman lazos y constituyen territorios de experiencias subjetivas. Aun cuando viven en un terreno de declinación institucional, los chicos habitan sus bandas".

# A modo conclusivo...

La idea de este trabajo fue y es reflexionar en torno al devenir de causas civiles de familia en causas penales. La idea de este trabajo es resaltar/recordar la necesidad de trabajar profundamente en las causas de familia, innovando formas de intervención, aún cuando no existan protocolos o formatos similares, sino guiados por los marcos normativos y éticos específicos de cada profesión, los cuales por fuerza deben ser armónicos con las Leyes de nuestro país (pienso en la Argentina, pero a los efectos de este Congreso, pienso en cada uno de nuestros países). El compromiso ético con la profesión y función puede aportarnos la luz necesaria para iluminar el contexto en el que nos tengamos que desempeñar, sabiendo que cada causa penal con adolescentes, más allá de un delito, implica (no imputa únicamente) a un niño/a, a un/a joven, en suma a una persona que no eligió ni proyectó vivir ni mostrar lo que nos impone como presencia. Recuerdo en este momento la letra de una murga, del grupo Agarrate Catalina", denominada La violencia 154. Uno de sus fragmentos dice "Yo soy el error de la sociedad, soy el plan perfecto, que ha salido mal. Vengo del basurero que este sistema dejó al costado, las leyes del mercado me convirtieron en funcional". La letra es extensa, quien la conoce y trabaja en el ámbito jurídico puede percibir una referencia directa al terreno laboral, esos son los contextos con los que trabajamos y en estos contextos podemos recrear las intervenciones, no contar con un protocolo de actuación (por ejemplo interinstitucional, interdisciplinario, etc.) no es excusa ni motivo para el nohacer. Y cuando ya los tenemos tampoco son la excusa para reproducir

<sup>154</sup> https://www.musica.com/letras.asp?letra=1936380

actuaciones olvidando la singularidad de los casos/causas que se nos imponen. Arriba dije que la letra del tema "La Violencia" nos puede remitir a nuestro contexto laboral, contexto en el que podemos siempre recordar que hay personas y familias, hay afectos, vínculos, encuentros y desencuentros vinculares constituyendo las historias de vida de los/as imputados/as en una causa penal, si continuara con la canción mencionada, tomaría este fragmento: "Pasa mi vida entera como un tornado escupiendo sangre, manga de hijos de p\*\*\* me dieron justo en el corazón".

Apostar al trabajo crítico, reflexivo e investigativo es igualmente pertinente. Apostar al trabajo interinstitucional junto a las universidades es imperioso para el análisis de la información urgente que deba constituir protocolos de actuación y no solo repetición de modos de hacer a veces descontextualizados. El trabajo desarrollado por la Mgtr Liliana Muñoz <sup>155</sup> constituye un ejemplo.

Los cambios necesarios siempre están propiciados desde un espacio anterior en el que estuvimos, entiéndase la familia, la escuela, el grupo de amistades, espacios socio-recreativos, instituciones de formación profesional (universidades, terciarios, etc.) y hasta laborales previos al judicial. Aquellas experiencias deben ser capitalizadas y las instituciones de formación profesional son las que cuentan con una gran responsabilidad también, así como nuestros poderes judiciales y ministerios públicos, apostando al desarrollo de investigaciones locales que sustenten los protocolos que surjan e, inclusive, las leyes que la sociedad requiera/e.

Si hablamos de Responsabilidad Penal Juvenil, también debemos recordar a la par, la Responsabilidad de la sociedad. Aquella responsabilidad social guarda relación (además de las capacitaciones profesionales) con los sistemas de ingreso al ámbito laboral, siendo el sistema de concurso y/o la experiencia profesional, académica y laboral previas (ambas) plenamente comprobables, las formas mínimamente éticas.

A veces se dice que el último recurso debe ser la internación o detención, pues el último recurso también debe ser la conducción policial.

-

<sup>&</sup>lt;sup>155</sup> Mgter. L. Muñoz, Mgter. Mónica Valgañón, Lic. Agustina Ferrandiz, Lic. Paula Quiroga, Lic. Carla Cintas, Lic. Florencia Yanardi. 2018. "Respuesta a la infracción penal de NNA alternativas al proceso penal y a las sanciones. eficacia de los sistemas de protección. sanciones privativas de la libertad y sanciones no privativas de la libertad. propuestas".



Foto tomada por quien suscribe, y que da origen al nombre del texto, en un barrio de la Provincia de Salta – Argentina. Fecha 07/09/2018.

# Material de consulta

- Duschatzky, S. y Corea, C. (2009). CHICOS EN BANDA. Los caminos de la subjetividad en el declive de las instituciones. 1° ed. 6° Reimp.- Buenos Aires. Argentina. Paidós.
- Muñoz, L. y otros. Respuesta a la infracción penal de NNA alternativas al proceso penal y a las sanciones. Eficacia de los sistemas de protección. Sanciones privativas de la libertad y sanciones no privativas de la libertad. Propuestas". En Libro ponencias IX Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y familia / Elina Criado. [et al.]; compilado por Paola Sabrina Iturrieta; dirigido por María Amanda Fontemachi; editado por Paola Sabrina Iturrieta. 3a ed compendiada. Mendoza. ALAMFPYONAF, 2018. Libro digital, PDF.
- Kemelmajer, A. Conferencia Inaugural Responsabilidad Penal y Juvenil.
   Mendoza, 16 de junio de 2015 Presentación del Dr. Omar Palermo, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Recuperado <a href="https://www.youtube.com/watch?v=NlisreX-Nz4">https://www.youtube.com/watch?v=NlisreX-Nz4</a>. Recuperado el 09/09/2018.
- Lunazzi, H. 2018. Relectura del Psicodiagnóstico, volumen 2: La Clínica de la Pantalla y la Evaluación Terapéutica. Buenos aires. Argentina. Editorial Lugar.
- Stolkiner, A. Interdisciplinas e Indisciplinas.
- http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\_catedras/ obligatorias/066\_salud2/material/unidad1/subunidad\_1\_3/stolkiner\_interdisci plinas\_e\_indisciplinas.pdf Recuperado 09/09/2018.

# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

Murga Agarrate Catalina. La Violencia. Recuperado en 24/09/18
 <a href="https://www.musica.com/letras.asp?letra=1936380">https://www.musica.com/letras.asp?letra=1936380</a>

Marco Normativo Legal

• Código Penal de la Nación Argentina.

"ADICCIONES Y CONSUMO RESPONSABLE EN MUJERES
ADOLESCENTES Y EMBARAZADAS TRAS LA FALTA DE CONTROL EN
LA ATENCIÓN PRIMARIA DE LA SALUD Y LA FALENCIA EN LOS
ORGANISMOS DEL ESTADO"

Lic. Rosa Irene Chaves Kaplan

Adicciones y consumo responsable en mujeres adolescentes y embarazadas tras la falta de control en la atención primaria de la salud y la falencia en los organismos del Estado. Se da como paradigma en todos los países de Latinoamérica, estos organismos que dependen siempre del Poder Ejecutivo y funciona en todos los países de América Latina. Con muchas falencias en los países de Argentina, Paraguay, Colombia, Chile y con un consumo no responsable en Paraguay y Colombia, ya que se percibe una gran falta de políticas de Estado para crear el consumo responsable. Argentina, en la lista mundial se encuentra en el puesto 14 y es el primer puesto de Latinoamérica. Le sigue Uruguay en la posición 32.

Argentina se sitúa por delante del resto de países de Latinoamérica en cuanto a la tendencia al consumo de drogas, alcohol, tabaco y la afición al juego, sobre la propensión a los malos vicios.

Argentina se sitúa en el puesto número 14 mientras que el siguiente país latinoamericano de la lista, Uruguay, se encuentra en la posición 32.

Más abajo encontramos a Brasil y República Dominicana, en las plazas 43 y 44 respectivamente, y a continuación a Paraguay (47) y Ecuador (48).

Estos datos han sido recogidos por la Organización Mundial de la Salud, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Tabaco. Según los datos del estudio, en Argentina los niños, adolescentes y mujeres embarazadas fuman de media al año 842 cigarrillos,

Alcohol. En cuanto al alcohol la media anual en Argentina se sitúa en 5,35 litros por niños y adolescentes. En esta categoría, los brasileños ganan a los argentinos (6 litros)

Drogas. La presencia social de las drogas en Argentina, que incluye el consumo de anfetaminas, cannabis, éxtasis, opiáceos y cocaína,

promedia un 11,09 por ciento, con el cannabis (7,2 %) y la cocaína (2,6 %) en cabeza. Estas cifras hasta 2013, ahora cada día en aumento.

Las estadísticas están sacadas de los últimos informes de O.P.S. (Organización Panamericana de la Salud) y de estos datos han sido recogidos por la Organización Mundial de la Salud, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y Global Betting and Gaming Consultants.

Cuando una mujer consume drogas durante el embarazo se producen ciertos riesgos para su salud, para el feto o en el niño por nacer. El aumento de riesgo de aborto, el bajo peso al nacer o el síndrome de abstinencia en él bebe. Todos estos son alguno de los síntomas.

Hablamos de consumo de substancia estupefacientes que pueden afectar la fertilidad tanto masculina como femenina. Pero si finalmente se logra el embarazo hay que saber que las drogas pueden malograrlo de diversas formas, como de hecho el síndrome de abstinencia, ya que la mamá{a durante todo el embarazo transmite al feto o niño por nacer, ya sea drogas, alcohol, substancias nocivas contenidas en el cigarrillo a través del cordón umbilical y el sistema sanguíneo. Lo mejor es dejar de lado el consumo de estas substancias durante el embarazo y después del mismo para poder amamantar al niño normalmente, porque si no corremos el riesgo de que al nacer él bebe pase a la neo con un síndrome de abstinencia, etc. y al amamantar al bebe, este corre riesgo de contraer diabetes y otras enfermedades.

# ¿Qué sustancias consumen?

En la actualidad hay una gran variedad de estupefacientes a nuestro alcance. Entre ellos, los que más consumen los adolescentes son:

- Alcohol (cervezas, cócteles, vino, etc.)
- Tabaco (cigarrillos)
- Cannabis (marihuana o hachís), comúnmente denominada porro, maría,
   hierba, peta, canuto, etc.
- Anfetaminas, como el éxtasis o el MDMA (3,4-metilendioximetanfetamina)
- Ketamina, un inhibidor anestésico

– GHB (gamma hidroxibutirato), comúnmente conocida como la droga "viola fácil"

En general, el consumo de alcohol y estupefacientes entre los jóvenes es consecuencia de factores sociales, como la necesidad de complacer a los coetáneos. También existen factores psicosociales, como la búsqueda de sensaciones, el deseo de transgredir, además de la necesidad de sobrellevar sentimientos de angustia o emociones negativas.

Sin embargo, todo esto expone a los adolescentes a la adicción. Un estudio, llevado a cabo en 2003, demostró que los adolescentes que consumen cannabis o alcohol, corren el riesgo de desarrollar dependencia a estas sustancias en la edad adulta. Los resultados de esta investigación probaron que un 32% de adultos jóvenes que padecían alguna dependencia, especialmente ligada a cannabis, cigarrillos o alcohol, ya consumían estas sustancias durante la adolescencia.

## **Alcohol**

El consumo de alcohol representa un caso especial. Esta sustancia psicoativa se considera droga porque puede provocar dependencia, estimulación y depresión del sistema nervioso central. Aún así, mientras que otras drogas son ilegales, el alcohol, al igual que el tabaco, todavía es una droga legal. Es por ello que ninguna ley prohíbe su adquisición o consumo. Y, si bien en la mayoría de los países está prohibida su venta a menores, los adolescentes lo consiguen con facilidad en fiestas, gracias a amigos o parientes mayores.

# **Estadísticas**

En la mayoría de los casos, las primeras experiencias con las drogas se producen en la adolescencia, sobre todo con las drogas legales como el alcohol o el tabaco, seguidas del cannabis, que se considera una droga blanda. En 2009 la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) estimaba que entre 149 y 272 millones de personas, en edades comprendidas entre los 15 y los 65 años, habían consumido sustancias ilegales al menos una vez en su vida. En 2001, la OMS (Organización Mundial de la Salud), la UNESCO y UNICEF indicaron un claro aumento en el número de jóvenes de entre 14 y 18 años que consumían drogas (9,5% en 2007). Según un estudio mundial más reciente, publicado en 2012, los chicos de entre 13 y 15 años parecen ser más propensos al consumo de drogas que las chicas. Los índices más altos de consumo de drogas en adolescentes se registran en países de América Latina y el Caribe.

Entre el año 2012 y el 2018 en Mendoza se ha incrementado un 34% el consumo de sustancias en niños, niñas y adolescentes. En Argentina dicho porcentaje asciende al 60%.

# Consecuencias del consumo excesivo de drogas

La adolescencia se caracteriza por el exceso y esto se refleja en el consumo de alcohol y estupefacientes. Se podrían nombrar, por ejemplo, tendencias tan peligrosas como el consumo intensivo de alcohol, comúnmente llamado botellón (o binge drinking en inglés), cuyo objetivo es alcanzar rápidamente un estado de embriaguez, mediante un consumo puntual y excesivo.

Además de que puede crear dependencia, el consumo excesivo de drogas conlleva graves consecuencias y expone a los jóvenes a peligros numerosos y nada desdeñables. Ante todo, afecta directamente al desarrollo, puesto que el adolescente todavía no ha alcanzado la vida adulta. El desarrollo físico y psíquico todavía está en proceso y el uso de drogas puede tener un efecto negativo en el crecimiento. En concreto, la intoxicación crónica retrasa el funcionamiento cerebral debido a las modificaciones permanentes que sufre el cerebro.

Otras consecuencias podrían incluso ser mortales. Unicef declara que cada año fallecen 1,4 millones de jóvenes de entre 10 y 14 años. Las causas de muerte más frecuentes son los accidentes de tránsito y las caídas (en montañas, piscinas vacías, etc.) posteriores al consumo de alcohol y otras drogas. Además, el consumo de drogas puede llevar a cometer suicidio, ya sea por sobredosis o por inducción al acto.

Otra consecuencia nociva derivada del consumo de drogas es el riesgo de contraer VIH/SIDA, cuyas causas son la utilización y/o intercambio de jeringuillas contaminadas, o las prácticas sexuales de riesgo sin ninguna protección contra las ETS (enfermedades de transmisión sexual).

# **Acciones preventivas**

Desde la óptica de protección del estado de bienestar y del interés superior del menor, nos encontramos ante un problema que requiere la intervención de los Estados y de la sociedad, siempre dentro de los límites del respeto y la aplicación de la Convención internacional sobre los derechos del niño y de la niña. El Comité de los Derechos del Niño recomienda, por tanto, que los Estados firmantes respeten ciertos artículos contenidos en la Convención a la hora de poner en práctica medidas que sean eficaces. Entre ellos destacan:

# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

- Las leyes, políticas y programas de prevención contra el abuso de alcohol, tabaco y otras sustancias nocivas (art. 24 and 33)
- Limitar el acceso al alcohol y estupefacientes (art. 29) mediante programas
   "de rechazo de venta a menores", por ejemplo
- Prohibir la promoción de sustancias como el tabaco y el alcohol, sobre todo entre un público tan vulnerable como el de la infancia y la adolescencia (art. 17)
- Proporcionar información fiable a los adolescentes para proteger y preservar su salud, de donde nace la necesidad de que exista una estrecha colaboración con los medios para promover y divulgar campañas antidroga.

Se hace un llamamiento especial a los adultos, especialmente a los padres de familia, para que creen un entorno favorable con los jóvenes, en el que haya un diálogo abierto y positivo basado en la escucha, la comprensión y la comunicación. Una buena red profesional, un círculo fiable de amigos y un ambiente familiar estable, son factores de protección indispensables para que, entre los jóvenes, exista una óptima recepción de las campañas de prevención.

# Adicciones en los niños y adolescentes: ¿cuáles son las más comunes?

Cuando hablamos de adicciones, podemos referirnos a adicciones en la que hay por medio una sustancia, (las drogas por ejemplo) o las adicciones "sin sustancia", (al juego, al ordenador, alimentos...). En edad infantil, las adicciones suelen referirse al uso de tecnologías y no tanto de sustancias, y en la adolescencia ya hablamos a las adicciones por consumo de sustancias.

Con niños pequeños, de primaria, lo que preocupa a los padres es la "adicción o dependencia de sus hijos con las tecnologías y los videojuegos. En la actualidad muchos padres están preocupados porque piensan que sus hijos están "enganchados" al móvil, a la tablet....y nos preguntan si es posible que tan pequeños, puedan ser "adictos" a ellos. "Mi hijo se levanta por la mañana y lo primero que hace es coger la tablet o pedirme el móvil" " Se pasa horas jugando" "Si le quito el móvil se enfada, grita y se pone hecho una furia" son algunas de las preocupaciones que nos transmiten muchos padres.

En adolescentes, además de las anteriores, está el temor a las adicciones a sustancias.

# Diferencia entre uso, abuso, dependencia y adicción

Hay que diferenciar entre uso, abuso, dependencia y adicción. La adicción sería el último peldaño de un proceso.

Uso: Entendemos por uso aquel tipo de relación con las drogas o las tecnologías en el que, bien por su cantidad, por su frecuencia o por la propia situación física, psíquica y social del sujeto, no se detectan consecuencias inmediatas sobre el consumidor ni sobre su entorno.

Abuso: Entendemos por abuso aquella forma de relación con las drogas en la que, bien por su cantidad, por su frecuencia y/o por la propia situación física, psíquica y social del sujeto, se producen consecuencias negativas para el consumidor y/o su entorno.

Dependencia: Estado en el cual el adicto debe continuar consumiendo la droga para evitar los síntomas que resultan de la abstinencia.

Adicción: La adicción se define como una enfermedad crónica y recurrente del cerebro que se caracteriza por la búsqueda y el consumo compulsivo de drogas, a pesar de sus consecuencias nocivas. Se considera una enfermedad del cerebro porque las drogas modifican este órgano: su estructura y funcionamiento se ven afectados. Estos cambios en el cerebro pueden ser de larga duración, y pueden conducir a comportamientos peligrosos que se observan en las personas que abusan del consumo de drogas.

# Cuándo comienzan las adicciones en los niños

Esta es una pregunta a la que no podemos contestar con rotundidad y establecer una edad crítica o clave. Que una persona desarrolle una adicción depende de muchos factores, (personales, sociales, contextuales) y del tipo de adicción, (no es lo mismo una adicción a las tecnologías que al alcohol o las drogas) por lo que no podemos decir, a los 5 años, o a los 15.

En el caso de las tecnologías, de acuerdo con estudios realizados en España, la adicción a las nuevas tecnologías inicia a los 7 años. En el caso de la adicción a sustancias, la adolescencia suele ser la edad de comienzo.

# ¿Qué podemos hacer los padres si nuestro hijo tiene una adicción?

- No se trata de demonizar su uso pero sí de establecer unas pautas en su utilización. Las pantallas por sí mismas no causan problemas, es la falta de educación en su uso lo que causa adicción en los niños, con las repercusiones que esto tiene en su desarrollo, (problemas de sueño, ansiedad, problemas atencionales, etc)

- Es importante, en el caso del uso de tecnologías, que los padres establezcan unas pautas claras en su uso. Poner unos límites, unos tiempos de uso de tablets, videojuegos, móviles y facilitar o favorecer la realización de actividades en los niños, como el deporte, juego al aire libre, talleres etc...
- No debemos olvidar que debemos dar ejemplo, así que los padres también deberemos moderar su uso.
- Es importante tener en cuenta que los niños, cuando son pequeños no tienen capacidad de autorregularse o de controlar sus impulsos, y somos los adultos, los padres los que debemos "enseñar" o regular a nuestros pequeños.
- Aprender a tolerar la frustración y a controlar los impulsos es un aspecto esencial en la prevención de las adicciones. Y en ese aprender a tolerar la frustración, la existencia de normas, límites y la gestión de las emociones son aspectos fundamentales.
- La prevención es fundamental: Un factor de protección o de prevención muy importante, es el factor personal. Una buena autoestima, la confianza en uno mismo, en su entorno, una buena comunicación padres hijos, habilidades sociales y de resolución de conflictos, inteligencia emocional y gestión de emociones, control de impulsividad.... Estas habilidades o factores de protección se desarrollan fundamentalmente en el hogar, desde el nacimiento del niño podemos decir, aunque la escuela y el entorno también tienen un papel fundamental. Además, está la prevención a nivel "educativo" que se hace desde las escuelas y centros escolares o desde las instituciones, informando y educando.

# ¿Qué debemos hacer si creemos que nuestro hijo tiene una adicción?

Si pensamos que nuestro hijo, niño o adolescente, tiene una adicción, debemos acudir al profesional adecuado para que nos oriente y asesore y en caso que sea necesario realice la intervención adecuada o nos oriente y derive a los profesionales adecuados, especialistas adicciones.

# **Síntesis**

Tal como expresa el Dr. Eduardo Mario Bustos Villar en los determinantes de la Salud y Desarrollo Social aprobados por la OPS y la ONU, el abordaje de la salud pública y el desarrollo, social y educativo, debe tomar en cuenta todas las condiciones que hacen a la vida de los sujetos sociales, y por esa razón es que debe incluir necesariamente el desarrollo de políticas que tiendan al mejoramiento del medio ambiente, de las condiciones de vivienda, de la calidad

educativa y del trabajo digno. En consecuencia, el abordaje de las políticas sanitarias no debe ser patrimonio exclusivo de las carteras de salud, sino que debe integrar a todos los organismos del estado y de la sociedad civil. Ya que los determinantes de la salud rigen y están aprobados por O.P.S. y O.N.U., que son utilizados en todos los países de Latinoamérica con aplicación obligatoria de la Asamblea de las Naciones Unidas en los países adheridos.

Argentina logró incorporar a las prioridades establecidas por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) para los próximos años la importancia de los determinantes de la Salud.

La OPS incorporó a los determinantes sociales de la salud en su Plan Estratégico 2014-2019.

La necesidad de abordar las inequidades en salud con un enfoque que vaya más allá del sector se planteó por primera vez en la Declaración de Alma-Ata de 1978 y después en la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud de 1986. Desde entonces, ha habido un movimiento mundial para investigar los determi-nantes de la salud, las causas de las causas de las inequidades en la salud, e influir en ellos.

La Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS) concluyó en 2008 que las condiciones sociales en las cuales una persona nace, crece, vive, trabaja y envejece son los determinantes más importantes del estado de salud.

Este enfoque se ha convertido en un compo-nente importante de la agenda de salud mundial y regional. Algunos indicios de ello son la participación activa de delegaciones oficiales en la Conferencia Mundial de 2011 sobre los Determinantes Sociales de la Salud, que contó con la presencia de 120 Estados Miembros de la OMS; la ratificación de la Declaración Política de Río sobre los determinantes sociales de la salud por la Asamblea Mundial de la Salud en la resolución WHA65.8; El futuro que queremos, documento aprobado durante la Conferencia Río + 20, en el cual se colocaron la salud y sus determinantes sociales entre los pilares del desarrollo sostenible; y la adopción de un enfoque de determinantes sociales de la salud en la definición de objetivos y metas para la agenda de desarrollo sostenible después de 2015. (Rev Panam Salud Publica 34(6), 2013).

# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

Recientemente, Argentina logró incorporar a las prioridades establecidas por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) para los próximos años la importancia del trabajo sobre los determinantes sociales de la salud, centrados en las personas como sujetos de derecho y protagonistas de la transformación de su propia comunidad.

La decisión fue adoptada a partir de una propuesta que realizó el viceministro de Salud de la Nación, Eduardo Bustos Villar, durante la reunión del Grupo Consultivo de Países sobre el Plan Estratégico 2014-2019 de la OPS, desarrollada el 1 de mayo de 2013.

Las carteras ministeriales en Educación, Salud, Desarrollo Social, Deportes, Seguridad, Gobierno y Poder Judicial, como Legislativo deberán trabajar en redes, para llevar a cabo el consumo responsable y cumplir con los principios establecidos por la O.P.S. y O.N.U.. Por ello, en mi humilde opinión, este tema de adicciones y consumo responsable debería depender como en épocas anteriores, del Poder Judicial, trabajando en Red con los todos los organismos que abarcan las problemáticas de niños, niñas y adolescentes.

Buscar información: http://aidef.org/wp-content/uploads/2017/10/Manual-de-aplicacion-de-las-100-Reglas.pdf



# "TITULO DE PONENCIA "MEDIACIÓN PENAL JUVENIL Y LA INELUDIBLE INTERVENCIÓN DE PROFESIONALES CON FORMACIÓN INTERDISCIPLINARIA: LICENCIADOS EN NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA"

# Autores: Maria Amanda Fontemachi - Ignacio Ismael Bianchi Resumen

La presente ponencia tiene como propósito analizar la mediación penal juvenil a la luz de la normativa internacional y especialmente del "Protocolo en mediación penal juvenil restaurativa y acuerdos surgido del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos" que resolvió con fecha 19 de Setiembre del corriente año aprobar el mismo y su anexo

El mismo procura constituir una herramienta de trabajo a nivel federal para la aplicación de novedosos medios de resolución de conflictos en las distintas jurisdicciones del país como así también un instrumento de sensibilización de los operadores involucrados.

Luego de analizar lo que requiere el protocolo respecto de la mediación y el/la o los/as mediadores/as y que es necesario para una intervención eficaz concluyo que los que deben intervenir tienen que tener formación en la especialidad, interdisciplinaria y especialmente saber trabajar en interdisciplina, siendo la profesión que reúne estos requisitos en mejor forma los "Licenciados/as en Niñez Adolescencia y Familia" proponiendo abrir las mentes y las oportunidades a quienes están mejor preparados, dejando de lado la discriminación que actualmente se produce al elegir para la función a una o dos profesiones como por ejemplo en la Provincia de Mendoza, donde no hay ley, pero si Acordadas de la SCJM y la LEY de creación de los cargos que discrimina asignando esta tarea solo a los abogados, con la participación auxiliares de psicólogos y en algunos casos de trabajadores sociales, **por eso mi propuesta es** a fin de lograr una mayor aplicación de las respuestas restaurativas es:

- 1.- Propiciar la capacitación en justicia juvenil restaurativa y en la solución del conflicto como primera estrategia para llegar a la paz social y la inclusión de los adolescentes en conflicto con la ley
- 2.- Que esta mediación penal juvenil, sea llevada a cabo por profesionales que como los licenciados en niñez adolescencia y familia, están preparados integralmente en las distintas ciencias, tienen la motivación, la especialidad y sensibilidad necesarias
- 2.- Reformar la legislación que limita a una o dos profesiones esta función

## I.- Introducción:

La Justicia Restaurativa, comprende un conjunto de prácticas y programas que apuntan a reforzar la responsabilidad del adolescente, restaurar a la víctima y "reintegrar" al infractor permitiéndole restablecer vínculos con la sociedad -a la que también se considera dañada con el ilícito y constituye una filosofía, una actitud, un modo de pensar y un nuevo paradigma en cuanto a la forma de enfrentar el delito desde la perspectiva de la víctima, del infractor y de la comunidad especialmente cuando se trata de adolescentes en periodo de formación por ello considero tan importante que se pueda llegar a estas respuestas valorando la importancia de la responsabilización tanto individual como colectiva, el acercamiento de las partes involucradas, sin restringir tanto los casos, por situaciones personales o delitos, sino que se debe tener la mente abierta al objetivo, tener en cuenta la voluntad y la posibilidad de llegar a un acercamiento sin presiones teniendo presente estas soluciones creativas y reparadoras, apuntando al aprendizaje para el futuro como consecuencia mediata.

En nuestra legislación local se prevé el principio de oportunidad como una salida \_anticipada al proceso. Se ha practicado la mediación pero no en la medida deseada, en mi jurisdicción debido a restricciones que pusieron quienes tenían que aplicarla, al no existir una ley que lo prevea.

Otro tema que llevo a debate es quienes deben practicarla, por supuesto especialistas, pero ¿de qué ciencia? En principio se prevé con abogados, pero sabemos que en otros lugares como Holanda, Suiza etc la practican los trabajadores sociales.

En Mendoza mi provincia están a cargo los abogados, pero intervienen también psicólogos y ahora trabajadores sociales.

Propongo un cambio de mente y actitud, y que se respete la especialidad de quienes la legislación prevé lo practiquen, y por ello, que sea llevado a cabo por profesionales preparados interdisciplinariamente en la temática de niñez adolescencia y familia-

# II.- Mediación Penal Juvenil:

En el campo de la justicia penal juvenil creo fundamental tener presente los parámetros de la justicia juvenil restaurativa, que da lugar a la des judicialización y a la mediación como estrategia de solución de conflictos, siendo uno de los objetivos básicos que prevalezca el diálogo.

En la mediación penal en general, el problema que plantea un conflicto reside en que se mueve entre dos extremos: por un lado, la oposición ciega, la pasión, el odio y el ánimo de venganza; y, por el otro, la renuncia del derecho a ejercer la acción penal-

Este instituto busca la racionalización plena del conflicto y se basa en el diálogo crítico entre las partes, sobre la base de la igualdad, evitando lo que lastime, humille o amenace. Busca que los interlocutores intercambien argumentos para una solución y cuando ésta se revele como imposible se procura el acuerdo para una regulación justa. Parte esta figura de que las personas en conflicto tienen sus propios intereses, pero tienen, también, el interés común de la conciliación o de la convivencia, por lo que es factible suponer que la contradicción los lleve a encontrar una premisa que supere el conflicto de manera satisfactoria para ambos.

La mediación penal juvenil se da como una solución extrajudicial alternativa al proceso penal con un importante potencial educativo en el marco de la cual víctima y autor del delito, con la participación de un facilitador/mediador capacitado, se implican en la búsqueda de soluciones en el conflicto que los enfrenta como consecuencia del hecho delictivo, devolviendo el protagonismo a las partes para que sean ellos quienes decidan la forma en que quieren reparar y ser reparados. Se contrapone a la Justicia Retributiva, que últimamente se sustenta en un populismo muy dañino para los adolescentes que también propicia la baja de edad de punibilidad, pensando que con esto bajara el delito y se contribuirá a la paz social, nada mas lejos de la realidad, pues los principios más importantes para lograr la paz, la armonía en la sociedad son la participación de todos/as los/as implicados/as con especial espacio a la comunidad, la reparación o compensación, la responsabilidad subjetiva, la reconciliación (o encuentro).

Es relevante comprender a estos fines que se entiende por acuerdos restaurativos. Los mismos se dan en cualquier etapa del proceso con anterioridad al dictado de la sentencia, la víctima, el adolescente imputado y la dependencia estatal o la comunidad afectada podrán proponer al juez y al fiscal instancias de diálogo grupales, con el objeto de solucionar la controversia motivo del delito denunciado y lograr un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas.

La mediación penal juvenil y/o los acuerdos restaurativos no son una mera cuestión procesal atendible únicamente por cada provincia, por el contrario, constituyen un modelo de abordaje diferente del conflicto juvenil acorde con los estándares internacionales en Derechos Humanos, que puede implicar una alternativa al proceso o una salida anticipada dentro del mismo. Estos

dispositivos de abordaje de los conflictos protagonizados por adolescentes deben poseer las características propias de un proceso restaurativo y especializado.

La especialidad es una convergencia de saberes interdisciplinarios que incluyen el conocimiento de los principios de la Justicia Restaurativa, de la Mediación y de la temática de la adolescencia, a la vez que la valoración de que los adolescentes son sujetos en evolución y transformación. La especialidad debe atravesar la totalidad de las etapas porque solo así podrá lograrse el objetivo de la reintegración del joven a su comunidad a través del aporte constructivo que él puede hacer.

La mediación penal juvenil y los acuerdos restaurativos son procesos basados sobre el diálogo y el encuentro entre las partes que facilitan una comprensión más amplia de lo sucedido y de los sujetos involucrados, del contexto y aseguran la participación comunitaria y otorgan protagonismo a las partes en la autocomposición.

Los procesos restaurativos apuntan a evitar la recurrencia y se centran en el fortalecimiento del lazo social buscando el reconocimiento de responsabilidades y una genuina reparación de las ofensas. Promueven la autonomía de la voluntad y construcción de ciudadanía.

Es fundamental la creación de programas comunitarios, que sirvan para promover los derechos de los adolescentes brindados en forma articulada por organismos gubernamentales descentralizados y organizaciones sociales, en los términos de la Ley N° 26.061. 156

# III.- Principios de la mediación penal juvenil

Además de los principios propios de la mediación como la oralidad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, informalidad (refiriendo a un proceso flexible, aunque mantenga una estructura), los principios relativos de la mediación penal juvenil y los acuerdos restaurativos, tomados como herramienta del derecho de la niñez en su enfoque restaurativo, son: interés superior; protección integral; derecho a ser escuchado; mínima Intervención concentración: adilidad: flexibilidad: oportunidad: ٧ proporcionalidad; des judicialización y des formalización; información gratuidad; participación social y comunitaria; interdisciplina; especialidad y especificidad; interpretación "pro minoris y pro homine"; autocomposición. Etc.

359

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> Protocolo mediación penal juvenil restaurativa y Acuerdos restaurativos Ministerio de Justicia <a href="https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/09/21/se-aprueba-el-protocolo-en-mediacion-penal-juvenil-restaurativa-y-acuerdos-restaurativos/">https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/09/21/se-aprueba-el-protocolo-en-mediacion-penal-juvenil-restaurativa-y-acuerdos-restaurativos/</a>

Tales principios deben aplicarse y articularse entre el Poder Judicial, fiscales, defensores, mediadores, equipos técnicos y el conjunto que conforma el sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes, sin perder de vista la importancia que tiene el involucramiento de las ONG y organizaciones sociales como ALAMFPYONAF, sin fines de lucro que tengan por destinatarios este colectivo y aportar a la paz social y al respeto pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

# IV.- Protocolo de mediación penal juvenil

El Protocolo que fue sancionado el 19 de setiembre de este año en la Rca. Argentina para la justicia juvenil, describe y conceptualiza de que se trata la mediación en el ámbito de la justicia juvenil, especialmente como estrategia restaurativa.

Un protocolo es un conjunto de procedimientos específicos, establecidos en un plan, destinados a estandarizar acciones humanas frente a una situación específica.

Actualmente se habla indistintamente de Justicia Restaurativa, Prácticas Restaurativas o Proceso Restaurativo, lo que refleja la necesidad de una precisión terminológica y legal.

La Justicia Restaurativa en su dimensión estricta, referida al Sistema de Justicia Penal es definida por las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de la víctima, del infractor y de la comunidad.

Por su parte, la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa, aprobada por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), prescribe que "Los Estados Iberoamericanos velarán para que las respuestas a las infracciones penales juveniles no constituyan meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial del infractor, sino que comporten un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectivo de cara a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación", a la vez que establece que: "Los Estados respetarán el carácter educativo de las medidas a tomar respecto de los adolescentes que han infringido la ley penal, priorizarán la des judicialización, las medidas alternativas a la privación de la libertad, y la reparación directa e indirecta por los daños causados por la infracción. En todos los casos se deberá tomar en consideración las circunstancias particulares de vulnerabilidad de las partes implicadas directa e indirectamente".

Los objetivos de este Protocolo de Actuación Federal se pueden resumir en los siguientes puntos:

- a. Promover la mediación penal juvenil y los acuerdos restaurativos como una práctica transformadora tendiente a restablecer derechos vulnerados acentuando la calidad de un proceso humano más que la obtención de un resultado.
- b. Permitir a las víctimas o los ofendidos del ilícito penal expresarse y que su opinión y sus necesidades sean tenidas en cuenta, otorgándoles el protagonismo que ameritan.
- c. Permitir a la comunidad recuperar el tejido social dañado y trabajar sobre la construcción de seguridad fundada en la confianza comunitaria.
- d. Facilitar el acceso a la Justicia a los ciudadanos posibilitando formas ágiles y participativas de la resolución de los conflictos.
- e. Reducir los impactos relativos de la estigmatización o de la victimización de los protagonistas dentro de un espacio humanizado.
- f. Fomentar la internalización de responsabilidad y protagonismo del joven ofensor en la autocomposición del conflicto, a partir de un espacio de diálogo y escucha acorde con su grado de madurez y desarrollo.
- g. Procurar la reparación del daño a través de un proceso de autocomposición y de pacificación del conflicto.
- h. Propiciar el trabajo en red y la participación de organizaciones públicas y estatales y de la sociedad civil y/o miembros de la comunidad que faciliten la realización efectiva y eficiente de la mediación penal juvenil.
- i. Prevenir la reiteración de conductas delictivas.
   Respecto a la autoridad de aplicación, los operadores a cargo de llevar a cabo tanto una mediación penal juvenil con enfoque restaurativo, como los acuerdos restaurativos, deben respetar los siguientes estándares:
- a. Debido al carácter federal de la organización del Estado Nacional se recomienda que cada jurisdicción contemple y decida cuál será el organismo (público o comunitario) a través del cual se implemente el dispositivo de intervención. Debe ser de carácter gratuito sin excepción, conforme con la normativa de cada jurisdicción y las posibilidades efectivas para ello. Independientemente del ámbito en el que se inserte, el dispositivo deberá contar con autonomía técnica, de modo que puedan ser respetados los principios de la mediación y de los procesos restaurativos.
- b. El proceso de mediación estará conducido por un mediador o dos en comediación capacitados en el trabajo con adolescentes y con especial énfasis en la interdisciplina.

- c. Los acuerdos restaurativos podrán ser facilitados por los profesionales que el juez designe.
- d. Se sostiene un criterio amplio respecto de las instituciones que pueden derivar casos a una mediación penal juvenil o un acuerdo restaurativo, esto es: el fiscal, el defensor, las partes u otros organismos de la comunidad civil.

#### V.- Perfil de los mediadores

- Se propicia la formación de mediadores y facilitadores de acuerdos restaurativos para el abordaje integral e interdisciplinario es imprescindible que los mediadores y/o facilitadores tengan esta formación:
- a. Tener un perfil adecuado para el trabajo con adolescentes y en procesos de diálogo que debe incluir capacitación en: mediación; mediación penal y penal juvenil; justicia restaurativa; victimología; derecho Internacional de los derechos humanos; profundización en la temática de adolescencia en sus aspectos psicológico, educacional, sociocultural y económico.
- b. Capacitación en la integración con un equipo interdisciplinario a fin de articular el modo de trabajo entre mediador y equipo.
- c. Previsión de una instancia de revisión de la práctica y de supervisión con vistas a la prevención del *burn out* de los profesionales intervinientes en los procesos.
- d. Formación para el trabajo en red y el desarrollo de sus habilidades concretas para la derivación eficaz

#### VI.- Perfil del Licenciado en Niñez Adolescencia y Familia

Si analizamos los requisitos previstos para ser mediador penal en conflictos juveniles, transcriptos en el párrafo precedente y cotejamos con la curricula y las competencias de los licenciados en niñez adolescencia y familia nos damos cuenta que encajan perfectamente en el perfil reseñado.

Según las competencias que da la Licenciatura en Niñez Adolescencia y Familia, se capacita para participar en acciones en el ámbito individual, grupal familiar y comunitario, tendientes al desarrollo de conductas participativas y solidarias y formado para planear, aplicar y evaluar programas comunitarios e institucionales, desde unidades de prevención, asistencia y promoción de niños, niñas y adolescentes como sus familias, elaborar, en relación profesional con equipos interdisciplinarios, planes y estrategias conjuntas de intervención con adolescentes infractores tanto desde lo comunitario, familiar, institucional o desde la acción desplegada por OSCs, desarrollar planes y mecanismos de evaluación de estrategias de educación no formal; Ilevar a cabo procesos de mediación interpersonal, tanto en lo familiar como en lo

comunitario, gerenciar proyectos de protección de la infancia y de la familia, tanto institucionales, comunitarios como privados, participar en acciones tendientes s mejorar los sistemas de relación y comunicación entre los grupos de adolescentes y la comunidad, la Institución y los grupos familiares, recreativas y educativas, detectar los casos problema, orientarlos y efectuar las derivaciones al equipo de profesionales correspondiente, informar a los adolescentes y sus familias las condiciones jurídicas en las que se encuentran encuadrados, participar en el proceso de orientación de los jóvenes en situación de egreso institucional, intervenir en la prevención y tratamiento de la salud de los jóvenes y niños, según las indicaciones de los profesionales intervinientes. Etc.-

Su formación es interdisciplinaria e integral, tanto en las ciencias sociales, derecho familia, de infancia y adolescencia, victimología, psicología, sociología, epistemología, investigación, y también en mediación entre otras... Pero, su actuación se ve soslayada por las profesiones tradicionales como la abogacía, la psicología o el trabajo social, con la sola capacitación en mediación.

Los Licenciados en NAF reúnen la formación en estas ciencias y además la especialidad en niñez, adolescencia y familia, además de la fundamental motivación y facilitación que les da su particular formación, por ello me parece fundamental, a los fines de una actuación mas eficaz y que comprende los requerimiento legales y de objetivos de la mediación y de la justicia juvenil restaurativa, que se les del lugar que merecen, sin discriminación por n o ser una carrera tradicional, ya que los tiempos y paradigmas cambias y las respuestas deben también adaptarse a estos cambios —

#### **VI.- Conclusiones**

Luego de analizar el protocolo y lo que aporta para el aprendizaje y la aplicación de justicia restaurativa, creemos fundamental el adoptarlo en las provincias argentinas y en el resto de América Latina, donde no exista un protocolo con estas características.

Respecto a los llamados a practicarla, analizando los objetivos, los requerimiento, las competencias y las consideraciones precedentes, quienes mejor pueden llevar a cabo la tarea, son profesionales que tengan un a formación integral e interdisciplinaria, con verdadera vocación por la infancia, los adolescentes y las familias en conflicto.

En mi provincia y en muchas circunscripciones de nuestro país, y de América Latina, los mediadores son abogados, determinado por su ley de creación y luego reglamentada por Acordada de la Suprema Corte de Justicia, solo en caso de considerarlo necesario, pueden llamar a otros profesionales, en la actualidad han integrado a coadyuvar a psicólogos y una trabajadora social.

Creo que no debe discriminarse y debemos abrir la mente a nuevas profesiones, y profesionales, cuya condición sea la idoneidad y formación necesarias para llevar adelante estrategias superadoras y especialmente las respuestas restaurativas.

Por ello, los que deben intervenir tienen que tener formación interdisciplinaria y especialmente saber trabajar en interdisciplina y capacitados en mediación Mi propuesta es a fin de lograr una mayor aplicación de las respuestas restaurativas:

- 1.- Propiciar la capacitación en justicia juvenil restaurativa y en la solución del conflicto como primera estrategia para llegar a la paz social y la inclusión de los adolescentes en conflicto con la ley
- 2.- Que esta mediación penal juvenil, sea llevada a cabo por profesionales que como los licenciados en niñez adolescencia y familia, están preparados integralmente en las distintas ciencias, tienen la motivación, la especialidad y sensibilidad necesarias
- 2.- Reformar la legislación que limita a una o dos profesiones esta función

1



#### **CONCLUSIONES**

#### Se recomienda:

Comision nº 3 Justicia Juvenil: Declaraciones, derechos, procedimientos y prácticas restaurativas. Adolescentes en riesgo social. Bandas y Pandillas. Consumos problemáticos: incidencia

- 1- Que los estados Latinoamericanos, promuevan en sus legislaciones interna mecanismos dirigidos a reconciliar a los Adolescentes infractores con la víctima, la sociedad y consigo mismo, mediante un enfoque restaurativo.
- 3- Que los estados Latinoamericanos promuevan en sus legislaciones internas vías alternativas para la solución de los conflictos sociales de naturaleza penal, protagonizados por adolescentes, tales como la suspensión de juicio a prueba. La mediación, conciliación, remisión y acuerdos restaurativos entre las y los infractores, la víctima y la comunidad.
- 3- Que los estado Latinoamericanos promuevan la capacitación permanente en materia de especialidad, Interdisciplina y principalmente Justicia Juvenil Restaurativa, por intermedio de los Superiores Tribunales de Justicia de los respectivos países, dirigida a Magistrados, Fiscales, Defensores y Asesores y Auxiliares de la justicia, en forma obligatoria y con una carga horaria para cumplir con ese objetivo
- 4- Que los estados Latinoamericanos garanticen en sus legislaciones internas la aplicación del Derecho de los Adolescentes a ser escuchados en todas aquellas cuestiones que sean de su interés en proceso judiciales y/o administrativos.
- 5 Que los estados Latinoamericanos promuevan en todos los ámbitos el funcionamiento de talleres de padres mediante programas formativos preventivos en el marco de actividades, reflexivas, orientadoras y educativas en el abordaje de la problemática de los adolescentes en riesgo social.

#### X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

- 6 Que los Estados Latinoamericanos promuevan el desarrollo de políticas públicas que tiendan al mejoramiento del medio ambiente, de las condiciones de vivienda, de la calidad educativa y del trabajo digno, a través de un abordaje integral a todas los organismos del estado y la participación de la sociedad civil.
- <u>7- Recomendación especial</u>: Que los Estados Latinoamericanos observen con preocupación el Proyecto de ley Penal Juvenil para la Republica Argentina que introduce una baja en la edad de punibilidad de 16 a 14 años, lo cual representa un grave proceso en el sistema penal juvenil argentino, respecto a los estándares consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional y demás instrumentos internacionales integrados del Corpus Iuris en materia de Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes en conflicto social.

## **COMISION IV**



Encarnación - 2018

#### "EL PREVENCION DEL SUICIDIO EN NIÑOS Y ADOLESCENTES"

#### **«DEFINICION»**

**SUICIDIO:** acto con resultado letal, deliberadamente iniciado y realizado por el sujeto, sabiendo o esperando su resultado letal a través del cual pretende obtener los cambios deseados (la muerte). (OMS)

**PARASUICIDIO:** Un acto sin resultado fatal, mediante el cual, sin ayuda de otros una persona se auto lesiona o ingiere sustancias con la finalidad de conseguir cambios a través de las consecuencias actuales o esperadas sobre su estado físico.

Su prevalencia y los métodos utilizados varían de acuerdo a los diferentes países. Desde el punto de vista de la salud mental, los adolescentes poseen vulnerabilidades particulares, por su etapa del desarrollo. La adolescencia es una categoría construida socialmente utilizada para nombrar el período que va de la niñez a la adultez. Suele caracterizarse a este período como una etapa de pleno desarrollo y grandes cambios. Sin embargo, la adolescencia no es vivida de la misma manera por todas las personas, está determinada por factores sociales, económicos y culturales.

Las estadísticas de la OMS muestran que los números de Argentina están por encima del promedio de la región (9,6) y más cerca de los países europeos que tienen una tasa de 14,1. De hecho, el país se ubica en el tercer puesto en la región, detrás de Bolivia (18,7) y Uruguay (17), pero muy por encima de otros países como Brasil (6,3), Perú (5,8) o Chile (9,9). "No tenemos una tasa similar a la de los países europeos, sino similar a la de los bolsones de pobreza de los países europeos. Europa tiene bolsones de pobreza relacionados con la crisis de inmigrantes, en estas comunidades tienen las peores tasas de suicidios", indicó Blake al relativizar esa comparación.

El término "Parasuicidio" fueintroducido por Kreitman para referirse a toda conducta autolesivano mortal, sin considerar esencial en. La definición la intencionalidad haciala muerte.

### «DISTINCION ENTRE VARIOS TIPOS» CATEGORIAS SEGÚN DURKEIM.

Padre de la sociología.

Suicidio Egoísta:

La persona piensa demás y reflexiona a cerca de todo. Tienden a tener grandes conocimientos y no se integra bien a la sociedad.

#### **SUICIDIO ALTRUISTA:**

Este tipo de Suicidio sucede por una excesiva «Integración del Sujeto con la Sociedad que perteneceSociedad a la que pertenece, a tal punto que la personalidad individual no cuenta. El Individuo se somete con abnegación a las leyes y costumbres de su Sociedad, de tal modo que se suicida porquepiensa que ese acto es un deber. Este tipo de suicidios, se da según el autor cuando la importancia del «YO» es muy baja. Es la versión opuesta al suicidio egoísta y existen tres tipos.

SUICIDIO ALTRUISTA OBLIGATORIO: El que está condicionado por la Sociedad, una Sociedad que exige el Suicidio. Por Ej. En Sociedades Asiáticas (normalmente relacionados con temas de honor); o antiguamente, cuando en los pueblos Celtas, y parece que recientemente en nuestro entorno, los ancianos se quitaban la vida para no representar una carga a la familia. En este tipo de caso, lasociedad podría, en ocasiones, despreciar a la persona, sino lleva a cabo el suicidio.-

**SUICIDIO ALTRUISTA FACULTATIVO**: Si bien es parecido al anterior, se destaca en que la personaconsidera que cumplió con su ciclo o bien lo hace por placer, como ejemplo una Viuda.- SUICIDIO

#### **SUICIDIO ANÓMICO:**

Se da en sociedades sin reglas, en personas que no controlan o limitan sus deseos. Satisfacen sus deseos sin control algunos.

Suicidio fatalista: se da en personas que han sido altamente controlados y que no tiene satisfecho mayormente sus deseos. En el influye tanto la crisis económica, o. desvinculación emocional. Por ejemplo viudez o **desamor.** 

#### «CAUSAS»

Para hablar de las causas primero, sepresentaran datos estadísticos tanto de la OMS como del INE, este último no tieneinformación y encasillan el Suicidio como un accidente, por los que los datos no sean fiables ni concretos.-

#### «DATOS ESTADISTICOS»

Argentina se ubica en tercer lugar entre los países de la región por su tasa de suicidios, con 14,2 muertes cada 100.000 habitantes estando entre las naciones con mayores tasas a nivel mundial de acuerdo con el último informe de la OMS),una evaluación que preocupa al Ministerio de Salud de la Nación. "Las cifras son absolutamente preocupantes y son el mal resultado del sistema de atención que tenemos", reconoció el director de Salud Mental y Adicciones de la Nación, quien advirtió que el principal aumento se dio entre los adolescentes varones

ΕI funcionario aseguró que se trata de un tema prioritario para su cartera, desde donde están desarrollando programas de prevención. de Estadísticas Mundiales de Salud, una publicación El informe divulgado anual que compila información de 194 estados miembro de la OMS, reportó que la tasa de suicidios en Argentina fue de 14,2 en 2015. Según las cifras de la cartera nacional, en 2011 --la última estadística consolidada por el Ministerio-- esa tasa era de 7,3. Las estadísticas de la OMS muestran que los números de Argentina están por encimadel promedio de la región (9,6) y más cerca de los países europeos que tienen una tasa de 14,1. De hecho, el país se ubica en el tercer puesto en la región, detrás de Bolivia (18,7) y Uruguay (17), pero muy por encima de otros países como Brasil (6,3), Perú (5,8) o Chile (9,9). "No tenemos una tasa similar a la de los países europeos, sino similar a la de los bolsones de pobreza de los países europeos. Europa tiene bolsones de pobreza relacionados con la crisis de inmigrantes, en estas comunidades tienen las peores tasas de suicidios", indicó Blake al relativizar esa comparación. Las últimas cifras disponibles del Ministerio de Salud, de 2015, indican que las muertes por suicidio fueron 3.202 ese año. De todas ellas, sólo 625 fueron mujeres. "Las mujeres tienen más actos parasuicidas, los varones son más violentos, toman métodos más efectivos", "no hay que minimizar la conducta parasuicida, es una autoagresión, y aunque el fin no es terminar con la vida puede salir mal". Las cifras de la cartera de Salud muestran también que el sector de la población con mayor tasa de suicidio es el de jóvenes, sobre todo los que tienen entre 15 y 24 años, franja etaria en la que en el 2015 se quitaron la vida 844 personas, la mayor parte de ellos (687) hombres. En relación con los métodos, la mayor cantidad de las muertes (2.348) ocurrieron por ahorcamiento o sofocación, mientras que la segundacausa fueron los disparos (605), según las mismas estadísticas.

#### «MAS ESTADISTICAS»

Informe de la OMS Argentina, uno de los países de la región con mayor tasa de suicidios Está al nivel de los países europeos. Los especialistas advierten que es una estadística preocupante y analizan las causas. El suicidio representa el 0.5-2 % de todas las causas de mortalidad, pero, aunque sea infrecuente, es un indicador significativo para conocer la salud pública de la población. El suicidio es una de las principales causa de muerte prematura, pues tiene una importante participación en la pérdida de años potenciales Según datos de la OMS, se calcula que cada año mueren en el mundo 815.000 personas por suicidio, (una muerte cada 40 segundos) lo que convierte el suicidioen la de decimotercera muerte. causa En general, las tasas de suicidio aumentan con la edad, en la población de edad de 75 años omayores, son aproximadamente tres veces superiores a las del grupo de 15 a 24 años. Siendolos hombres más propensos a la determinación. Conducta suicida previa. El 42% de los hombres y el 45% de las mujeres que

intentaron el suicidio habían hecho un intento previo. Salud física. los estudios postmortem muestran que entre el 25 y el 75% de las personas que se han suicidado padecían algún tipo de afección somática Salud mental. Cerca del 95% de los que consuman el suicidio padecen un trastorno mental.

#### **«BULLYING Y ADOLESCENTES»**

La Organización Mundial de la Salud (OMS), junto a Naciones Unidas, reflejaron en un informe, datos muy preocupantes. Cada año se suicidan en el mundo alrededor de 600 mil adolescentes entre los 14 y 28 años, cifra en la que, por lo menos la mitad, tiene alguna relación con bullying; siendo los países europeos, los más golpeados por este fenómeno, al contabilizar alrededor de 200 mil suicidios por año.

#### **TIPOS DE BULLYING**

Acoso y abusos en el colegio: Es el más habitual y tradicional, aunque no por ello menos alarmante.

**Bullying electrónico.** Acoso, burlas o chantajes a través de internet y las redes sociales; con un Crecimiento global.

**Sexting.** Consiste en difundir imágenes o vídeos de alto contenido sexual o erótico para provocar la humillación del afectado. El grupo Femenino son las más afectadas en este escenario. -

#### BEAT BULLYING HABLA DE CIFRAS ESCANDALOSAS

La organización británica contra el acoso juvenil, 'Beat Bullying', alerta de que el problema es más serio de lo que parece ya que, "en la UE, el acoso y maltrato por bullying lo sufren alrededor de **24 millones de niños y jóvenes al año**".

## EL 78% DE LOS ADOLESCENTES QUE TERMINA POR SUICIDARSE FUE ACOSADO EN LA RED Y EN LA VIDA REAL

Tras el **caso de Todd**, la Asociación Americana de Pediatras publicó un estudio en su conferencia nacional que muestra que el ciber acoso no es la única razón que lleva al suicidio en la mayoría de los casos. En la

mayoría de los suicidios por casos relacionados por ciberbullying, la depresión era un componente determinante. El estudio revela que hasta el 78 por ciento de los adolescentes que termina por suicidarse, fue acosado en la red y en la vida real. Las edades de los casos de suicidio estudiados giraban en torno a los 13 y los 18 años.

#### **TIPOS DE CIBERACOSO**

Se engloba como ciberacoso actitudes como insultos en Facebook, crueles mensajes, Whatasapp, Instagram, Tweeter, Mensajes de texto o vídeos de Youtube que ridiculizan. "El anonimato que proporcionan las redes sociales hacen más fuerte este fenómeno

#### «RETOMAMOS LAS CAUSAS»

- •FACTORES ASOCIADOS A LA FAMILIA •FACTORES ASOCIADAS AL SUJETO
- FACTORES ASOCIADOS A LA SOCIEDAD.

#### «RESILENCIA»

Forma de ajuste frente a la adversidad.

Muchas llevan esta actitud a un nivel superior y transforman ese trauma en algo positivo.

Un niño con **buena** <u>autoestima</u> se transformará en un adulto con **buena capacidad de resiliencia**, por lo que estará preparado para superar los obstáculos que encuentre a lo largo de su vida.

Es importante que a los niños se les guíe durante su primera etapa de vida de forma eficiente, a fin de que desarrollen **una forma constructiva de enfrentarse a la vida**; que se los motive positivamente para que puedan enfrentarse a las diversas situaciones que pudieran anteponerse en su camino y consigan sobrellevarlas sin sufrir un <u>daño</u> profundo.

#### **«ESTADISTICAS DE LA COSTA»**

En el año **2017**, perecieron **13** personas por ahorcamiento, 4 por armas de fuego y 1 sin especificar. De los cuales, **3 Femeninos**, **15 Masculinos**. El 50 % entre 20 y 34 años. Hasta Septiembre del 2018, 5 ahorcamientos, 4 por armas de fuego y 1 caso de intoxicación por monóxido de carbono (vehicular). Siendo 2 Femeninos y 7 Masculinos. De los cuales 5 entre 12 y 34 años.-

#### «Conclusión »

Suicidio muerte ha instalado como la segunda causa de se adolescente (tal vez la primera ya que en muchos casos intencionalidad no es fácil de determinar). Al menos un 14% de las defunciones adolescentes а causa de suicidio. son Todos reafirmar estos datos hacen más no que nuestro convencimiento de que la escucha atenta, comprensiva, compasiva y debe ser nuestra principal herramienta en la y amorosa puede prevención del suicidio, especialmente en grupos que por condiciones culturales dificultades sociales 0 tienen mayores para pedir ayuda, como los adolescentes de ambos sexos, especialmente los varones.-

CUANDO EL AMOR NO ALCANZA, AUMENTEMOS LA DOSIS. -

## "LA QUERELLA INSTITUCIONAL EN EL PROCESO PENAL DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN EN CASOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL".

Subtema: Protección de niños y niñas contra la explotación y abuso sexual.

#### **Autoras:**

Mónica Patricia Palomba Andrea Rappazzo

## La querella institucional en el Proceso Penal de la Provincia de Neuquén en casos de Abuso Sexual Infantil

#### I.- INTRODUCCION

El incremento de los casos de abuso sexual infantil, la modalidad de su comisión y los autores de los ataques sexuales merece respuestas positivas de parte del Estado no sólo a nivel de prevención, sino de investigación y búsqueda de la verdad.

El principio de progresividad de los derechos humanos reconocido en la CIDH Art. 26 impone acompañar mediante políticas públicas las demandas de la sociedad y en especial de la población más vulnerable: la infancia<sup>157</sup>.

El Art. 19 de la CDN<sup>158</sup> debe interpretarse como la obligación del Estado de proteger a los NNA víctimas de malos tratos y abuso sexual e investigar a los autores de tales delitos. El Comité de los Derechos del Niño recomienda "que los casos de violencia en el hogar y de malos tratos y abuso de niños, incluido el abuso sexual en la familia, sean debidamente investigados con arreglo a un procedimiento judicial favorable al niño y que se castigue a sus autores, con el debido respecto a la protección del derecho a la intimidad del niño. También deberán adoptarse medidas para que los niños puedan disponer de servicios de apoyo durante los procedimientos judiciales; para garantizar la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas de violaciones, abusos, descuido, malos tratos, violencia o explotación, conforme el art. 39 de

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> Es decir: la noción de progresividad implica la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la prohibición de adoptar medidas regresivas. Christian Courtis en Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario Christian Steiner. Patricia Uribe. Pág.673

Pág.673

158 Art. 19 CDN. "Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño

<sup>1.</sup> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

<sup>2.</sup> Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial."

la Convención, y para evitar que las victimas sean tratadas como delincuentes o sean estigmatizadas"

La CDN se complementa con el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, instrumento ratificado por nuestro país mediante la ley 25.763.

Dable es señalar, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) en su Art. 1 expresa: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado." Dicho artículo debe ser interpretado junto al artículo 7 del citado instrumento internacional 159.

En la Provincia de Neuquén se sancionó la incorporación al proceso penal de la figura de la querella institucional para víctimas de abuso sexual menores de 18 años cuya finalidad además de la defensa a ultranza en los procesos penales que se lleven adelante es también la protección y recomposición de los derechos vulnerados en forma holística.

La presencia de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescentes en este tipo de procesos penales es obligatoria y necesaria bajo pena de nulidad.

Es menester que ésta figura se expanda como efectiva garantía de los derechos de los NNYA, particularmente en los aspectos de protección y los aspectos procesales.

La incorporación de la querella institucional como representante exclusiva de los intereses del NNYA introduce a la víctima como actor procesal con visibilidad relativa y con la posibilidad de accionar autónomamente en un juicio, reforzando que los NNYA tienen derecho a una protección especial. Es que de acuerdo con los estándares internacionales la victima menor de edad es titular de una doble protección jurídica; en tanto víctima y en tanto niño, niña y/o adolescente. Esa doble protección especial es reconocida por nuestra legislación provincial en el proceso penal.

276

<sup>159</sup> Art 7 CEDAW. "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención"

Lo que nos interesa proponer en la presente ponencia es la necesidad de contar con un organismo interdisciplinario especializado dentro de la órbita del Ministerio Publico de la Defensa, con autonomía funcional y bajo la dirección de un Defensor del Niño, que en conjunto con los funcionarios y equipos técnicos, elaboren estrategias de protección en el ámbito extrajudicial como estrategias de defensa en el fuero penal. Que sea respetuosa de los principios de no regresividad y de progresividad en la medida en que el amplio derecho de acceso a la justicia de las victimas menores de edad permitiéndoles el plus de protección a través de la querella institucional que alcance y satisfaga las exigencias internacionales que imponen las normas de protección de la infancia frente a delitos de abuso sexual.

#### II.- NORMATIVA LOCAL Y NACIONAL VIGENTE

ART. 65 CPP — Querellante en los delitos contra la integridad sexual. En todo proceso seguido por delitos contra la integridad sexual en el que sea víctima un niño, niña o adolescente, desde el primer momento de la investigación se dará intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, en representación de los intereses de la víctima menor de edad, en carácter de querellante. Dicha intervención perdurará durante todo el proceso, aun cuando el representante legal del niño, niña o adolescente se presente en el carácter de querellante particular.

El código procesal vigente en la provincia de Neuquén ha implementado un cambio de suma importancia respecto de la participación plural de acusadores 160, al establecer que con relación a cada imputado solo podrá existir una única acusación plural, en la que deberán coincidir todos los acusadores con relación a los hechos reprochados y a la calificación jurídica que a esos hechos corresponda.

En tal sentido el CPP dispone que cuando los acusadores fueren varios e invocaren identidad de intereses entre ellos, actuarán bajo una sola representación, la que se ordenará a pedido de parte si ellos no se pusieren de acuerdo en el plazo que se les fije. En aquellos casos en los que la víctima se haya constituido como querellante el juez, a pedido de parte, convocará a las partes a efectos de resolver las controversias que pudieren existir entre el fiscal

<sup>160</sup> Artículo 66 CPP - Acusación única. Unidad de representación. Cuando los acusadores fueran varios e invocaren identidad de intereses entre ellos, actuarán bajo una sola representación, la que se ordenará a pedido de parte si ellos no se pusieren de acuerdo, en el plazo que se les fije. En aquellos casos en que la víctima se haya constituido como querellante, el juez -sea a petición de parte con antelación, o a más tardar en la audiencia prevista en el artículo166-convocará a las partes a efectos de resolver las controversias que pudieren existir entre el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante, sobre los discursos fácticos, jurídicos y estrategias probatorias. El imputado -siempre y en todos los casos- tendrá derecho a que se le enrostre una única acusación, debiéndose respetar estrictamente el principio de congruencia procesal, tanto en los aspectos fácticos, cuando normativos. Si fuera indispensable para ello, el juez interviniente tomará en cuenta la prevalencia de los intereses particulares o sociales generales según el caso, y ordenará la constitución de un litisconsorcio necesario. Y en caso de que no hubiese consenso en cuanto a la calificación y a las estrategias acusadoras, resolverá en forma definitiva la incidencia.

y la parte querellante sobre los discursos facticos, jurídicos y estrategias probatorias. Se dispone que el imputado siempre y en todos los casos, tendrá derecho a que se le enrostre una única acusación, debiéndose respetar estrictamente el principio de congruencia procesal tanto en los aspectos fácticos como normativos.

Agrega que si fuera indispensable para ello el juez tomará en cuenta la prevalencia de los intereses particulares o sociales generales según el caso, y ordenará la constitución de un litisconsorcio necesario. Y en caso de que no hubiere consenso en cuanto a la calificación jurídica y a las estrategias acusadoras, resolverá en forma definitiva la incidencia (art. 66)

#### III.- GENESIS DE UNA FIGURA QUE PROTEGE LA INFANCIA VULNERADA.

El 27 de agosto del año 2008 se promulga la Ley 2605 cuyo texto expresaba:

Artículo 1º. Incorporase al Capítulo VI del Título IV del Libro Primero "Disposiciones Generales" del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, el siguiente artículo:

"Artículo 96 ter. En todo proceso seguido por delitos del Título III del Libro Segundo del Código Penal en que sea víctima un niño, niña o adolescente según lo establecido en la ley 2302, desde el primer momento de la investigación se dará intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, conforme lo establecido en el artículo 59 del Código Civil, en representación de los intereses de la víctima menor con iguales facultades que este Código le acuerda al querellante particular, bajo pena de nulidad. Dicha intervención perdurará durante todo el proceso, aun cuando el representante legal del niño, niña o adolescente opte por presentarse en carácter de querellante particular."

Artículo 2º. La presente ley entrará en vigor a los ciento ochenta (180) días posteriores a su publicación.

Artículo 3º. Comuníquese al Poder Ejecutivo

En el debate general respecto de la ley el diputado Dr. Marcelo Alejandro Inaudi expresa que con la sanción del proyecto de ley se estará dando un paso más destinado a garantizar, esta vez en serio, la tutela judicial efectiva prevista generosamente en cuanta normativa sobre niñez y adolescencia se busque, pero que en la práctica y en muchas ocasiones se convierte en letra muerta.

Señala que el Art. 47 de la Constitución de la Provincia de Neuquén prevé en su texto los derechos de la niñez y adolescencia, establece que el Estado legisla y promueve medidas de acción positivas tendientes al pleno goce de sus derechos, removiendo los obstáculos de cualquier orden que limiten, de hecho, su efectiva y plena realización.

Destaca que en la práctica sucede que las niñas, niños y adolescentes cuando resultan víctimas de una de las ofensas más graves que se le puede ocasionar, cuando son ultrajados en su integridad sexual, en un accionar que le dejará seguramente secuelas de por vida, son literalmente abandonados a su suerte en los procesos penales que se siguen, no se les garantiza, desde el estado, ningún grado de participación en las actuaciones penales que se llevan a cabo para, ni más ni menos, individualizar a los autores del hecho y aplicarles la pena correspondiente. Dice el diputado "Esta grave discordancia entre los derechos del niño, declamados con tanto entusiasmo por la ley y el literal abandono en los procesos penales de lo que los propios niños resultan víctimas, por parte del Estado, pretende ser subsanado mediante el proyecto que estamos tratando".

Finalmente indica que se adjudica la representación del menor en el proceso al organismo que precisamente es el encargado de velar por la protección integral de sus derechos que es el defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente y que, entre sus funciones, se destacan la defensa de los derechos de los niños por sobre cualquier otro interés o derecho, asesorar jurídicamente al mismo o promover y ejercer las acciones para la protección de sus derechos individuales en los términos del artículo 49 de la Ley 2302. Un representante de esta Defensoría incorporará al proceso penal una voz que en muchos casos era desconocida en los procesos penales, incorporará un criterio de defensa a ultranza de los derechos del menor víctima, por sobre cualquier otro, salvaguardando debidamente el interés superior del niño y aportará una experiencia invalorable en la temática propia de la niñez y adolescencia, que durante todo el proceso sabrá seguramente ilustrar a los jueces intervinientes. Concluye que, si el representante legal de la víctima pretende constituirse en querellante en la misma causa, ello no obstará a que la Defensoría del Niño y el Adolescente va a seguir interviniendo y va a seguir representando y defendiendo el interés superior del niño a lo largo de toda la causa penal.

#### III.- HABLEMOS DE LA QUERELLA INSTITUCIONAL

La Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescentes en todos delito contra la integridad sexual, es decir de los que trata el Titulo III del Libro Segundo del Código Penal, y que la víctima sea una persona menor de 18 años de edad su

intervención es obligatoria y necesaria convirtiendo al funcionario en un sujeto imprescindible en este tipo de proceso "bajo pena de nulidad" la que puede ser planteada en cualquier oportunidad del proceso si no se le ha dado la debida intervención oportunamente.

Al respecto dable es señalar que, una vez constituido como parte procesal la querella institucional goza de las mismas cargas procesales que cualquier parte del proceso y de ningún privilegio procesal.

Consecuencia de la intervención obligatoria es que recepcionada una denuncia en fiscalía y formado el legajo pertinente se debe dar intervención inmediata a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescentes para que se constituya como parte en los términos del Art. 65 CPP y solicitar las medidas de prueba que estime pertinente. Sin perjuicio de las innumerables casos de anoticiamiento que se develan en el organismo de protección ante la denuncia de establecimientos educativos, servicios de salud, y otros efectores del sistema de protección de los derechos de los NNA.-

Asimismo, es de práctica usual en supuestos de ASI frente a la contraposición de intereses generada por la no denuncia de los progenitores o representantes legales, la confección de un oficio-comunicación al Ministerio Público Fiscal fundado en el último párrafo del Art. 72 del CP para el inicio de la investigación de oficio por parte de la Fiscalía.

El rol de la querella institucional una vez iniciada la investigación, tal como se mencionara con anterioridad tiene las mismas cargas procesales que una querella particular, y en virtud de ello debe cumplir con los plazos legales fatales que el CPP regula.

Es práctica la adhesión a los planteos de la Fiscalía, en la formulación de cargos, control de acusación, solicitud de medidas cautelares, prorroga de prisión preventiva, si hay unidad de pretensiones, ya que aunque también lo es que se posicionen en distintas peticiones procesales que hagan posible la continuidad de la querella institucional por la vía impugnativa ordinaria y extraordinaria si no se arribó a una resolución a favor de la querella institucional, por ejemplo la solicitud de la prisión preventiva cuando Fiscalía no solicita dicha medida de coerción.

#### IV.- PRIMEROS OBSTACULOS – BATALLAS GANADAS

La figura procesal de la querella institucional si bien fue celebrada por gran parte de la sociedad y de la comunidad jurídica, también recibió críticas y planteos judiciales que fueron superados, aunque no menos se vio amenazada ésta novel figura legal frente a los ataques que la señalaban inconstitucional. Se planteó la violación del Principio de igualdad de armas, en el que se

sostuvo, para la declaración de inconstitucionalidad, que la intervención del Defensor de los Derechos del Niño y Adolescentes en el proceso penal, provisto de las mismas facultades que el querellante particular, vulnera de la denominada "igualdad de armas" que debe existir entre las partes en el proceso, como derivación lógica del principio de igualdad (art. 16 CN).

El TSJ se pronunció en contrario por considerar que "...con el esquema constitucional diseñado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a su misma jerarquía (art. 75, inc. 22, CN), en el proceso penal debe existir una plena igualdad en cuanto a las atribuciones procesales de las que gozan las partes, es decir, entre acusador (público o privado) e imputado. Por ello es por lo que, su máxima expresión, la encuentra con el principio del contradictorio. Este implica que, para resguardar la igualdad entre las partes en el proceso, debe brindársele a las mismas iguales posibilidades de hacer valer sus pretensiones" (A., A. S/ABUSO SEXUAL NRO. FALLO 83/12)

También que se violaba el principio de acusación penal única, el que dable es señalar que con el Art. 66 del CPP hoy se resuelve enfáticamente, pero en aquella oportunidad se planteó la inconstitucionalidad de la figura por sostener que se trataba de una doble representación del Estado. Desoyendo que la participación es obligatoria porque la ley así lo expresa y además que se representa a las víctimas cuando son niños y adolescentes.

Existe una acusación penal única porque hay una imputación única idéntica, cuya distinción y diferencia se da en la representación de la parte la que no debe ser única, ni idéntica, porque son los intereses -diferentes- los que se defienden.

El TSJ reafirma en distintos pronunciamientos que "la intervención de la Defensoría deviene obligatoria, no sólo por imperio de la norma que sanciona su exclusión con nulidad, sino también por cumplimiento de las previsiones del Art. 59 del Código Civil, al que remite el propio texto del articulo procesal, norma que garantiza la representación promiscua de los menores de edad, en defensa de sus derechos en todo tipo de procedimiento judicial o extrajudicial, además de la que corresponde a los representantes legales" (A.,A. S/ABUSO SEXUAL NRO. FALLO 83/12 ) y que "la intervención necesaria en la ley ha sido prevista para resguarda los intereses de la víctima menor de edad, por lo que su no intervención violenta la normativa constitucional apuntada. Atento lo dicho, de la interpretación armónica e integradora de la totalidad la normativa que rige la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se deduce que la incorporación de esta figura que coadyuva a hacer efectivos los derechos y garantías previstos en ella"

Frente a la tensión entre los derechos del imputado, basados en su mayor indefensión durante el proceso, y los derechos de la víctima menor de edad, debería incorporarse el matiz diferencial relacionado con la protección legal especial del niño, niña y adolescente víctima.

## V.- ROL DE LA DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN

Si a esta altura parece novedosa la figura de la querella institucional, más lo es aún la posición que constitucionalmente ocupa la Defensoría de los Derechos del Niño en la Provincia de Neuquén.

Art. 47- La Provincia reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos, les garantiza su protección y su máxima satisfacción integral y simultánea, de acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que queda incorporada a esta Constitución, en las condiciones de su vigencia.

El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva tendientes al pleno goce de sus derechos, removiendo los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho su efectiva y plena realización.

Es prioritaria la efectivización de tales derechos, en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas.

El Ministerio Público a través de órganos especializados y los demás órganos competentes, promueve por sí o promiscuamente, todas las acciones útiles y necesarias para la protección y promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, privilegiando su interés superior.

El Sistema de Protección de derechos de la Ley 2302 se organiza en la línea de la Convención Internacional, receptando el principio estructurante del interés superior del niño como principio de aplicación e interpretación, otorgando a la convivencia familiar y comunitaria la característica de garantía y desarrollando, en especial, los derechos fundamentales a la salud, a la identidad, a ser oídos, a la igualdad, a la educación y a la atención de capacidades especiales.

La ubicación de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescentes en el Ministerio Publico tiene un objetivo y obedece a una práctica histórica. Esta práctica estaba enmarcada por una mirada interdisciplinaria y comunitaria de las cuestiones de los NNA, considerando a la participación de la ley como parte de los tratamientos de recuperación de problemas tales como la violencia familiar o adicción. Esta mirada no tradicional para los ámbitos judiciales significó, con el tiempo, incorporar una demanda institucional y comunitaria novedosa: la necesidad de sumar a la ley en los reclamos contra el Estado

(servicios de educación, de salud) iniciando acciones de amparo contra el Poder Ejecutivo Municipal y Provincial, representando derechos colectivos de niños y adolescentes.

Art. 49 Ley 2302.- El defensor de los Derechos del Niño y Adolescente, deberá velar por la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes. Será ejercida por su titular, los defensores adjuntos, un equipo interdisciplinario y personal administrativo. Sus funciones y atribuciones, además de las establecidas en el artículo 59 del Código Civil y en la Ley Orgánica de Tribunales, serán:

- 1.- Defender los derechos de los niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés o derecho, privilegiando siempre su interés superior.
- 2.- Asesorar jurídicamente al niño y al adolescente, su familia y sus instituciones.
- 3.- Promover y ejercer las acciones para la protección de los derechos individuales e intereses de incidencia colectiva, difusos o colectivos relativos a la infancia.
- 4.- En todos los casos que sea posible, realizará intervenciones alternativas a la judicialización del conflicto.
- 5.- Interponer acciones para la protección de los derechos individuales, amparo, hábeas data o hábeas corpus, en cualquier instancia o tribunal, en defensa de los intereses sociales e individuales no disponibles relativos al niño y al adolescente.
- 6.- Dar intervención al fiscal ante la eventual comisión de infracciones a las normas de protección a la niñez y adolescencia, sin perjuicio de la responsabilidad civil, de los funcionarios particulares y del Estado, cuando correspondiera.
- 7.- Inspeccionar las entidades públicas y particulares de atención y los programas, adoptando prontamente las medidas administrativas o judiciales necesarias para la remoción de irregularidades comprobadas que restrinjan sus derechos.
- 8.- Asesorar a los niños, adolescentes y sus familias acerca de los recursos públicos, privados y comunitarios, donde puedan recurrir para la solución de su problemática.
- 9.- Requerir la colaboración policial, de los servicios médicos, educacionales y de asistencia social, públicos o privados, para el desempeño de sus atribuciones.
- 10.- Requerir el auxilio de la fuerza pública para la efectivización de sus funciones.

- 11.- Intervenir en todas las causas judiciales en primera y segunda instancia.
- 12.- En el procedimiento penal su intervención no desplazará al defensor penal. En las circunscripciones judiciales en que no exista el defensor de los Derechos del Niño y Adolescente, las funciones de éste serán ejercidas por el defensor oficial civil correspondiente.

Se reciben diariamente denuncias de establecimiento educativos, de organismos del estado, familiares, anónimos, derivaciones de los Juzgados que son abordadas interdisciplinariamente desde la Defensoría del Niño.

En éste marco de intervención se reciben denuncias de ABUSO y MALTRATO INFANTIL, que activan el sistema de protección local y se evalúan las situaciones interdisciplinariamente.

Cada una de las Defensorías del Niño, que son tres en la Primera Circunscripción de la Provincia de Neuquén, cuentan con un Psicólogo, tres Asistentes Sociales, un funcionario, Defensora Titular y Defensora Adjunta, y un equipo de personal con tareas administrativas.

Es en tal sentido, que la reforma del código penal respecto de la decisión de que los delitos contra la integridad sexual de los menores dejen de ser de acción privada para que el Poder Judicial investigue de oficio no es una novedad en la provincia de Neuquén, por cuanto si en la Defensoría del Niño se toma conocimiento de una situación de Abuso Sexual Intrafamiliar y los representantes legales no instan la acción, se comunica al Ministerio Publico Fiscal para que inicie la investigación de oficio por imperio del último párrafo del Art. 72 del CP.

# VI.- POR QUE LA FIGURA EN LA DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTES. NECESIDAD DE UNA DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO ESPECIALIZADA: ROL DE QUERELLA INSTITUCIONAL.

El Art. 103 del CCYCN dispone que la actuación del Ministerio Público puede ser, "en el ámbito judicial, complementaria o principal."

En un proceso penal donde es víctima la persona menor de edad y en situación de vulnerabilidad es necesario contar con una defensa técnica, especializada que permita de acuerdo con su edad y grado de madurez suficiente garantizar el derecho a participar en el procedimiento, ser informado y asesorado de las cuestiones que se investigan e instancias judiciales, y activar las medidas de protección en pos de su interés superior.

El rol del defensor del niño es el idóneo porque cuenta con un equipo interdisciplinario que permitirá evaluar las condiciones, redes familiares, potencialidades, para además de la proyección del proceso penal, tener una

proyección personal, proactiva que permita una vida autónoma.

Máxime si tenemos en cuenta que la mirada de la querella institucional ha dado sobradas muestras a la hora de lograr el efectivo acceso a la justicia de los NNA, en innumerables juicios donde ha logrado sentar valiosa jurisprudencia<sup>161</sup>, o dejando su marca protagónica a la hora de la sentencia, dejando la perspectiva de la teoría del caso, con el enfoque centrado en la protección indiscutible de los derechos de la víctima<sup>162</sup>.

Las facultades con las que cuenta la Defensoría del Niño permiten interpelar al Estado Provincial para la ejecución de acciones positivas respecto de salud como lo es el tratamiento psicológico, que muchas veces es un obstáculo para las personas de bajo recursos, por las largas listas de espera, centro de salud lejanos al domicilio que no permiten el inicio de trabajo en red para coordinadamente con la Defensoría del Niño llevar adelante una tarea cualificada para la protección de los NNA.

Una defensoría especializada en rol de querella institucional tiene como finalidad principal ser promotora y garante de los derechos de la infancia y encargarse de la observancia de las políticas públicas en cuanto a su ausencia, superposición o falta de recursos, disparidad de criterios y faltas de respuestas ágiles.

Promover la convivencia familiar a través del órgano de aplicación.

Peticionar ampliar las medidas dispuestas por fiscalía, solicitar las que se estimen necesarias y conducentes para la mejor defensa de los niños involucrados en el conflicto.

Realizar planteos judiciales en pos de garantizar el interés superior del niño (prisión preventiva, la no presencia del imputado, la no aplicación de la suspensión de juicio a prueba, etc.)

Garantizar el acceso a la justicia, y a la tutela judicial efectiva a través de mecanismos de intervención gratuitos y cercano al NNYA.

Brindar información sobre los procesos y acciones que se implementan en pos de su proyecto de vida y en especial reconstruir su propia historia después de un hecho traumático.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> Torres, Liendaf

<sup>162</sup> Castelli

#### **BIBLIOGRAFIA**

- 1.- Lecciones de derecho procesal. Adaptadas a la legislación procesal civil y penal de la PROVINCIA DE NEUQUEN por Jorge D. Pascuarelli y Andrés Repetto. ADOLFO ALVARADO VELLOSO. Editorial ASTREA 2018.
- 2.- Tratado de Derecho de Familia. TOMO V-B Actualización doctrinal y jurisprudencial. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. MARISA HERRERA. NORA LLOVERAS Directoras. RUBINZAL CULZONI EDITORES. Ed. septiembre 2016.
- 3.- Revista Justicia y Derechos del Niño N° 11, UNICEF.
- 4.- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios Christian Steiner/ Patricia Uribe (Editores). República de Alemania, 2014.
- 5.- CASEY, MARIA INES, "Los niños victimas de delitos y el rol del asesor de incapaces en el proceso penal", publicado en LLNOA2011, cita online: AR/DOC/8092/2010.
- 6.- NARA OSES. GUSTAVO L. VITALE, "Ley de Niños y Adolescentes. Protección integral de sus derechos. Cuestión civil o penal. Un estudio sobre la ley de Neuquén" Ed. Fabián J. Di Plácido. Septiembre 2004.
- 7.- Freeman, Tomando más en serio los Derechos de los Niños.
- 9.- MIGUEL CILLERO BRUÑOL, El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derecho del Niño.
- 10.- ORTIZ, DIEGO OSCAR, "Las medidas cautelares en casos de niños, niñas y adolescentes víctima de violencia familiar", publicado en DFyP 2016, cita online: AR/DOC/333/2016.
- 11.- FERNANDEZ, LUIS MARIA, "La intervención de la Defensoría del Niño y del Adolescente en el proceso penal de la Provincia del Neuquén (art. 96 ter del CPPC)", publicado en LL Patagonia 2011, cita online: AR/DOC/6985/2010.
- 12.- PIEDRABUENA DIEGO H., "Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén. Comentado y anotado. Arts. 1 al 98. Tomo I", Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, octubre 2013.-
- 13.- Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los Derechos de Niños, niñas y adolescentes victimas o testigos de delitos o violencia. JUFEJUS, ADC, UNICEF.
- 14.- Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes. Perspectiva psicológica y social. Ed. Espacio, 2005.
- 15.- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Ed. Christian Steiner. Patricia Uribe. 2014.

#### Tratados Internacionales y leyes.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención Interamericana de Derechos Humanos

100 Reglas de Brasilia

Guías de Santiago sobre Protección de Victimas y Testigos.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Constitución de la provincia de Neuquén.

Constitución de la Nación.

Ley nacional 26061

Ley provincial de Neuquén 2302

Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén.

#### Observaciones generales y opiniones consultivas

Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 7, 12, Nro. 14 y nro. 19.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva nro. 12 y nro. 17.

#### **Fallos**

AA S/ABUSO SEXUAL – NRO DE FALLO 83/12 SALA PENAL DEL TSJ NEUQUEN.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO POR EL DR. FACUNDO TROVA EN AUTOS "Y., AS/ABUSO SEXUAL" EXPTE. 28597/11 – NRO DE FALLO 21/12 SALA PENAL DEL TSJ NEUQUEN.

MRC S/ ABUSO SEXUAL - NRO DE FALLO 29/12 SALA PENAL DEL TSJ NEUQUEN.

MRY MEDIDA DE PRUEBA. ABUSO SEXUAL. INSTRUCCIÓN 38. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL SALA ABELLO LUIS ALFREDO S/ABUSO SEXUAL - NRO DE FALLO 16/2011 SALA PENAL DEL TSJ NEUQUEN.

# "LA VIOLENCIA EN LAS REDES SOCIALES. NIÑAS NIÑOS Y ADOLESCENTES EXPUESTOS POR LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. EL CIBERBULLYING (COMO VIOLENCIA ENTRE NIÑOS)"

Nombre y Apellido: Cintia Valeria Prada- Abogada privada.-

#### Resumen:

Tanto los adultos, como los niños, niñas y adolescentes (NNyA) nos encontramos permanentemente expuestos a la "realidad" y actualidad que nos muestran las redes sociales, no solo desde una perspectiva inmediata, como es sabido (en cuestión de segundos sabemos que está sucediendo en el mundo), sino que también desde una perspectiva de entretenimiento. Publicamos fotos, comentamos notas periodísticas, videos, nos reímos, lloramos y aprendemos. Pero no siempre el acceso a las redes sociales genera un aprendizaje o un entretenimiento, suele suceder frecuentemente que al encontrarse involucrados NNyA, este "entretenimiento" se torne violento, de manera tal que genere angustia, depresión y hasta posibles suicidios en esta franja etaria tan vulnerable a dicha exposición.-

El <u>Ciberbullying u hostigamiento cibernético</u> es la situación en la cual un niño/a o adolescente atormenta, amenaza, hostiga, humilla o molesta a otro mediante el uso de las redes sociales o a través de internet u otros medios electrónicos. A <u>diferencia del ciber-acoso</u>, el hostigamiento requiere que ambas partes sean menores de edad.

Desde la perspectiva del derecho, debo resaltar que la ley no habla del ciberbullying en forma expresa pero, NNyA que sufre ciberbullying está protegido por la Ley de protección integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (Ley Nº 26.061) en Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), Opiniones consultivas, el INADI online por una Internet Libre de Discriminación. <a href="http://www.inadi.gob.ar/2016/05/24/por-una-internet-libre-de-discriminacion/">http://www.inadi.gob.ar/2016/05/24/por-una-internet-libre-de-discriminacion/</a> (solo en los casos de discriminación), garantizando dichos instrumentos legales, que los más vulnerables no sean sometidos a tratos violentos, discriminatorios, humillantes o intimidatorios por medio de redes sociales de una manera generica, sin perjuicio de que no exista herramienta legal específica para el tema.

#### <u>Introducción y conceptos:</u>

A los fines de lograr una comprensión sintética pero concreta respecto a la violencia en las redes sociales, específicamente el Ciberbullying, debo arrimar

conceptos, genéricos y que me permitan ver de manera práctica esta definición de hostigamiento cibernético.-

Por ello, cuando hablo <u>de Ciberbullying o hostigamiento cibernético</u>, me refiero a un tipo de maltrato que sufre un niño/a u adolescente, por parte de otro par por medio de internet u otro medio electrónico. Suelen haber amenazas, hostigamientos, humillaciones, burlas. Son agresiones psicológica, sostenida y repetida en el tiempo, que influyen de manera directa en la psiquis de los niños, atento a la autonomía progresiva del niño, o su nivel de madurez.-

El Ciberbullying se realiza a través de distintos medios electrónicos, como celulares, correo electrónico, mensajería instantánea, redes sociales o juegos online. Por lo que debo resaltar que, a mi entender y por el acceso que los niños tienen a la tecnología, cada vez hay más niños (y de muy corta edad) expuestos a este tipo de violencia, no solo por las redes sociales, sino también por la implementación de sistemas de comunicación on-line con los juegos en red, donde niños de todo el mundo se comunican, sin si quiera conocerse, juegan, disfrutan, pelean y comparten cosas.

Cabe destacar que niños menores a los 4/ 5 años ya manejan celulares de manera avanzada, navegan en redes sociales, miran videos, envían fotos a abuelos, tios, etc. desde celulares de familiares; y que si bien entretiene a los niños dichas actividades, las mismas los expone de manera inimaginable. Quizás, frente a la violencia de las redes sociales, resultan mayormente expuestos los adolescentes, quienes desde cortas edades pertenecen a Facebook, Instagram, Youtube, Twiter, Whats App entre otras, y permanentemente reciben comentarios, publican sus vidas, justamente a la espera de una respuesta social, la cual no siempre es positiva. Las críticas, amenazas y violencia que se generan en las redes sociales, legalmente no tiene protección.-

#### Daños que provoca el ciberbullying en las victimas:

Entre los principales daños provocados en los NNyA, victimas del ciberbullying, tenemos la violación del derecho a la intimidad (mediante la usurpación de datos, publicación de fotos, audios o textos personales robados), Calumnias e injurias (suplantación de identidad de la víctima, comentarios ofensivos a otros utilizando el nombre de la víctima, publicación imágenes que perjudican la víctima, la circulación de rumores, etc.), Amenazas a la integridad física y sexual, Insultos, amenaza. Bombardeo de llamadas. Exclusión de redes sociales. Puede afectar física y psicológicamente a la víctima. Implican un daño recurrente y repetitivo. Afectan los resultados académicos y sociales de los estudiantes.

Cabe destacar aquí que **EE.UU.** en base a la tragedia ocurrida en 2006, donde el acoso de una madre mediante MySpace llevó a una adolescente estadounidense al suicidio, el país decidió prestarle más atención a lo que sucedía en la web. Posteriormente presentó una ley que dictaminaba que todo aquel que agrediera a otra persona a través de un medio electrónico podría recibir una multa, ser condenado a dos años de prisión o ambas. Esta nueva ley lleva el nombre "Megan Meier Cyberbullying Prevention Act".

En España, Chile y Colombia hay múltiples declaraciones de legisladores sobre presentaciones de proyectos de ley sobre la sanción del ciber-acoso, pero hasta la fecha, no hay legislación sancionada.

En Argentina aún no hay legislación específica que regule las actividades en las llamadas redes sociales. Resaltando aquí que ente los debates sobre el tema, generalmente surge la colisión el derecho a la libertad de expresión con otros derechos y valores sociales. Sin perjuicio de ello, resulta necesaria una amplia discusión social sobre estos temas, que permita ampliar la visión de los legisladores a los fines de lograr la protección debida a los más vulnerables. Si bien existieron avances en la legislación sobre delitos informáticos con la sanción de la Ley 26.388, las figuras delictivas que se incorporaron no tipifican los casos de ciberbullying. Por otro parte hay que tener en cuenta que, según la edad de los autores, muchos de ellos podrían ser penalmente inimputables por ser menores de edad, por lo que resultaría inadecuada la aplicación de dicha ley.

#### El primer antecedente Historico:

Fue el caso del "**Star Wars Kid**": un chico de 14 años, Ghyslain Raza, que fue grabado en 8mm en 2002 como si estuviera peleando en la película Star Wars. Sus compañeros robaron el vídeo y lo distribuyeron vía p2p. El vídeo fue descargado, se calcula, mil millones de veces. Y sigue siendo todavía objeto de burla editándose hasta en la actualidad (South Park y en American Dad).-

Posteriormente, y entre otros, plenamente expuesto por la importante resonancia publica que adquirió se encuentra el caso del suicidio de la joven canadiense **Amanda Todd** (15 años), que incluso dejó un video explicando el acoso que estaba sufriendo que la llevó a acabar con su vida.

Hoy no solo debe preocuparnos el ciberbullying, sino que han surgido innumerables juegos en red que incentivan a los jóvenes a lastimarse al punto incluso de la muerte, un ejemplo cercano en el tiempo ha sido la "ballena azul" "Charlie, Charlie", etc.

#### Diferencias entre ciberbullying, grooming, Sexting

El "grooming" es el acoso sexual hecho por un adulto a un niño, niña o adolescente por medio de internet o u otros medios electrónicos. (Código Penal, Art. 131.)

Asimismo el término "sexting" proviene de la unión de los términos ingleses "sex" y "texting" y se refiere al envío de contenidos eróticos o pornográficos por medio de teléfonos móviles. El "sexting" empieza a ser una peligrosa moda entre los jóvenes.

En base a los conceptos expuestos, la principal diferencia que existe entre estas definiciones es justamente la presencia de un adulto, cuestión que no se representa en el ciberbullying (desde la perspectiva desarrollada).-

#### Instrumentos Internacionales de protección:

Aquí considero destacable enmarcar no solo los instrumentos que permiten proteger del ciberbullying a los NN yA, sino también de otros delitos cibernéticos como los son los mencionados y distinguidos ut supra:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (art12). "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."
- La Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- El Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil (OPSC, 2000)
- El Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Trasnacional ("Protocolo de Palermo", 2000).
- La Convención del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos (2001)
- La Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños ante la Explotación y el Abuso Sexuales (2007).
- La Recomendación 98/560/CE del Consejo de la Unión Europea, el primer instrumento jurídico elaborado para la protección de los menores antes los contenidos perjudiciales o ilegales de Internet.

Los instrumentos jurídicos internacional mencionados proporcionan un marco de medidas y de definición de delitos para la protección de los derechos de los niños.

La Declaración de Río (2008) supuso un avance al demandar de los Estados acciones para evitar y frenar las imágenes de abuso a menores y el grooming.

#### **Conclusiones y Propuestas:**

Luego de estudiar la temática en profundidad, y encontrar que no existe en el mundo reglamentación especifica alguna que proteja íntegramente a los niños/as y adolescentes con respecto a ciberbullying, ni a ningún tipo de violencia generada en el ámbito de las redes sociales debo concluir expresando que esta importante laguna legal genera en los más vulnerados una exposición duramente agravante.

Que si bien en distintos países se han desarrollado herramientas para proteger a los niños de esta violencia explícita en redes sociales, no solo entre niños sino también con adultos intervinientes, tales reglamentaciónes es levemente sancionatoria (con multas o resarcimientos monetarios), por lo que su cumplimiento no resulta ejemplar. Incluso se han implementado en diversos países reglamentaciones escolares tratando impedir el ciberbullying escolar, resultando ello en vano.

Realizar una denuncia, genera en las victimas mayor exposición sin brindarle contención o sanción alguna, atento a que el Estado, a pesar de la evolución que han tenido las redes sociales en el mundo, continua sin proteger al inmenso mundo cibernético que nos rodea.

Al comenzar la ponencia manifesté que hoy por hoy todos formamos parte de estas redes sociales, aportamos información, comentamos, compartimos fotos; pero aquí debo dejar en claro que entiendo que como adultos tenemos herramientas certeras para identificar la violencia de las redes sociales, no siendo así con los niños, quienes desean pertenecer a este ciber-mundo, pero encontrándose expuestos de una manera mayor, y sin nuestras herramientas.-

## Algunas Herramientas de prevención ante posibles situaciones de ciberbullying:

#### - A los Niños víctimas:

Contar lo que nos pasa a familiares y amigos cercanos de confianza.

Denunciarlo el acoso en la escuela, el club, o donde pueda legitimarse la situación violenta por la que están pasando

Informar a los padres de los niños y a las personas responsables que han intervenido como agresores para logar acciones al respecto.

#### - A los padres:

La realización de búsquedas en Google y en las redes sociales, como Facebook o MySpace, Instagram, con el nombre de sus hijos, cuando existe la sospecha de que son víctimas del ciberbullying.

#### Control parental

#### - A la Escuelas e instituciones:

Inclusión del ciberbullying en reglamentos de convivencia escolar.

Dar a conocer sobre las forma de reportar abusos en las redes sociales y buscar el acompañamiento de la institución.

Campañas de sensibilización, de información, y visibilizar del problema en la escuela hacia los alumnos y sus familias.

Citar y notificar a los padres de las víctimas y a los padres de las personas que han intervenido como agresores, crear mediante los reglamentos internos de las instituciones, sanciones ejemplificadoras para lograr morigerar el ciberbullying.

Como propuestas me gustaría direccionarlas a las distintas esferas de los niños/as y adolescentes, generando brindar las herramientas que el legislador ha omitido hasta el momento:

- Educación e información: En primer lugar a las instituciones y establecimientos, sean estas escuelas, clubes, asociaciones barriales, etc., forman parte de la vida diaria de los niños, y generan vínculos tan estrechos como con las familias, por lo que resulta necesario la participación de estos para gestar un ámbito sano, sin violencia. Resulta indispensable el aporte de información para evitar la propagación de la violencia, por lo que la intervención de las instituciones que rodean a los niños, como la intervención de sus familias, sumado a la educación e información promovería un mundo con menos violencia.
- Limitaciones a las redes sociales: Resulta fundamental limitar el acceso a las redes sociales por parte de los niños más pequeños, si bien es entendible que los adolescentes se encuentren inmersos permanentemente en internet, ello debería ser controlado por quienes se encuentran a su cuidado, no solo por la exposición que esto les genera sino también por la corta edad y muchas veces falta de madurez (con autoestima bajo) que genera estados depresivos casi irreparables.-
- Acompañamiento familiar e interdisciplinario: Es fundamental el acompañamiento de los niños en los casos donde se comprueba sospecha la existencia de ciberbullying. Asimismo es destacable que debe mantenerse este acompañamiento no solo familiar, sino con los profesionales adecuados, para la correcta contención bio-psico-física, emocional y afectiva del NNyA. –

Encuentro interesante cerrar el tema con la frase esbozada psicopedagoga María Zysman, directora de la ONG Libres de Bullying "Hay muchos chicos que sufren de bullying, pero hay que saber qué es primero para poder distinguirlo"

#### Bibliografía:

- "Ciberacoso y violencia de género en redes sociales. Análisis y herramientas de prevención" M.A. Verdejo Espinosa.-
- "Violencia en las Redes Sociales" Ramón Chaverry, Carlos Vargas,
   Adalberto Ayala, Alberto Mora, Alberto Carrillo, Marco Calderón, Linda
   Romero y Alberto Constante.
- "Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red."
   Cuerda Arnau, Mª Luisa
- www.inadi.gob.ar/
- <a href="https://www.argentina.gob.ar/noticias/discriminacion-bullying-y-ciberbullying">https://www.argentina.gob.ar/noticias/discriminacion-bullying-y-ciberbullying</a>

#### Bibliografía:

- Tratado de Derecho de Familia Según el Código Civil y Comercial de 2014. Rubinzal - Culzoni Editores.-
- Página de internet <a href="http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\_sp.htm">http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\_sp.htm</a>
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- Pagina <a href="http://m.diarioveloz.com/notas/105343-el-caso-la-nena-trans-6-anos-es-hora-aceptar-la-identidad-autopercibida">http://m.diarioveloz.com/notas/105343-el-caso-la-nena-trans-6-anos-es-hora-aceptar-la-identidad-autopercibida</a>
- Manual de Derecho de Familias. Marisa Herrera. Abeledo Perrot.
- Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Mariano C. Otero. Editorial
   Estudio.-
- "Persona Humana". Revista de Derecho Privado y Comunitario. "El derecho a la Identidad: La Ley de Identidad de Género y sus Proyecciones". Paula Siverino Bravio.-
- "El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes" por Iñaki Regueiro De Giacomi.-



#### "GROOMING: PERSPECTIVA EN ARGENTINA Y BRASIL"

#### Dra Lujan Liliana Rocca

#### RESUMEN

La presente ponencia tiene como fundamento proponer algunas políticas públicas en la materia desde la mirada de derechos a partir del retrabajo de la experiencia transitada en el SABTIC 2018 , VI Seminario Argentina - Brasil de tecnologías de la información y la comunicación.

En dicho encuentro se presentó un artículo en conjunto con el Servicio de Asistencia Técnica a Terceros (S.A.T.T.) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), conteniendo una propuesta de políticas públicas de prevención y sanción del grooming- que se sumaría a las ya existentes - tendiente a facilitar la cooperación entre ambas naciones en esta materia y que tenía como fin último ser presentada en el Parla sur.

El SABTIC es un congreso binacional que durante dos jornadas permite la presentación de trabajos de universidades de distintos países de Latinoamérica con el objetivo de abordar los avances en tecnologías de la información y la comunicación. El seminario es caracterizado por sus organizadores como "como punto de encuentro para estudiantes, investigadores, analistas, docentes y otros especialistas en sistemas de información para compartir conocimientos desde varias perspectivas y enfoques metodológicos".

La presentación en el ámbito de los especialistas en sistemas de información fue generada por el hecho innegable y preocupante de que el grooming ha adquirido relevante notoriedad en Latinoamérica toda, tanto por el importante número de casos- no todos denunciados- como por la sanción de legislación que evidencia una preocupación del legislador por prevenir y erradicar un delito que se concreta utilizando las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC). El objetivo fue interesarlos en el diseño de algún software con control parental o una APP destinada a la denuncia o detección de casos de grooming. En atención a que el Seminario es realizado por instituciones argentinas y brasileñas, la decisión fue encarar el estudio de la legislación vigente en estos dos países, reconociendo que Argentina y Brasil disponen de instrumentos jurídicos para sancionar este ciberdelito, y que cabe destacar las

iniciativas de la ONU y del MERCOSUR en la materia. Para ello se introdujeron en el ámbito de los estudiosos de los sistemas informáticos los aspectos más relevantes del grooming en ambos países, desde una mirada de derechos. El artículo fue rechazado por los evaluadores del evento con varios fundamentos de tipo formal que podrían haberse reformulado y de tipo sustancial. Que evidenciaron cuántas resistencias hay que vencer aún para diseñar políticas de prevención y sanción de este delito desde la mirada de derechos y encarando un abordaje multidisciplinario e interdisciplinario, en ambos países.

#### **GROOMING: TRATADOS APLICABLES EN ARGENTINA Y BRASIL**

En materia de Grooming en estos dos países , encontramos como instrumentos jurídicos internacionales vigentes por un lado la Convención Internacional de los Derechos del niño/a y adolescente (CIDN) y su Protocolo Facultativo sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobada por ambos países , por otro el Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest (2001) , recientemente aprobado por República Argentina , mientras que a nivel del derecho interno brasileño regulan la cuestión el Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil) y legislación ulterior y el Código Penal brasileño y a nivel del derecho interno argentino, la normativa de Protección Integral de derechos de niños/as ,adolescentes y jóvenes, el Código Civil Comercial de la Nación, y el Código Penal argentino en su artículo 131.

## Convención internacional de los derechos del niño/a, adolescente y joven (CIDN)

La CIDN fue firmada por Brasil el 26/01/1990, ratificada el 24 de septiembre de 1990, fijándose como fecha de entrada en vigor el 24/10/1990. Argentina por su lado lo ha hecho cuando el Congreso nacional sancionó la ley 23.849 – promulgada de hecho el 16/10/90– que aprobó la Convención sobre Derechos del Niño/a –adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y depositó el instrumento de ratificación el 5 de diciembre de 1990.

Desde el enfoque que busca alinearse con la Convención sobre los Derechos del Niño/a (CIDN) y considerar a los niños/as, adolescentes y jóvenes como sujetos de derecho, es decir desde la mirada de derechos, a estos sujetos se les debe una protección integral en lo económico, social y cultural, guiándolos para que hagan uso de las oportunidades y ventajas de ser parte del mundo digital globalizado .La Convención sobre los Derechos del Niño/a provee aspectos importantes relacionados con los derechos de la infancia y los medios de comunicación.

Los artículos 13 y 17 establecen el derecho de los niños y niñas a acceder a información desde diferentes fuentes, incluyendo Internet. <sup>163</sup>

El artículo 18 establece la responsabilidad de la familia en el desarrollo y crianza de la niñez y la obligación del Estado de proveer asistencia a las mismas, lo que coloca a estos actores en un rol protagónico – desde la mirada de derechos - al momento de prevenir el uso problemático de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC) y sancionar delitos cometidos a traves de las redes que involucren a la niñez y la adolescencia como el grooming.<sup>164</sup>

El artículo 12 remite a su habilidad para forjar sus propias opiniones y garantiza su derecho a la libertad de expresión<sup>165</sup>.

En relación a la protección de la niñez y la adolescencia respecto de las diversas formas de explotación, violencias y abusos sexuales, los artículos 34 y 35 de la CIDN afirman en su texto que *los gobiernos deben proteger a los niños y niñas de todas las formas de explotación y abusos sexuales y tomar todas las medidas posibles para asegurar que no se les secuestra, se les vende o se trafica con ellos.* 

El Protocolo Facultativo de la CIDN relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía sirve de complemento a la Convención, exige a los Estados una serie de requisitos precisos para poner fin a la explotación y el abuso sexuales de la infancia. Sin embargo cabe advertir que si bien el Protocolo ofrece definiciones de delitos como "venta de niños", "prostitución infantil" y "pornografía infantil", el concepto de qué se entiende por

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup> ARTÍCULO 13 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

ARTÍCULO 17 Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29; b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales; c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños; d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena; e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

<sup>&</sup>lt;sup>164</sup> ARTICULO 18.1 Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requerida.

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> 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. 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.

venta, prostitución o pornografía infantil es diferente en cada Estado que ha ratificado el protocolo y la CIDN. Este es un punto muy importante a considerar al momento de analizar la problemática del grooming en ambos países y en la región y que podría ser materia de otro trabajo de investigación.

## USOS Y CONSUMOS PROBLEMATICOS DE NTIC PERSPECTIVA REGIONAL

Desde una perspectiva regional, podemos afirmar que la detección de usos, consumos problemáticos y adicciones en tecnologías, sumados al aumento del uso de Internet y la falta de gobernabilidad a nivel mundial, han llevado a que los países sancionen leyes en cumplimiento de los Tratados Internacionales ratificados, adecuando sus normativas internas de protección de derechos de niños, niñas, adolescentes y jóvenes ante los delitos cometidos utilizando las NTIC, como es el caso del grooming. Este accionar legislativo es el cumplimiento del compromiso asumido por los países con la protección de la niñez y la adolescencia desde la mirada de derechos, que a nivel mundial se inaugura con la Convención de los Derechos del niño, ratificada por todos los países de la región, así como su Protocolo Facultativo sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En virtud de la cantidad de casos conocidos, y no siempre denunciados, por pedofilia ha sido necesaria la intervención de los Estados en esta materia, mediante leyes que protejan a las víctimas, de mecanismos que faciliten las denuncias y de sanciones ejemplares para los cibercriminales. 166 El fenómeno llamado grooming es resumidamente el acoso de una persona – la mayoría de las veces adulto- hacia un niño, niña o adolescente; el término puede traducirse como "engatusamiento". Las características que presenta son conductas intencionales que se concretan en un conjunto de tácticas "deliberadas"; presencia de un agresor de mayor edad que el agredido que concreta esas conductas; seducción con fines de control y obtención de favores de una víctima niño/a o adolescente; objetivo de establecer una relación y control psicológico sobre el niño/a, adolescente, con la finalidad de obtener contenidos (por ejemplo fotos o vídeos) o favores sexuales de ese niño/a, adolescente o joven y finalmente uso de las NTIC ya que el acoso es efectuado a través de ellas.

<sup>166</sup> De acuerdo a la Comissão Parlamentar de Inquérito - PEDOFILIA 66 del Senado brasileño, el grooming es una expresión inglesa para definir el proceso utilizado por pedófilos que mediante la Internet, contactan a niños o adolescentes con el fin de abusar de ellos sexualmente.

## LEGISLACIÓN SOBRE GROOMING EN LA REPUBLICA ARGENTINA

El Grooming puede caracterizarse como uno de los denominados *Delitos* informáticos o Ciberdelitos. 167

El Código Penal Argentino recibió una importante reforma vinculada con la pornografía de niños, niñas y adolescentes, introducida por Ley 26388, Sancionada el 4/06/ 2008 y Promulgada de Hecho en 24/06/ 2008. Esta norma modifica, sustituye e incorpora figuras típicas a diversas figuras reguladas en el Código Penal, a fin de regular las nuevas tecnologías en la comisión de delitos.

Esta reforma ha servido para actualizar el Código y acercar nuestra legislación interna a las demandas del Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest (2001) en materia de fondo, pero no se reguló en el país el tema del grooming sino hasta varios años después. En el Titulo 3 del Convenio, que está dedicado a las "Infracciones relativas al contenido", existe un único artículo incluye una serie de conductas que pretende tipificar y conceptos que precisan lo que serían para nosotros elementos normativos del tipo, el artículo 9"Infracciones relativas a la pornografía infantil".

Argentina, después de muchos años, por Ley 27411, aprobada en 22/11/2017 y publicada en boletín Oficial el 15/12/2017, aprobó el Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa, con las reservas formuladas en dicha ley, cuya entrada en vigor se ha fijado para el 1/10/2018.

Mucho antes, el país recepcionó el fenómeno del *Grooming*, tipificándolo como delito a través de la Ley 26904, sancionada 13/11/2013 y promulgada en 4/12/2013. Esta norma incorpora la figura del Grooming o ciberacoso del artículo 131 del Código Penal, que dice: "Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.". Las características que presenta son:

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> Un delito informático es un acto dirigido contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, como por ejemplo el acceso ilícito a sistemas informáticos, la interceptación ilícita de datos informáticos, la interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, el abuso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos, falsificación informática mediante la introducción, borrado o supresión de datos informáticos, fraude informático mediante la introducción, alteración o borrado de datos informáticos, Interferencia en sistemas informáticos; delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines, entre otros. También configura delito informático el abuso de dichos sistemas, redes y datos. Otra categoría de ciberdelitos son los delitos relacionados con el contenido, en particular existen los que consisten en la producción, oferta, difusión, adquisición de contenidos de pornografía infantil por medio de un sistema informático o posesión de dichos contenidos en un sistema informático o medio de almacenamiento de datos.

Aparecen así estos delitos informáticos: pornografía infantil por Internet u otros (art 128 CP); violación, apoderamiento y desvío de comunicación electrónica (art.153, par 1 CP); intercepción o captación de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones (art 153 par 2 CP) ;acceso a un sistema o dato informático (art 153 bis CP);publicación de una comunicación electrónica (art 155CP); acceso a un banco de datos personales (art 157 bis, par 1 CP); revelación de información registrada en un banco de datos personales (art 157 bis, par 2 CP);inserción de datos falsos en un archivo de datos personales (art 157 bis, par 2 CP); fraude informática (art. 173, inc. 16 CP); daño o sabotaje informático (art 183 y 184 inc. 5 y 6 CP)

- a) El bien protegido es la integridad sexual de un niño, niña o adolescente;
- b) El sujeto pasivo es un niño, niña o adolescente, sin distinción adicional alguna;
- c) debe tratarse de <u>conductas intencionales</u>: un conjunto de tácticas "deliberadas", se trata de una figura dolosa que exige un elemento ultraintencional el cual es el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual de un niño, niña o adolescente;
- d) la ley no trata de manera expresa la edad del agresor: puede ser un\_adulto el que\_concreta esas conductas, pero podría incluirse a los menores de edad imputables;
- e) Seducción con fines de control y obtención de favores: hay por parte del agresor una intención de ganarse la confianza de un niño/a, adolescente o joven con el objetivo de establecer una relación y control psicológico sobre él y con la finalidad de obtener contenidos (por ejemplo fotos o vídeos) o favores sexuales de ese niño/a, adolescente o joven; por lo tanto la conducta sería punible cuando es advertible o manifiesto el propósito ilícito de la comunicación
- f) Como no se ha modificado el art 72 del Código Penal, este delito es perseguible de oficio, contrariamente a otros delitos sexuales igualmente graves que solo permiten instar la acción con el consentimiento de la víctima.
- g) Uso de las NTIC: El acoso es efectuado a través de tecnologías.

Para cerrar este apretado análisis de la normativa argentina cabe aclarar que existe una Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños y Niñas, que asegura en su artículo 9 el derecho a la dignidad y a la integridad personal física, sexual, psíquica y moral de la niñez y la adolescencia; el art 22 garantiza el derecho a la imagen estableciendo una serie de prohibiciones para su aseguramiento efectivo. No trata en ningún momento las figuras de los delitos informáticos cuyo contenido pueda vulnerar estos derechos.

Asimismo las provincias cuentan con su propia Ley de Protección Integral de Derechos en consonancia con esta normativa nacional y sus facultades no delegadas al gobierno nacional, pero ninguna contiene previsiones sobre estas violencias ejercidas por medio de las NTIC.

## LEGISLACION SOBRE GROOMING EN LA REPUBLICA FEDERATIVA DE BRASIL

En 2008 se aprueba la ley 11829, la cual modifica el llamado Estatuto da Criança e Adolescente, destinada a perfeccionar el combate y el castigo del delito de grooming en el Brasil. Para tal fin, ha sido necesario modificar el Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aprobado bajo la Ley Nº 8.069 del 13 de julio de 1990. Cabe destacar, que esta reforma es considerada un

instrumento muy importante contra la pedofilia practicada a través de Internet, ya que contempla como crimen: la posesión y almacenamiento de fotografías e imágenes pornográficas infantojuvenil en dispositivos como computadoras, celulares, etc., el acoso y seducción online de niños y adolescentes, la adquisición, compra y venta de cualquier tipo de material de exposición de niños o adolescentes en situación de violencia a través de las redes.

Con la sanción de la Ley Nº13.441 del 8 de mayo de 2017, se modifica la Ley Nº 8.069, del 13 de julio de 1990 Estatuto da Criança e do Adolescente, a fin de facilitar la infiltración de agentes policiales en Internet a los efectos de investigar delitos contra la dignidad sexual de los niños y adolescentes. <sup>169</sup> La infiltración de la Policía deberá seguir un procedimiento: disponer de una autorización judicial, requerimiento del Ministerio Público del Brasil o representación de la Policía y deberá demostrar la necesidad y el alcance de las tareas policiales, no podrá exceder el plazo de 90 días, sin perjuicio de eventuales prórrogas, hasta un máximo de 720 días y siempre que sea demostrada su efectiva necesidad a criterio de la autoridad judicial.

Se establece una diferencia entre los datos de la conexión a Internet y los datos de registro o logueo. Finalmente, la infiltración de agentes policiales en Internet no será admitida si la prueba pudiera ser obtenida por otros medios.

Según un informe brasileño, del año 2018 <sup>170</sup> hay características que destacan en estas nuevas prácticas delictivas que involucran a la niñez y la adolescencia. El grooming puede ser considerado como un delito descripto en el artículo 241-D del ECA.

Traducido al castellano su texto es el siguiente: "Art. 241-D. Seducir, acosar, instigar o limitar por cualquier medio de comunicación a niños con el fin de practicar un acto libidinoso. Pena: Reclusión de entre 1 (uno) y 3 (tres) años, y multa. Párrafo único: En las mismas penas incurre quien: Facilite o introduce el acceso a un niño de material de contenido que contenga escenas de sexo explícito o pornográfico con el fin de practicar un acto libidinoso. Practique las conductas descriptas en el epígrafe de este artículo con el fin de introducir a niños a exhibirse de forma pornográfica o sexualmente explícita."

Cabe destacar que esta ley es la única que hace referencia al grooming en la República Federativa del Brasil; las restantes leyes versan sobre otras figuras penales relacionadas con la pornografía de niños/as y adolescentes.

Portal <u>estadodedireito.com.br</u>, informe año 2018 que aborda la problemática del grooming: el acosador, la víctima y la legislación vigente en el Brasil

<sup>169</sup> El artículo 190-A es el que protege contra estos delitos que están previstos en los artículos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C y 241-D de esta Ley y en los artículos 154-A, 217- A, 218, 218-A y 218-B del Decreto Ley № 2.848, del 7 de diciembre de 1940 del Código Penal Brasileño.

## CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LA PRACTICA DELICTIVA DENOMINADA GROOMING

Los fenómenos que acabamos de describir presentan algunos aspectos comunes con las relaciones de victimización-acoso tradicionales de los que derivan; por ejemplo la presencia de agresores, víctimas y espectadores, la intención de causar un daño, etc., pero también se caracterizan por algunos rasgos distintivos derivados de su propia naturaleza ya que las interacciones se realizan a través de los nuevos recursos tecnológicos, lo que incluiría SMS, chat, e-mails, Facebook o cualquier otra red social; Skype, WhatsApp, sistemas o aplicaciones similares.

Dicho esto analicemos los rasgos más distintivos: en la victimización *online* se desdibuja el límite temporal, el acoso y victimización generalmente son indirectos (no se realizan cara a cara), el perpetrador no detecta la reacción de la víctima de manera inmediata pudiendo facilitarse así el incremento de agresiones, la falta de empatía y la insensibilidad de quien acosa, el acoso tiene alcance de aumento exponencial, muchas veces el acoso depende del grado de conocimiento tecnológico, el rol del agresor y el del espectador adquieren contornos especiales: el rol de los espectadores o colaboradores, que si bien podrían no ser quienes inicien la agresión, la fomentan por medio de la aceptación del comportamiento del acosador y de las burlas hacía las víctimas, la adquisición de materiales, entre otras conductas, es difícil escapar del acoso y la victimización *online*, *l*a ciber víctima no es necesariamente la parte débil, como ocurría en el acoso tradicional.

Las consecuencias para el niño, niña o adolescente víctima de grooming abarcan aspectos psicológicos, jurídicos, sociales y físicos. El grooming puede comprometer-desde una mirada de derechos- el derecho a la honra, a la imagen, a la voz, a la intimidad a través de conductas tipificadas como delitos penales: amenazas, lesiones, calumnias, injurias o por la violación de estos derechos civiles que podrán lugar al reclamo de una indemnización.

Cuando se limita al entorno digital, como envío de fotos íntimas o grabación de contenidos de la cámara web, el niño, niña o adolescente podría sufrir traumas psicológicos como víctima de la manipulación y las consecuencias sobre la privacidad en caso que dichos contenidos sean publicados. En caso que se concrete un encuentro cara a cara, las consecuencias podrían ser ya de carácter físico, pudiendo llegar incluso al abuso sexual.

ACCIONES ARGENTINAS Y BRASILEÑAS DE PREVENCION Y DETECCION DEL GROOMING Y LA PEDOFILIA

Brasil ha designado el 18 de mayo como Día Nacional del Combate del Abuso y la Explotación Sexual contra Niños y Adolescentes con el abuso y la explotación sexual de la niñez y la adolescencia. También existe un número que recepciona denuncias *Disque 100.* <sup>171</sup>. Hay instituciones que organizan seminarios, de forma regular, en diferentes estados del Brasil a fin de concientizar a padres y a niños de los riesgos que conlleva el uso del chat y de las redes sociales.

La *Policía Federal (PF)* del Brasil en colaboración con *SaferNet* e Interpol lanzaron una herramienta informática para combatir la pedofilia en Internet; más precisamente, un formulario *online* que facilita la recepción de denuncias de pornografía infantil y de delitos racionales, entre otros, presuntamente cometidos a través de la Red.

En Argentina existen varias organizaciones como *Argentina Ciber Segura, Grooming Argentina*, dedicadas a la prevención, la capacitación, la detección y erradicación del Grooming, el Ministerio del Interior ha lanzado un programa de capacitación para las fuerzas en Cibercrimen y Ciberdelitos.

## **CONCLUSIONES**

El surgimiento de la Internet y el chat, han facilitado al acosador una mejor herramienta para cometer delitos, denominados ciberdelitos. Cabe señalar, además, que la evolución de la telefonía celular y el lanzamiento del WhatsApp también han favorecido diferentes prácticas delictivas, entre ellas el grooming. El artículo presentado en el SABTIC 2018, cuyo contenido ha sido someramente reproducido en esta ponencia, fue rechazado por los evaluadores del evento con varios fundamentos de tipo formal que podrían haberse reformulado y de tipo sustancial entre ellas : "escasa originalidad", " moderada relevancia", un "trabajo a presentar en un Congreso debe aportar elementos novedosos o nuevas visiones, o propuestas enriquecedoras para la disciplina a tratar, no una simple expresión de deseos y obviedades", " los ciberdelitos existen en la imaginación periodística más vulgar", " En lo que se refiere a grooming, (...) la afirmación sobre el aumento del uso de Internet, no parece demasiado contundente como elemento problemático, ya que la mencionada anomalía trasciende al instrumento de ejecución (históricamente ha existido con otros instrumentos, mecanismos y modus operandi )(...)", " la propuesta se basa en la falta de legislación específica en el MERCOSUR y la

<sup>171</sup> O Globo afirma, además, que en 2016, la Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos recibió al Disque-100 más de 16000 casos de denuncias de violencia sexual de niños, niñas y adolescentes, y que representa el 10% de las llamadas telefónicas recibidas en la central de las cuales el 72% corresponden a abuso sexual y el 20% a explotación sexual. Por otra parte, las restantes llamadas estaban relacionadas a otras violaciones como pornografía infantil, sexting (se basa en el envío "voluntario" de fotos o videos íntimos, generalmente con un contenido sexual a través del uso de NTIC: un celular u otros dispositivos tecnológicos), grooming y explotación sexual en el turismo y violación.

fundamentación para tenerla que presentan es que la UE ya lo tiene. Sin mejor explicación parece un intento de parecernos a Europa, irrelevante".

Los comentarios de los evaluadores antes transcriptos evidenciaron cuántas resistencias hay que vencer aún para diseñar políticas de prevención y sanción de este delito desde la mirada de derechos y un abordaje multidisciplinario e interdisciplinario, máxime cuando es fundamental el papel de los especialistas en sistemas de información para las tareas de prevención y detección.

Se formularon- y se reiteran en este ámbito de mirada de derechos las siguientes propuestas de políticas públicas conjuntas de prevención y detección del grooming.

**Propuesta 1**: presentar en el PARLASUR un proyecto de unificación de la legislación en materia de grooming, para luego abordar la necesaria ley regional contra el delito de grooming en el territorio del MERCOSUR<sup>172</sup>

**Propuesta 2:** Establecer directrices comunes tendientes a abordar la prevención inespecífica, favoreciendo la educación preventiva en materia de usos y consumos problemáticos de NTIC en niñez y adolescencia fomentando entre otras cuestiones - actividades con los jóvenes, habilitando espacios saludables, actitudes de participación, el compromiso ético, la construcción de su proyecto de vida personal y comunitario, empoderándolos en el uso de las NTIC.

**Propuesta 3**: establecer directrices comunes tendientes a abordar la prevención específica pensada como conjunto de estrategias para abordar las causas del problema de los consumos problemáticos de tecnologías. En ese orden de ideas se propone:

- A) Desarrollo de software en el ámbito de ambos países y posteriormente del MERCOSUR (que favorezcan el control parental o una APP destinada a la denuncia o detección de casos). Para ello, la App brasileña *Proteja Brasil* es un ejemplo concreto.<sup>173</sup>
- B) Incentivar la pronta denuncia ante casos de grooming.
- C) Implementación efectiva de protocolos conjuntos de denuncias, el proceso de llenado de formularios/archivos y la formación de los profesionales de la salud y el derecho involucrados, a fin de facilitar la identificación del acosador y la atención adecuada de la víctima.

<sup>172</sup> La Unión Europea tiene una legislación al respecto y que fue aprobada por el Parlamento Europeo el 27 de octubre de 2011 y que dio lugar a la propuesta de resolución del 10/11/2014 titulada Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la expansión del «grooming» y la protección de los menores que utilizan las redes sociales
173 Existe una App desde 2013 denominada Proteja Brasil, iniciativa de UNICEF y de la Secretaria de Direitos Humanos

do Ministério da Justiça e Cidadania, a fin de promover los derechos de los niños/as y adolescentes. La creación de esta aplicación contó con el apoyo de Ilhasoft, Cedeca-BA y ABMP, con el apoyo del Gobierno Federal Brasileño (Governo Federal). En 2016 se lanzó una nueva versión que permite ampliar las funciones y que integra el servicio gratuito Disque-100, considerado el principal medio para realizar denuncias de violaciones a los derechos humanos en Brasil.

En orden a noticias recientes , se supo que Facebook e Instagram habrían realizado un cambio operacional en su política para los moderadores que les permitiría bloquear cuentas de usuarios menores de 13 años con los que se encuentren ,aun frente a la mera sospecha de que se trate de un niño/a o adolescente; si el usuario perdiera su cuenta por este accionar debería enviar alguna identificación oficial con su imagen emitida por el gobierno de su país, entendemos que por ejemplo bastaría una imagen escaneada del documento único de identidad en el caso de Argentina. <sup>174</sup>

Cabe recordar que Facebook cuenta con <u>Messenger Kids</u>, una App pensada para niños de 6 a 12 años; e<u>l artículo fue repudiado por más de</u> 90 especialistas en niñez.<sup>175</sup>

### **REFERENCIAS**

<sup>1</sup> ARTÍCULO 13 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

ARTÍCULO 17 Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29; b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales; c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños; d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena; e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

<sup>1</sup> ARTICULO 18.1 Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requerida.

<sup>1</sup> 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. 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.

<sup>1</sup> De acuerdo a la *Comissão Parlamentar de Inquérito - PEDOFILIA*<sup>1</sup> del Senado brasileño, el *grooming* es una expresión inglesa para definir el proceso utilizado por pedófilos que mediante la Internet, contactan a niños o adolescentes con el fin de abusar de ellos sexualmente.

<sup>1</sup> Un delito informático es un acto dirigido contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, como por ejemplo el acceso ilícito a sistemas informáticos, la interceptación ilícita de datos informáticos, la interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, el abuso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos, falsificación informática mediante la introducción, borrado o supresión de datos informáticos, fraude informático mediante la introducción, alteración o borrado de datos informáticos, Interferencia en sistemas informáticos; delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines, entre otros.

<sup>174 &</sup>quot;Ese cambio "operacional" se produce tras un <u>informe documental</u> encubierto realizado por el Canal 4 del Reino Unido y Firecrest Films, en el que un periodista se convierte en moderador de contenido de Facebook. En el documental se oye a un moderador que afirma que se les ordenó ignorar a los usuarios que parecían menores de 13 años, argumentando que "debemos tener una evidencia de que la persona es menor de edad, de lo contrario, debemos actuar como si fuéramos ciegos y que no sabemos a qué se parece un menor de edad", según afirma el Canal de Noticias RT."

175 Pero no es lo que informa Tech Crunch que afirma que la aplicación ha recibido comentarios positivos en su mayoría.

<sup>&</sup>lt;sup>1/5</sup>Pero no es lo que informa *Tech Crunch* que afirma que la aplicación ha recibido comentarios positivos en su mayoría. Es posible que los padres creen una cuenta para sus hijos/as sin necesidad de tener número de teléfono asociado. Además, serán los propios padres quienes, desde su cuenta de Facebook, crearán la cuenta de sus hijos/as, aprobarán o rechazarán las solicitudes y los contactos con los que el/la niño/a puede mantener comenzar una conversación.

## X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

También configura delito informático el abuso de dichos sistemas, redes y datos. Otra categoría de ciberdelitos son los delitos relacionados con el contenido, en particular existen los que consisten en la producción, oferta, difusión, adquisición de contenidos de pornografía infantil por medio de un sistema informático o posesión de dichos contenidos en un sistema informático o medio de almacenamiento de datos.

- <sup>1</sup> Aparecen así estos delitos informáticos: pornografía infantil por Internet u otros (art 128 CP); violación, apoderamiento y desvío de comunicación electrónica (art.153, par 1 CP); intercepción o captación de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones (art 153 par 2 CP) ;acceso a un sistema o dato informático (art 153 bis CP);publicación de una comunicación electrónica (art 155CP); acceso a un banco de datos personales (art 157 bis, par 1 CP); revelación de información registrada en un banco de datos personales (art 157 bis, par 2 CP);inserción de datos falsos en un archivo de datos personales (art 157 bis, par 2 CP); fraude informática (art. 173, inc. 16 CP); daño o sabotaje informático (art 183 y 184 inc. 5 y 6 CP)
- <sup>1</sup> El artículo 190-A es el que protege contra estos delitos que están previstos en los artículos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C y 241-D de esta Ley y en los artículos 154-A, 217- A, 218, 218-A y 218-B del Decreto Ley Nº 2.848, del 7 de diciembre de 1940 del Código Penal Brasileño.
- <sup>1</sup> Portal <u>estadodedireito.com.br</u>, informe año 2018 que aborda la problemática del grooming: el acosador, la víctima y la legislación vigente en el Brasil
- <sup>1</sup> O Globo afirma, además, que en 2016, la *Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos* recibió al *Disque-100* más de 16000 casos de denuncias de violencia sexual de niños, niñas y adolescentes, y que representa el 10% de las llamadas telefónicas recibidas en la central de las cuales el 72% corresponden a abuso sexual y el 20% a explotación sexual. Por otra parte, las restantes llamadas estaban relacionadas a otras violaciones como pornografía infantil, sexting (se basa en el envío "voluntario" de fotos o videos íntimos, generalmente con un contenido sexual a través del u<u>so de NTIC</u>: un celular u otros dispositivos tecnológicos), grooming y explotación sexual en el turismo y violación.
- <sup>1</sup> La Unión Europea tiene una legislación al respecto y que fue aprobada por el Parlamento Europeo el 27 de octubre de 2011 y que dio lugar a la propuesta de resolución del 10/11/2014 titulada *Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la expansión del «grooming» y la protección de los menores que utilizan las redes sociales*
- <sup>1</sup> Existe una App desde 2013 denominada *Proteja Brasil*, iniciativa de *UNICEF* y de la *Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania*, a fin de promover los derechos de los niños/as y adolescentes. La creación de esta aplicación contó con el apoyo de Ilhasoft, Cedeca-BA y ABMP, con el apoyo del Gobierno Federal Brasileño (Governo Federal). En 2016 se lanzó una nueva versión que permite ampliar las funciones y que integra el servicio gratuito *Disque-100*, considerado el principal medio para realizar denuncias de violaciones a los derechos humanos en Brasil.
- <sup>1</sup> "Ese cambio "operacional" se produce tras un <u>informe documental</u> encubierto realizado por el Canal 4 del Reino Unido y Firecrest Films, en el que un periodista se convierte en moderador de contenido de Facebook. En el documental se oye a un moderador que afirma que se les ordenó ignorar a los usuarios que parecían menores de 13 años, argumentando que "debemos tener una evidencia de que la persona es menor de edad, de lo contrario, debemos actuar como si fuéramos ciegos y que no sabemos a qué se parece un menor de edad", según afirma el Canal de Noticias RT."

<sup>1</sup>Pero no es lo que informa *Tech Crunch* que afirma que la aplicación ha recibido comentarios positivos en su mayoría. Es posible que los padres creen una cuenta para sus hijos/as sin necesidad de tener número de teléfono asociado. Además, serán los propios padres quienes, desde su cuenta de Facebook, crearán la cuenta de sus hijos/as, aprobarán o rechazarán las solicitudes y los contactos con los que el/la niño/a puede mantener comenzar una conversación

## "TECNOLOGIAS DE INFORMACIÓN, DERECHOS DEL NIÑO(A) Y LÍMITES"

Por M.Margarita Renteria

Durand<sup>176</sup>

### Reseña:

La presente pretende abordar de manera breve el estado de la cuestión en el Perù respecto a los derechos de los niños ,niñas y adolescentes y su vinculación a los TICS.

## Sumario:

1.-TICS y derechos del NNA, 2.-Normas de protección para niños y adolescentes vinculadas y no vinculadas a los TICS en Perù., 3.-TICS, tecnología digital y derecho a la salud, 4.-TICS y ley de responsabilidad penal de adolescentes, 5.-TICS, tecnologías digital y sentencias del Tribunal constitucional, 6.-tecnologías de <u>información y comunicación en la familia.</u> Conclusiones......

Los TICS son las tecnologías que se han venido incorporando en la vida de las personas y sus comunicaciones ,a través de diversos canales como la internet, teléfonos móviles,facebook. Twitter, etc.

## 1.-TICS Y DERECHOS DEL NNA

Para los niños ,niñas y adolescentes significa el acceso a un vinculo que se crea o fortalece por estos medios masivos . Los NNA comparten sus ideas , lo que les pasó, sus comentarios y lo hacen usando diversas formas, con palabras, fotos, videos, selfie, etc,

Existen varios derechos que se reafirman a través de estos medios como el de participación, expresión, opinión, recreación. Pero a la vez, existe la posibilidad de violar derechos de terceros como cuando se hace el bulling contra alguna persona del aula o amistad. y otras formas incluso de cyberbullig.

También cuando no se cuenta con tal servicio o medio de comunicación, se limita la comunicación entre pares, el uso de determinados conocimientos que se encuentran ya en la internet a través de diversas páginas, que inclusive aportan a su conocimiento y realización de tareas escolares y globalización. En muchos casos se presenta lo que se conoce como Analfabetismo digital

# 2.-NORMAS DE PROTECCIÓN PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES VINCULADAS Y NO VINCULADAS A LOS TICS EN PERÙ.

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> Abogada ,Ex –Magistrada de Niñez y Presidenta del Instituto Peruano de Defensa de los Ds. de los niños,niñas y adolescentes.

En Perú existen normas de protección para menores de edad cuya puesta en vigencia no está vinculada al uso de los TICS, como la establecida de limitar el consumo de cigarrillos y la prohibición de fumar en establecimientos

## 2.1.-La ley N°28705.

se ocupó de ello en su artículo 3° que dice:

"Artículo 3°.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

Prohíbase fumar en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.

En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.

La autoridad municipal será la encargada de hacer cumplir esta norma....."

Y otras que prohíben determinadas conductas perjudiciales para los NNA como es el caso de la comercialización. En la Ley citada encontramos el Art.11°.

Artículo 11°.- De las prohibiciones de comercialización

Son las siguientes:

- 1. Prohíbese la venta directa o indirecta de productos de tabaco dentro de cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados y de las dependencias públicas.
- 2. Prohíbese la venta de productos de tabaco a menores de 18 años.....

Más, existen casos en que la limitación se produce en la fuente informática, es decir el acceso a determinados contenidos ya sea incorporando normas de restricción en las cabinas para menores de edad, o limitando el uso en todo el ambiente.

Así, se logró con la ley N-28119, que estableció:

## 2.2.- La Ley N- 28119

Ley que Prohíbe el Acceso de Menores de Edad a Páginas Web de Contenido Pornográfico.

"Artículo 1. Objeto de La Ley:

Prohíbase el acceso de menores de edad a Páginas Web de contenido y/o información pornográfica que atenten contra su integridad moral o afecten su intimidad personal y familiar.

Artículo 2. Instalación de Software Especiales

Los propietarios o aquellas personas que tienen a su cargo la administración de establecimientos de cabinas públicas que brindan servicios de acceso a Internet, están obligados a que los menores de edad que concurran a sus establecimientos no tengan acceso a Páginas Web de contenido y/o información pornográfica que atenten contra su integridad moral o afecten su intimidad personal y familiar, bajo responsabilidad. El cumplimiento de esta obligación se hará efectiva mediante la instalación de navegadores gratuitos, la adquisición de software especiales de filtro y bloqueo o a través de cualquier otro medio que tenga como efecto impedir la visualización de las citadas páginas.

La reforma legislativa , mediante ley N-29139 preciso:

Artículo 1°.- Objeto y ámbito de la Ley

"Prohíbase el acceso de menores de edad a páginas Web, canales de conversación o cualquier otra forma de comunicación en red de contenido y/o información pornográfica u otras formas reñidas con la moral o el pudor, que atenten contra su integridad física, psicológica o que afecten su intimidad personal y/o familiar.

La presente Ley es de aplicación a los establecimientos que brindan servicio de cabinas públicas de Internet u otras formas de comunicación en red y cuyos equipos pueden ser utilizados por menores de edad".

Dichos establecimientos deberán tener por conductores, administradores o encargados a personas mayores de edad.

La presente Ley será aplicable, en lo que resulte pertinente, a las instituciones públicas que brindan servicio público de Internet.

Artículo 2°.- Instalación de software especiales

Los propietarios, conductores, administradores o encargados de establecimientos que brindan el servicio de cabinas públicas de Internet están obligados a garantizar que los menores de edad, que concurran a sus establecimientos, no tengan acceso a páginas Web, canales de conversación o cualquier otra forma de comunicación en red de contenido y/o información pornográfica u otras formas reñidas con la moral o el pudor, que atenten contra su integridad o afecten su intimidad personal y/o familiar, bajo responsabilidad.

El cumplimiento de esta obligación se hace efectivo mediante la instalación, en todas las computadoras, de programas o software especiales de filtro y bloqueo o cualquier otro medio para impedir que menores de edad tengan acceso a las citadas páginas Web, canales de conversación u otra forma de comunicación en red, siendo además, responsables de la actualización y vigencia de los

mismos. De igual modo, se debe colocar en lugar visible la advertencia correspondiente..."

Se ha limitado el acceso a la información relacionada a pornografía, explotación y trata .

La norma además establece un control Municipal estricto.

Sin embargo, desde hace unos años ,el Perú sufre el problema de uso indiscriminado de cabinas de internet por escolares y jóvenes que por horas de horas se dedican a usar e interactuar con juegos de contenido violentos (uso de metralletas, fusiles, ambulancias con sangre de los heridos, escenas de muerte constante,etc).

Aún no se ha dado una respuesta a tal problema identificándose que los Municipios si bien controlan el no acceso a páginas pornográficas, no es así con los video –juegos violentos, siendo que incluso muchos escolares no van al colegio y se van a jugar –video juegos violentos , generándose una dependencia a los mismos. El rol de los Municipios se ha limitado a otorgar licencias de funcionamiento.

Existen países como Australia que han limitado el uso de determinados juegos en todo el país..Australian Classification Board, es la institución encargada de clasificar las películas, los libros, los video juegos, estableciendo si ingresa o no al comercio.

Así se protege la información que puede ser dañina a la formación de sus adolescentes. Muchos de estos videos no tienen control en algunos otros países como en España.

## 3.-TICS, TECNOLOGÍA DIGITAL Y DERECHO A LA SALUD

La Constitución política del Perú ha señalado el derecho a la salud y el TC como un derecho fundamental, aludiendo además de manera especifica a la salud mental.

Nuestra Constitución como sabemos proclama la defensa de la persona ,su dignidad, su integridad y el derecho a la salud en los artículos :1°, 2°,7°.

Por su parte , la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño ha precisado el derecho del niño a que se respete su interés superior., por lo que las instituciones de tutela de sus derechos ,deben garantizar adecuadamente estos derechos ,entre ellos el de gozar a su derecho a la salud.

Son conocidas las sentencias del Tc como la de la sentencia Exp N-1817-2009, en la que precisa :

- a.El principio de protección especial del niño.
- b.El principio del interés superior del niño
- c. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

d.El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

e. El derecho al desarrollo armónico e integral.

Estos principios constitucionales son los que deben guiar las acciones de protección , promoción y defensa de los derechos de los NNA.

Asi ,preguntarnos.

¿Son los videos juegos violentos buenos para el desarrollo armónico e integral? La visualización de video juegos violentos aportan a un ambiente de afecto , de seguridad moral y material o por el contrario , incrementan la violencia y el

aporte de la misma como solución a los conflictos?

Por ello y teniendo en cuenta las diversas limitaciones que existen en el mundo se propuso al Ministerio de Justicia , la limitación por horas del uso de cabinas por menores de edad para la visualización de video juegos violentos con el uso de un carné que tuviera una red de cabinas del distrito como parte de las políticas públicas sobre seguridad ciudadana ,de tal manera que si el niño o adolescente ya había usado sus 30 minutos diarios en cualquier cabina del distrito debía esperar hasta el día siguiente.

Pero las implicancias de las TICS en salud , no son siempre negativas ,existen casos de avances positivos que ya se viene aplicando y si bien el Perú ha sido gobernado de una manera centralista ,aun cuando los diferentes gobiernos han precisado respecto al objetivo de la descentralización. Ello ha generado a nivel de salud que exista serias brechas en lo que es la atención de salud, lográndose algunos objetivos a partir de la obligatoria vacunación y con el apoyo de equipos itinerantes . Sin embargo, el aporte desde la intervención y uso de Tecnología digital viene ofreciendo en diversos países muchas ventajas ; no se pueden dejar de mencionar los avances tecnológicos y el envío de información a los servicios médicos o medico particular , es el caso por ejemplo de la piel sintética que puede realizar electrocardiogramas. Hace unos meses en el Diario Gestión la noticia fue difundida indicando que :

"La escuela de ingeniería de la Universidad de Tokio ha desarrollado una piel sintética de tan sólo 1mm de grosor que contiene una pantalla LED y sensores biométricos capaces de medir las constantes de una persona, e incluso realizar electrocardiogramas .Definitivamente lo más sorprendente es que posee un chip para transmitir información a través de internet. Por ejemplo, directamente a su médico ."

Más aun recientemente en el mensaje presidencial del 28 de Julio , la máxima autoridad de la nación preciso que se utilizarán las historias clínicas en RED, el

registro computarizado y las consultas por internet, con lo cuál aun cuando el paciente se encuentre en alguna zona diferente de su centro de salud del Perú podrán visualizarse su historia clínica.

## 4.-TICS Y LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES

La ley de responsabilidad penal del adolescente infractor (Decreto leg.1348), ya se encuentra vigente de manera parcial. Sin embargo para su ejecución resulta necesaria un trabajo en red lo que se conoce como NETWORKING, en tanto se ha establecido diferentes roles a los distintos operadores, la PNP, la Fiscalía, los jueces, los médico –legistas, el Equipo técnico que deberán laborar de manera interconectada, a fin de garantizar una justicia ágil y con las garantías de un debido proceso.

Sin cuestionar en este el modelo seguido es necesario precisar que el rol de la Judicatura ha cambiado así como la del Fiscal ,siendo que el sistema es muy similar al del Código procesal penal , con jueces de garantía del proceso y jueces de ejecución , a los que les debe llegar en el dia el informe del progreso del adolescente .Se requerirá sin duda del aporte tecnológico, para saber cuántos adolescentes están en determinada medida socioeducativa?, cuándo comenzaron? ,cuando terminan? ,còmo avanzan?, el registro a nivel nacional tanto de las denuncias como de los casos de remisión etc. De manera especial, para cumplir los plazos establecidos en las etapas procesales y de ejecución.

## 5.-TICS, TECNOLOGIAS DIGITAL Y SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sentencia Exp N- 03459-2012-PA/TC: Derecho a la imagen y reputación de los niños..

Esta sentencia se refiere al reclamo vía amparo del uso de la imagen de los hijos del postulante al Gobierno regional de Ucayali en Perú.

El TC hace referencia a los derechos que la Constitución establece, señalando que :

"La Constitución establece en su artículo 2°, inciso 4, que toda persona tiene el derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del

413

Analia Aspis señala en: Las TICs y el Rol de la Justicia en Latinoamérica del Instituto sueco de Derecho e informática de la Universidad de Estocolmo, indica que:"Inclusive existe nuevos conceptos en relación al uso de las TICS y Justicia y terminología se habla de la e-justicia, precisándose algunos aspectos que se involucran son soluciones tecnológicas desde una agenda electrónica hasta complejos sistemas de control y gestión de informaciones judiciales".

pensamiento "mediante la palabra oral escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley." De otro lado, el primer párrafo del artículo 2°, inciso 7, establece que toda persona tiene derecho a la imagen propia." 178

Como en muchos casos la acción de amparo fue rechazada por las instancias inferiores, por el TC, luego de referirse al derecho de los medios de comunicación de emitir y transmitir imágenes, encuentra limites en el derecho a la imagen propia.

El TC bajo los principios de unidad y concordancia practica de a Constitución , se auto exige una optimización en la interpretación ,con lo cuál es posible su vigencia armónica. Luego hace referencia a que existe una protección a la imagen ligada a la dignidad, al nombre y a los atributos de la persona ,entre ellos su voz etc.

Esta sentencia entonces resulta de aplicación ante los excesos de información, vulneración y probable actividades que bajo el espacio digital, dañan la imagen de una persona y de los niños y adolescentes en particular. Siendo de señalar que incluso han devenido en causa de suicidios en nuestro Pais.

### Señala también que :

Y en la STC 01970-2008-PA/TC, este Tribunal estableció que el derecho a la imagen es:

"un derecho autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que no afecte la esfera personal de su titular, no lesionen su buen nombre ni den a conocer su vida intima, salvaguardándolo de un ámbito propio

y reservado, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello su titular tiene la

facultad para evitar su difusión de su aspecto físico, ya que es el elemento configurador de todo individuo, en cuanto a su identificación, que proyecta al exterior para su reconocimiento como persona."

Establece además que tal derecho tiene una dimensión negativa y una dimensión positiva. La dimensión negativa del derecho a la propia imagen "implica la posibilidad que tiene el sujeto de además de prohibir la captación, reproducción y/o publicación de su imagen, cuando no medie su consentimiento". La dimensión positiva en cambio se refiere a "la facultad que

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> Por otro lado , La Corte Constitucional colombiana ha señalado en su sentencia t-240 de 2018 que "el escenario de las redes sociales expone a quienes lo usan a situaciones que en un principio pudieron no ser presupuestadas y que pueden llegar a implicar afectaciones a la dignidad de las personas cuando superan el ámbito de lo privado".

tiene el sujeto de determinar el uso de su imagen, lo que lo faculta a "obtener su imagen, reproducirla o publicarla" <sup>179</sup>

Del mismo modo, en el considerando 9 precisa que el derecho a la imagen propia en el caso de los niños (as) y adolescentes tiene configuraciones propias. El derecho a la imagen propia de los niños y adolecentes debe adaptarse a las especiales circunstancias de este sector de la población. por ejemplo, los criterios de razonabilidad no podrán ser los mismos que ellos utilizados para el del derecho a la imagen propia de los adultos:

## Así se precisa:

- 1.-Cuando se trate de asuntos íntimos de los menores o su familia.
- 2.-Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación."

Esta prohibición tiene como sustento la protección ante la mayor estigmatización, dificultando el derecho a la reinserción social.

- 3.-También los hechos bochornosos que terminan re victimizando a los NNA.(considerandos 17,18 y 19).
- 4.-Existen casos de interés público o científico , que deben realizarse con autorización de los padres y siempre que no se dañe o cause perjuicio a los NNA.

# 6.-TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN YCOMUNICACION EN LA FAMILIA.

Actualmente, el Perú cuenta con una legislación diferente a la existente 26260, contamos con la ley 30364, en la que se definen los roles , los enfoques, los procedimientos , incluso la celeridad que debe existir en los procesos, inclusive usando los correos ,los teléfonos para efectuar notificaciones.

También existen en Perú el uso del expediente electrónico en otras áreas del derecho como la laboral y comercial ,más no en Derecho de Familia. Sin embargo, ello no significa que algunos asuntos que son parte de la vida familiar se hayan visto afectados por la tecnología:

1.-Existe dificultad en los padres al colocar limites a sus hijos , a quienes muchas veces contentan entregándoles el celular desde incluso edades desde los dos años ,.

<sup>&</sup>lt;sup>179</sup> STC 01970-2008-PA/TC.

- 2.-El teléfono celular y su uso ha limitado el diálogo en las familias.
- 3.-Muchos adolescentes y jóvenes se las pasan pegados a sus audífonos.
- 4.-La forma de establecer relaciones, comunicación ha variado , y los padres y familiares se adaptan a ello.

Asimismo ,no son extraños en la Administración de Justicia las denuncias por violencia psicológica perpetrada usando los medos tecnológicos como el chat, el correo , el Messenger etc. Y la judicatura ha introducido los mismos como medios de prueba de la violencia .

## **CONCLUSIONES:**

- 1.-Los TICS son las tecnologías que se han venido incorporando en la vida de las personas y sus comunicaciones ,a través de diversos canales como la internet, teléfonos móviles, facebook. Twitter, etc.
- 2.- El uso de los TICS para los niños ,niñas y adolescentes significa el acceso a un vinculo que se crea o fortalece por estos medios masivos . Los NNA comparten sus ideas , lo que les pasó, sus comentarios y lo hacen usando diversas formas, con palabras, fotos, videos, selfie, etc, Existen varios derechos que se reafirman a través de estos medios como el de participación, expresión, opinión, recreación. Pero a la vez, existe la posibilidad de violar derechos de terceros como cuando se hace el bulling contra alguna persona del aula o amistad. y otras formas incluso de cyberbullig.
- 3.-Es necesario realizar acciones respecto al uso de los video-juegos violentos y acciones de política pública local, regional y gubernamental.
- 4.- El uso de Tecnología digital viene ofreciendo en diversos países muchas ventajas en salud ; no se pueden dejar de mencionar los avances tecnológicos y el envío de información a los servicios médicos o medico particular es el caso , de la piel sintética que puede realizar electrocardiogramas. Ello significará grandes avances en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de los NNA, de manera especial en países en donde la geografía impide el rápido acceso a los centros de salud.
- 5.-La aplicación de las TICS en el derecho está vinculado a distintas áreas de especialización, derecho de los NNA, Derecho de familia, Derecho laboral y otros.
- 6.- En la Sentencia Exp N- 03459-2012-PA/TC amparo sobre el uso de la imagen de los hijos del postulante al Gobierno regional de Ucayali en Perú, se hace precisión sobre el Derecho a la imagen y reputación de los niños. Se indica que todos los niños tienen derecho a su imagen propia.
- 7.- , La Corte Constitucional colombiana ha señalado en su sentencia t-240 de 2018 que "el escenario de las redes sociales expone a quienes lo usan a

## X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

situaciones que en un principio pudieron no ser presupuestadas y que pueden llegar a implicar afectaciones a la dignidad de las personas cuando superan el ámbito de lo privado".

8.-La incorporación de las TICS a la Administración de justicia tiene como ámbitos desde la elaboración de una agenda, hasta el control y gestión de los despachos judiciales, pero además resultan de aplicación al seguimiento de avances en la ejecución de resoluciones respecto de NNA.

## X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

## **BIBLIOGRAFIA:**

- 1.-Constitución política del Perú
- 2.-Convención de los Derechos del NNA
- 3.- La ley N°28705
- 4.- Ley N-29139
- 5.- Sentencia Exp N- 03459-2012-PA/TC
- 6.-Sentencia TEDH. López Ribalda vs. España, de 9 de enero de 2018
- 7.-ASPIS Analia . Las TICs y el Rol de la Justicia en Latinoamérica. Instituto sueco de Derecho e informática de la Universidad de Estocolmo.
- 8.-Diario Gestión fecha 19 de Febrero del 2018. "La piel sintética que puede realizar "electrocardiogramas
- 9.-Diario Gestión fecha 06 de Febrero del 2018. "El médico serás tú".

.....

## "INFANCIA, DELINCUENCIA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS"

AUTORES: DRA. MARIA A FONTEMACHI
PROC. IGNACIO BIANCHI
MAG NICOLAS BIANCHI

#### Introducción

El tema propuesto tiene por objeto reflexionar sobre los distintos delitos que se pueden cometer utilizando las nuevas TIC's y cuáles de ellos cometen los adolescentes

En primer término debemos tener claro que en mi país, la Rca Argentina, solo son imputables, y pueden ser sometidos a proceso e incluso recibir una sanción, los adolescentes mayores de 16 años, en conductas penadas por el Código Penal con sanción o pena privativa de la libertad mayor a dos años, por ello hay delitos que son sancionados si son adultos, pero no son aplicables a adolecentes que incurrieron en esta conducta cuando tenían 16 o 17 años.

En la Rca Argentina y en mi función como jueza penal de menores, no ha ingresado ningún adolescente imputado por alguna de las conductas que vamos a analizar

Es cierto que por ejemplo que ellos bajan películas las ven, las comparten con amigos, o bien las difunden, algunos las venden, lucran con este "modus operandi", pero no se ha configurado a la fecha el delito previsto en la ley 11.723, que es la distribución y venta, y consiguiente beneficio económico, al menos no ha sido denunciado como Piratería digital

Si se ha tenido conocimiento de *cyberbullying* entre adolescentes en ámbitos escolares, pero no ha llegado a la justicia y por el monto de la sanción a la fecha no son punibles.

Lo que si ha sucedido es la individualización de adolescentes infractores, a través de sus publicaciones en Facebook, mostrando armas por ejemplo y son identificados por las victimas de delitos contra la propiedad, o las personas, a través de las imágenes publicadas por los mismos... lo que seria una autoincriminación llevada a cabo por su deseo de mostrarse de ser reconocidos, aunque sea por estas conductas.

La red es un extensísimo territorio digital que ofrece multitud de posibilidades a quien transita por ella, y por la facilidad con que los niños, niñas y adolescentes acceden, "nacen informatizados", la generación Milenial y ahora Z o Centenial, nativos digitales.

## I.- Delitos tecnología, niñez y adolescencia

Se producen delitos tecnológicos cometidos por menores de 18 años, ilícitos que en muchos casos se dan sin que el niño o niña que los comete sea consciente de que su conducta configura un delito

Una de las conductas que se han observado es por ejemplo colocar en una página una foto de un profesor que les cae mal y hacerle comentarios de todo tipo o tocar la imagen y ridiculizar a su protagonista" o bien vídeos o la fotografía se difunden a través de las redes sociales o por medio de 'Youtube'. Otros delitos habituales son las amenazas a compañeros o a figuras de autoridad a través del anonimato que proporciona internet, el robo de cuentas de correo, la suplantación de personalidades ajenas y las injurias y calumnias, pero reitero en Argentina este delito no es punible, porque los delitos que dependen de "Acción privada", como lo es la injurias o calumnias, no son perseguibles cuando el niño niña o adolescente tiene menos de 18 años.

El problema es que el anonimato da una completa sensación de impunidad que creen como digo tener, aunque no es real ya que también las tecnologías nos ayudan a investigar estas situaciones y a sus autores.

Otro fenómeno lamentable pero pensamos evitable, es cuando los niños, niñas o adolescentes son víctimas en la red. Habitualmente, muchos pedófilos entran en contacto con niños y niñas de corta edad, también adolescentes a través de portales o 'chats', donde se ganan su confianza y, cuando consiguen fotos más o menos comprometidas de sus víctimas, las chantajean con hacerlas públicas para lograr sus propósitos o incluso conciertan citas y los hacen ir de sus casas y muchos de ellos desaparecen y son víctimas de delitos sexuales, homicidios etc. .

Es asombrosa la formación que tienen muchos niños en relación a la red, pero, como dije, todo deja rastro, porque queda registrada la IP que te ha dado un determinado servidor, a qué hora, el día en que se otorgó y los minutos que se usó etc.

#### II.- Ciber delitos

A continuación me parece importante conceptualizar los distintos delitos que se cometen por medio de la red, para luego identificar los que cometen adolescentes

Phishing,

El termino Phishing es utilizado para referirse a uno de los métodos más utilizados por delincuentes cibernéticos para estafar y obtener información confidencial de forma fraudulenta como puede ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra información bancaria de la víctima.

Es utilizado para nombrar la técnica de ingeniería social que, mediante suplantación de correos electrónicos o páginas web, intenta obtener información confidencial de los usuarios, desde números de tarjetas de crédito, debito etc

**Pharming** es la explotación de una vulnerabilidad en el software de los servidores DNS (DomainNameSystem) o en el de los equipos de los propios usuarios, que permite a un atacante redirigir un nombre de dominio (domainname) a otra máquina distinta. De esta forma, un usuario que introduzca un determinado nombre de dominio que haya sido redirigido, accederá en su explorador de internet a la página web que el atacante haya especificado para ese nombre de dominio.

Podríamos resumir así las básicas diferencias entre el pharming y el phishing: Phishing: generalmente se detecta viendo la URL y no existe ataque previo de malware. De hecho el phishing se puede dar en equipos libres de virus en donde la mayor amenaza para el equipo es el propio usuario final. Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/Pharming

## Piratería digital

La piratería digital hace estragos en la economía del mundo. Mientras se descargan, ilegalmente, software, filmes, CD y libros, las empresas que producen estos contenidos, así como quienes los adquieren, pierden dinero.

En la Rca Argentina Ley 11.723 de 1933, regula el Régimen General de la Propiedad Intelectual

- Art. 71. Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, (un mes a seis años) el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley.
- Art. 72: Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:
- a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes.
- b) El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto.

- c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto.
- d) El que edite o reproduzca mayor número delos ejemplares debidamente autorizados.

Artículo 72 bis.(Agregado por la Ley 23.741 de 1989). Será reprimido con prisión de un mes a seis años:

- a) El que con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor;
- b) El que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales;
- c) El que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio;
- d) El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo;
- e) El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público.

El damnificado podrá solicitar en jurisdicción comercial o penal el secuestro de las copias de fonogramas reproducidas ilícitamente y de los elementos de reproducción.

El juez podrá ordenar esta medida de oficio, así como requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial. Cuando la medida precautoria haya sido solicitada por una sociedad autoral o de productores, cuya representatividad haya sido reconocida legalmente, no se requerirá caución.

Si no se dedujera acción, denuncia o querella, dentro de los 15 días de haberse practicado el secuestro, la medida podrá dejarse sin efecto a petición del titular de las copias secuestradas, sin perjuicio de la responsabilidad que recaiga sobre el peticionante. A pedido del damnificado, el juez ordenará el comiso de las copias que materialicen el ilícito, así como los elementos de reproducción. Las copias ilícitas serán destruidas y los equipos de reproducción subastados. A fin de acreditar que no utilizará los aparatos de reproducción para fines ilícitos, el comprador deberá acreditar su carácter de productor fonográfico o de licenciado de un productor. El producto de la subasta se destinará a acrecentar el "fondo de fomento a las artes" del Fondo Nacional de Derechos de Autor a que se refiere el artículo 6 del decreto-ley 1224/58

### Ciber-acoso

El ciber-acoso (derivado del término en inglés cyberbullying también denominado acoso virtual o acoso cibernético, es el uso de medios de comunicación digitales para acosar a una persona o grupo de personas,

mediante ataques personales, divulgación de información confidencial o falsa entre otros medios. Puede constituir un delito penal.

El ciberacoso implica un daño recurrente y repetitivo infligido a través de los medios electrónicos. Según R. B. Standler, el acoso pretende causar angustia emocional, preocupación, y no tiene propósito legítimo para la elección de comunicaciones.

El término ciberacoso fue usado por primera vez por el educador canadiense Bill Belsey.

Otros términos para ciberacoso son acoso electrónico, e-acoso, acoso SMS, acoso móvil, acoso en línea, acoso digital, acoso por internet o acoso en internet.

En el cyberbullying se utilizan palabras vulgares .https://es.wikipedia.org/wiki/Ciberacoso 2018 **Acecho cibernético** 

"Cyberstalking" o "Acecho Cibernético", significará participar o llevar a cabo conducta para comunicarse, o para hacer que se comuniquen, palabras, imágenes, lenguaje, o por medio de la utilización del correo electrónico, comunicación electrónica, o equipos cibernéticos dirigida a una persona, causando considerable daño

El ciberacoso en nuestro pais la Rca Argentina se ha incorporado como delito en el código penal , esto posibilita condenar las conductas que tengan lugar cuando una persona se ponga en contacto por medios electrónicos con un menor de edad con el fin de cometer cualquier delito contra su integridad sexual.

El crecimiento de los últimos años del uso de al redes sociales y su aprovechamiento por parte de quienes delinquen por intermedio de ellas, en especial en la captura de la confianza de los niños, niñas o adolescentes, es una práctica que ha venido en aumento y así lo demuestra la cantidad de casos registrados y conocidos en los últimos tiempos. Contamos con una figura que facilita la persecución, investigación y condena sobre estas acciones aberrantes.

En la anterior reforma del Código Penal del año 2008, se incorporaron nuevas figuras que tenían como medio el uso de tecnologías de comunicación para la consecución de diferentes acciones penadas, como ser la **distribución**, **comercialización**, **facilitación o producción de material de pornografía infantil**, el acceso indebido a sistemas electrónicos, la alteración de datos o su destrucción, la privacidad de los correos, entre otras. Todas ellas quedaron como parte de nuestra legislación penahttps://www.clarin.com/buena-vida/tendencias/claves-nueva-ley-ciberacoso\_0\_Bycm5ZMovQg.html

Así el artículo 128 del Código Penal dentro del capítulo que sanciona las conducta que atentan contra la integridad sexual describe que : "Sera reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores." Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años."

También completa este espectro la Ley 26904 Ley de Grooming incorporando al Código Penal el Articulo 131 que dice: "Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma

## Sexting

El **sexting** consiste en el envío de contenidos de tipo sexual (principalmente fotografías y/o vídeos) producidos generalmente por el propio remitente, a otras personas por medio de teléfonos móviles

Es que sexting significa, ni más ni menos, exhibicionismo online. Nació de la conjunción de las palabras inglesas sex y texting (sexo y envío de textos) para referirse a una de las principales vías de difusión de imágenes, a través de celulares, y que estas circulan por la Web.

Sexting (contracción de sex y texting) es un anglicismo que se refiere al envío de mensajes sexuales (eróticos o pornográficos), por medio de teléfonos móviles. Inicialmente hacía referencia únicamente al envío de SMS de naturaleza sexual, pero después comenzó a aludir también al envío de material pornográfico (fotos y videos) a través de teléfonos celulares y computadoras.

También se le denomina "sexteo" en español a esta conducta El propio Departamento de Justicia del gobierno de los Estados Unidos ha alertado sobre el auge de este fenómeno que, según reconocen, está dando lugar a nuevas formas de delito.. Las razones más comunes por las que se utiliza el sexting son: romance, búsqueda de pareja, coqueteo, popularidad, presión por

amistades, venganza, intimidación y chantaje según datos del ConnectSafely Fuente https://es.wikipedia.org/wiki/Sexting

**Imágenes de abuso sexual infantil** <a href="https://es.123rf.com/imagenes-de-archivo/abuso\_sexual.html?sti=lsmgize4fy9xrfu99pl&mediapopup=35442158">https://es.123rf.com/imagenes-de-archivo/abuso\_sexual.html?sti=lsmgize4fy9xrfu99pl&mediapopup=35442158</a>

Las conductas descriptas como delitos, infracciones en adolescentes, a veces punibles, otras no, según el monto de la pena y la edad de los/as mismas/os son la piratería digital, el ciberacoso cyberbullying y el Sexting.

### Crímenes de odio

Los delitos de odio tienen lugar cuando una persona ataca a otra motivada exclusivamente por su pertenencia a un determinado grupo social, según su edad, sexo, religión, raza, etnia, nivel socio-económico, nacionalidad, ideología o afiliación política, discapacidad u orientación sexual.1

A principios de los años '80 en la legislación de algunos países anglosajones, por impulso de la militancia LGBT, empezaron a introducirse figuras legales para visibilizar delitos motivados por el prejuicio, la aversión y la discriminación hacia determinadas víctimas.

El término **crímenes de odio** (hatecrime) surgió en Estados Unidos, en 1985, cuando una oleada de crímenes basados en prejuicios raciales, étnicos y nacionalistas fueron investigados por el Federal Bureau **Of Investigation**. Como resultado de ello, los medios de comunicación tomaron el término por su valor de impacto en los titulares;

En un principio, esta literatura se utilizó, particularmente, para referirse a aquellos crímenes en contra de grupos raciales, étnicos o hacia ciertas nacionalidades. A partir de entonces, los diferentes movimientos para la promoción y protección de los derechos humanos en Estados Unidos lo fueron incorporando en su discurso y ampliando para la inclusión de otros grupos vulnerados.

3 El impacto mediático del término en la población obligó al desarrollo, no solo de un cuerpo de ideas teóricas; sino además, de un cuerpo normativo que atendiera este tipo de crímenes.

En Argentina, la Ley 26.791 aprobada el 14 de noviembre de 2012 introduce modificaciones a distintos incisos del artículo 80 del Código Penal que tipifica y sanciona los homicidios agravados, entre estas, en el inciso 4º incorpora como agravante de los homicidios el odio a la orientación sexual de las personas, la identidad de género y/o su expresión.

En el resto de América Latina, solamente Uruguay tipifica en su código penal conductas que incitan al odio por orientación sexual, de igual manera es

importante notar que el Distrito Federal de México también lo incluye, aunque no se replica en todos los estados. En otros países, como Colombia, el término de crímenes de odio no está incluido en la legislación penal como tal, pero existe una causal de mayor punibilidad: la "intolerancia" referida a la orientación sexual.

Muchos adolescentes son victimas por parte de sus compañeros y de la sociedad en general de discriminación y delitos como los descriptos y han producido suicidios y si no gran sufrimiento,

## Terrorismo cibernético / ciberterrorismo

El ciberterrorismo o terrorismo electrónico es el uso de medios de tecnologías de información, comunicación, informática, electrónica o similar con el propósito de **generar terror o miedo generalizado** en una población, clase dirigente o gobierno, causando con ello una violación a la libre voluntad de las personas. Los fines pueden ser económicos, políticos o religiosos principalmente. hnte https://es.wikipedia.org/wiki/Ciberterrorismo

La guerra cibernética se define como "las acciones de un estado nación para penetrar en los ordenadores o redes de otra nación con el fin de causar daños o trastornos". Muchas personas sugerirían que el Ciberterrorismo se refiere a la voluntad de un grupo terrorista de causar muerte o lesiones graves utilizando herramientas de ataque basadas en Internet. Si bien, por desgracia, estos ataques son posibles, afortunadamente hasta la fecha no tenemos ninguna constancia de que grupos terroristas empleen estas tácticas. Eso no quiere decir que no estén dispuestos a hacerlo y, en consecuencia, existen estrategias de ciberseguridad nacional que intentan hacer frente a estas vulnerabilidades. Sin embargo, es más común que los grupos terroristas utilicen herramientas basadas en Internet y software, tales como aplicaciones de voz y de texto encriptados y redes de anonimato, para planificar y respaldar sus operaciones. No siempre es posible aislar a las víctimas de un ataque cibernético. En conclusión, es muy probable que cada vez con más frecuencia presenciemos el despliegue de armas ofensivas cibernéticas nacionales como conflicto precursor un http://www.elmundo.es/economia/2017/03/28/58da300a22601d4a3e8b4649.ht <u>ml</u>

No podemos decir que estos delitos no sean cometidos por adolescentes, los adultos no tenemos idea de todo lo que una mente infantil o adolescente puede crear, descubrir, hacer.. pero estos delitos no llegan a la justicia penal juvenil,

ya que son en du caso competencia federal o delitos que traspasan las fronteras

#### Robo de identidad

El robo de identidad o usurpación de identidad es la apropiación de la identidad de una persona: hacerse pasar por esa persona, asumir su identidad ante otras personas en público o en privado, en general para acceder a ciertos recursos o la obtención de créditos y otros beneficios en nombre de esa persona.

Por otro lado, el robo de identidad también es utilizado con el fin de perjudicar a una persona, es decir, difamarlo o manchar su nombre con diversos fines que el criminal busque.

El caso más común hoy en día se da cuando un atacante, por medios informáticos o personales, obtiene su información personal y la utiliza ilegalmente.

El robo de identidad es el delito de más rápido crecimiento en el mundo. Hasta no hace mucho tiempo, cuando un ladrón robaba la billetera o porta documentos, el dinero no era lo único que pretendía. Con el tiempo, los datos de los documentos de identidad como, por ejemplo, la tarjeta de crédito, la tarjeta de débito, los cheques y cualquier otro documento que contenga los datos personales se han vuelto muy importantes.

En el transcurso de cualquier día, esta información se divulga al hacer transacciones en persona, por teléfono y online para efectuar la compra de productos y servicios. Si esta información confidencial cae en manos de un delincuente, podría utilizarse para robar la identidad financiera y realizar muchas de las actividades en nombre del titular.

Con el desarrollo de las nuevas tecnologías, el robo de identidad se ha convertido en la modalidad delictiva que más ha crecido en los últimos años. En el año 2014 se denunciaron 117 delitos de suplantación de identidad en España. Existen varios métodos para obtener datos de la información personal: y la forma de llevarlo a cabo se da por ejemplo con : correos falsos: esta técnica permite pasar a un atacante por una organización, banco o empresa verdaderas para obtener información que garantice acceso a algún recurso que usted utilice en esa organización, banco o empresa, personal: cualquier persona maliciosa podría obtener información que escuchó o vio de parte suya que le garantice acceso a algún recurso valioso, ataque organizado: cualquier atacante podría intentar superar la seguridad de un banco, empresa o organización para obtener información personal de los clientes para luego acceder a algún recurso de esa empresa, ataque a servidores de almacenamiento de información online: el atacante puede tratar de obtener

datos de un servidor de almacenamiento de datos en la nube; obteniendo contraseñas, DNI, cuentas bancarias, etc.

## **Spam**

Spam es la denominación del correo electrónico no solicitado que recibe una persona.

Dichos mensajes, también llamados correo no deseado o correo basura, suelen ser publicidades de toda clase de productos y servicios

Los términos correo basura y mensaje basura hacen referencia a los mensajes no solicitados, no deseados o con remitente no conocido (correo anónimo), habitualmente de tipo publicitario, generalmente son enviados en grandes cantidades (incluso masivas) que perjudican de alguna o varias maneras al receptor.

La acción de enviar dichos mensajes se denomina **spamming**, la palabra equivalente en inglés, spam, proviene de la época de la segunda guerra mundial, cuando los familiares de los soldados en guerra les enviaban comida enlatada; entre estas comidas enlatadas se encontraba una carne enlatada llamada spam, que en los Estados Unidos era y sigue siendo muy común <a href="https://es.wikipedia.org/wiki/spam">https://es.wikipedia.org/wiki/spam</a>

## Manipulación bursátil / del mercado

La manipulación del mercado describe un intento deliberado de interferir con el funcionamiento libre y justo del mercado y de crear apariencias artificiales, falsas o engañosas con respecto al precio de, o en el mercado de, valores, materias primas o divisas.

La manipulación del mercado está prohibida en los Estados Unidos bajo la Sección 9 (a) (2)1 de la Securities Exchange Act de 1934, y en Australia bajo la Sección 1041A s de la Ley de Sociedades de 2001. La Ley define la manipulación del mercado como las transacciones que crean un precio artificial o mantienen un precio artificial de un valor negociable. En esta materia también entra en acción la legislación de protección de los consumidores y usuarios.

La tipificación penal del delito de abuso de información privilegiada (que debía mantenerse en secreto) -Insider Trading- reprime penalmente el uso y suministro de cualquier tipo de información o datos sensibles, que por sus características pueda alterar la negociación, cotización, compra, venta y liquidación de valores negociables.

La figura reprime el uso de información reservada por parte de una persona cualquiera, a la que habitualmente se la conoce como "insider" y que de alguna forma estuvo posibilitada de acceder a dicha información, y que conociendo el

carácter reservado de la misma, hizo uso de ella para obtener, ya sea para sí mismo o para terceros, un beneficio interviniendo de alguna manera en la negociación o comercialización de acciones o títulos valores que cotizan en Bolsa.

Así, a consecuencia de tal actuación, se genera una desigualdad en la negociación llevada a cabo en el mercado de capitales, provocando que quienes tienen conocimiento (ya sea en forma directa o indirecta) de información que aún no se ha hecho pública, se encuentren en posición ventajosa con respecto al co-contratante y el público en general, violándose de tal manera una de las reglas más importantes del mercado de capitales: la transparencia e igualdad entre los inversores en el marco de la oferta pública. En la Argentina la figura del insider trading se incorporó a nuestra legislación a través de las Resoluciones Generales 190 del 26 de noviembre de 1991 y su modificatoria 227 del 26 de enero de 1993 de la Comisión Nacional de Valores (CNVhttp://www.iprofesional.com/notas/127474-Conozca-al-insider-trading-la-nueva-figura-que-incluye-la-ley-de-manipulacion-de-mercado

## Hackeo (automóviles, cajeros, monitores de bebé, cámaras de vigilancia, otros)

La palabra hackear es muy conocida en el contexto de la informática, ya que define la acción entrar de forma abrupta y sin permiso a un sistema de cómputo o a una red. La persona que realiza esta acción se le denomina hacker. Existen diferentes clases de hackeo, entre ellos están: Troyanos vía mensajería de texto, este hackeo consiste en montar un programa con un troyano o caballo de Troya, como muchos lo conocen, haciendo alusión a la mitología griega. Tiene la capacidad para no ser visto y está prohibido usarlo ya que a través de él se pueden leer, borrar, y modificar cualquier archivo.

La figura fue incorporada al Código Penal Argentino por la Ley 26.388 de Delitos Informáticos en 2008, en los siguientes términos: "Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización xcediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido".

**Defraudacion e** previsto y sancionada por el articulo 173 inciso 16. del Código. Penal Argentino "El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)"

La acción consiste en la obtención, sin contar con autorización o excediendo los límites de ésta, con la que se cuenta, de acceso a una red, servidor, sistema, dato o archivo informático, aprovechando deficiencias de seguridad en los procedimientos del sistema o por cualquier medio, por ejemplo, simulando ser un usuario legítimo. La norma exige un obrar a sabiendas, lo cual implica saber claramente lo que se hace, excluyéndose los casos de acceso accidental. No se exige, en cambio, daño concreto alguno (vgr., borrado de datos, daño a los archivos o al sistema o copia de obras intelectuales). La figura consagrada es subsidiaria, en el sentido de que sólo será de aplicación en los casos en que la acción no resulte en otro delito cuya pena sea mayor. A partir de ahora, la violación de la privacidad y la interrupción de servicios vía web, sea mediante el acceso indebido a un sistema o dato informático o la alteración del contenido de una página web, tienen sanciones penales.

Afortunadamente, existen herramientas legales para hacer frente a estas amenazas. Pero, es muy importante que las víctimas se concienticen de que existen y que les permiten prevenir los diferentes daños; caso que estos se hayan producido adoptar correctivos para reducirlos.

Como vemos la lista de acciones es importante y cada día salen nuevas figuras legales y perjuicios hechos en la que se ven involucrados los niños, niñas y adolescentes, en algunos casos como infractores y en otros como víctimas, debemos tomar acciones para frenar esta escalada de dolor en muchos de ellos/As

## III. La Red oscura

No podemos dejar de mencionar la Red Oscura, la existencia de una internet velada que opera más allá del control de los gigantes de la tecnología y de las donde se venden pornografía, armas, personas etc

No son cosas que simplemente encuentras ni van a aparecer en una búsqueda de Google. No están indexadas por los motores de búsqueda y se necesitan programas específicos, autenticación y hasta una invitación para acceder", le explica a BBC Mundo Brian Laing, vicepresidente de productos de la firma de seguridad informática Lastline.

Uno de los programas más conocidos es Tor, que oculta la ubicación y la actividad de la persona que usa la red.

Y aunque tiene usos legítimos por parte de quienes desean o requieren proteger su identidad, un estudio del King's College de Londres dado a conocer en marzo pasado reveló que sus usos más comunes son criminales.

Drogas y pornografía, los sitios más populares en la red oscura

## X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

En el ámbito de Tor y otras redes hay mercados, equivalentes a los Amazon y los eBay del mundo corriente. "Es la manifestación digital del mercado negro y está en pleno florecimiento", dice Laing.

Quizás el caso más famoso sea el de Silk Road, el primero de los mercados negros online modernos, que fue cerrado en 2013 por el FBI. De acuerdo con artículos de prensa de la época, el 70% de más de 10.000 artículos en venta eran drogas ilegales de diversa índole, pero también había identificaciones falsas y artículos eróticos.

El sitio notablemente prohibía la venta de pornografía infantil o armas. No era ni es, sin embargo, el único. Ni sus reglas eran universales.

Hay muchos mercados todavía que venden productos ilegales. Cada vez que uno es cerrado, dos o tres aparecen en su lugar", le dice a BBC Mundo Eileen Orsmy, una periodista australiana que ha estudiado el asunto en detalle y autora del libro "Silk Road"

Uno de los elementos que permite que el comercio en la darknet florezca es el hecho de que los productos circulan por el correo, como paquetes ordinarios.

"Los sobres no se distinguen de los miles de millones que circulan por el globo todos los días. Sin importar lo que veas en televisión, ningún país tiene los recursos para poner a perros a chequear cada uno de ellos", afirma Orsmby.

"Los vendedores son muy buenos para ocultar lo que hay en los sobres. Lo llaman 'stealth' (disimulo) y reciben calificaciones por lo buenos que son con sus 'stealths'".

En el otro extremo del problema, está el asunto del pago.

"Previamente, las compañías de tarjeta de crédito podían rechazar pagos de sitios sospechosos para hacer más difícil la recolección del dinero", señala Brian Laing.

El mayor problema a los fines de esta ponencia es que la internet oscura es también el lugar donde muchos pedófilos intercambian pornografía infantil. Una investigación de la BBC de 2014 encontró que decenas de miles de personas la usaban para ese fin. Una de las páginas involucradas recibía unas 500 visitas por segundo, encontró la investigación.

Para hacer frente a estos y otros delitos, Reino Unido creó una Célula de Operaciones Conjunta, que hasta ahora ha "intervenido más de 50 sitios de abuso sexual de niños como arte de sus operaciones, aunque es probable que esto represente una pequeña porción de los sitios de los que la agencia conoce", le dice a BBC Mundo Lee Munson.

"Ahora, con la proliferación del bitcoin, la internet oscura tiene una forma de moneda a la que no se puede hacer seguimiento, eliminado la forma más fácil de detectar e impedir las operaciones".

https://www.bbc.com/mundo/noticias-36893836

## IV. Casos: Defraudación por medios informáticos

Cámara Federal de Casación Penal.. "C, P A". Causa Nº 51/2011. 15/6/2015.

#### **HECHOS**

La maniobra había consistido en ingresar a una cuenta de home banking ajena, transferir dinero a la cuenta de un tercero para retirarlo con posterioridad. Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de casación. Entre otras cuestiones, se impugnó la autoría y la capacidad del condenado de realizar la maniobra defraudadora por su edad 17 años.

CALIFICACIÓN LEGAL Defraudación previsto y sancionada por el articulo 173 inciso 16. del Código. Penal Argentino "Sanción de un mes a seis años al que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)"

## **DECISIÓN Y FUNDAMENTOS**

La Sala III de la Cámara Federal de Casación rechazó el recurso. "Con relación a la autoría del condenado en el hecho investigado, se destacó que la circunstancia de que la transferencia sobre la cuenta de [CMB] del Banco Francés se haya dispuesto de un IP situado en Guadalajara, México, no es óbice para endilgarle la maniobra defraudadora denunciada. En dicho sentido, destacaron que 'de acuerdo a la nueva tecnología de que dispone cualquier persona con conocimientos de informática puede operar un 'IP' situado en otro país desde la República Argentina, tal como se explica, incluso, mediante tutorial esen internet [...] que brindan instrucciones no sólo para navegar con un IP de otro país sino también para hacerlo en forma anónima, esto es, sin poder ser identificado'. Los magistrados de la instancia anterior refirieron que del informe de la firma 'Google Inc.' surge que la cuenta de correo de [PAC] se hallaba vinculada a 'direcciones de IP extrañas a la jurisdicción Argentina'.[La incapacidad técnica alegada por la defensa de [PAC] para realizar la manipulación informática que se le atribuyó, no se corresponde con las tareas

que desempeñaba en' Global Logic' (que lo muestran conocedor de lo que 'hay detrás de una página de internet') y su carácter de estudiante universitario de ingeniería en sistemas de la UBA. La conclusión alcanzada por el tribunal de juicio en torno al punto también encuentra apoyo en los dichos de [DOA], quien señaló que en la firma 'Global Logic' poseían herramientas y software adecuado para trabajar con páginas web que requerían de usuarios y contraseñas").

### **RESULTADO:**

SENTENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL: FALLA: I- Declarar a autor responsable del delito DEFRAUDACION, previsto y sancionado por el art. 173 Inciso 16 del Código Penal \_ II.- Prorrogar las medias de protección por el termino de seis meses III Derivar al adolescente al Programa de medidas alternativas a los fines de que reciba apoyo y capacitación sobre el uso responsable de las IV.- Oportunamente una vez concluidas las medas de protección, fíjese la audiencia prevista en el Art. 4 de la ley 22.278/803 Notifíquese

## CASO II. Grooming y/o Exibiciones Obsenas

Una madre M.M.A: denuncio el caso de que su hija, una niña de 13 años MMB la que fue contactada, a través de Facebook (Internet), por un adolescente y se mostraba desnudo sin mostrar la cara. Este hombre le mostraba sus partes íntimas pero nunca mostraba su cara, cuando se pudo identificar al infractor resulto ser un adolescente de 17 años JJV hijo del empleador de la madre. ".

## Calificación legal Exhibiciones Observas en concurso ideal con Gooming

Artículo 129 del C.PA. Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros"

Articulo 131. - Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma. (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.904 B.O. 11/12/2013)

Artículo 1º.de la ley 22.278/803, "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho

años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación

### Decisión y fundamentos

El Fiscal Penal de Menores investigo el hecho conforme la normativa vigente art. 117 y cc. Ley 6.354,. Prima facie se investigo la comisión de dos hechos en concurso ideal "Exhibiciones Observas en concurso ideal con Gooming" previsto y reprimido por art. 129, 131 y 54 del C.P.A.

El grooming es un delito doloso, autónomo, de peligro, en el que el legislador adelanta la barrera de protección tipificando actos preparatorios de un eventual abuso sexual, a fin de prevenir la comisión de estos delitos en perjuicio de los menores, dada su vulnerabilidad. La acción típica consiste en contactar a un menor de 18 años a través de cualquier medio de comunicación tecnológica, es decir se trata de entablar una conexión personal a través de medios tecnológicos, un contacto 'virtual' como fase previa para la comisión de un delito que afecte la integridad sexual a través de un contacto corporal, aunque el delito subsiguiente podría cometerse sin este contacto directo. Por eso, el contacto virtual con el menor no basta para configurar el delito sino que es necesaria la presencia de un elemento subjetivo ultraintencional distinto del dolo, un propósito subyacente del autor, que aparece redactado por la ley de la siguiente forma:'...con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma' (cfme. Alejandro Tazza, El delito de grooming, La Ley del 7/03/14, 1 - La Ley 2014-B-521, AR/DOC/321/2014). Es decir que debe acreditarse la finalidad del autor de cometer cualquier delito de esta índole, pues el bien jurídico protegido es la integridad sexual, su reserva o libertad, como podrían ser abuso sexual simple, abuso sexual gravemente ultrajante, abuso sexual con penetración o violación, estupro, promoción o facilitación de la corrupción de menores, promoción o facilitación de la prostitución de menores, rufianería, pornografía infantil, exhibiciones obscenas, rapto. Ahora bien, salvo que las conversaciones virtuales fueran muy explícitas, esta finalidad deberá inferirse, leyendo entre líneas las comunicaciones, teniendo en cuenta la introducción de temas sexuales, con mayor o menor sutileza, y la propuesta de un encuentro personal y directo. Claro está que como se trata de un delito de peligro, de un adelanto de la punibilidad hacia actos preparatorios, no es necesario que exista principio de ejecución de algún delito contra la integridad sexual para que se configure el injusto bajo estudio. Precisamente el ilícito previsto en el art. 131 del código de fondo en materia penal se consuma cuando se produzca el contacto virtual y pueda establecerse la ya mencionada finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual, dado que se busca proteger la dignidad de los menores, como así su normal

desarrollo psíquico y sexual, evitándolos ataques que puedan comprometer dicho desarrollo. Es preciso aclarar que no es necesario que el sujeto activo oculte o simule su identidad, -o mienta en su edad al establecer el contacto, para que se configure el delito. En el presente caso, no se ha demostrado esta finalidad, por la edad del autor y de la víctima, debe quedar atrapada la conducta en el art. 129 del C.P.A. De acuerdo a lo previsto por art Artículo 1º.de la ley 22.278/803, "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación y.

#### **RESULTADO**

## RESOLUCIÓN AUTO DE FISCALÍA EN LO PENAL DE MENORES

- I.- **ORDENAR EL ARCHIVO** de estas actuaciones (arts. 143 ley 6.354 y arts. 346 del C.P.P.), por no poderse proceder contra de JJV ........
- II.- **DECLARAR que JJV** con el grado de probabilidad afirmativa que la presente etapa implica, HA TENIDO INTERVENCION ACTIVA, en la comisión del hecho investigado calificado legalmente como EXIBICIONES OBSENAS previsto y penado por el art. 129 del Código Penal;
- III.- Derivar al mismo al Órgano Administrativo Local a los fines de ser incorporado a programa de uso responsable de las Redes e Internet en concordancia con lo dispuesto por los arts. 134 y 185 de la ley 6.354, y Ley 26.061, Acordada 21617, arts. 4, 8, 9 y cc del Protocolo de Incumbencias Ley 26061 de Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la Ley Penal, a los fines de la aplicación de las medidas tutelares.

COPIESE. OFICIESE. NOTIFIQUESE

#### V. Ponencia

En base a la fundamentación y argumentos descriptos proponemos

- 1.- Mayor formación a la niñez y adolescencia en las escuelas y centros de alfabetización sobre los riesgos de la red, no solo la que utilizamos permanentemente sino y especialmente la "Red oscura " o "Red profunda", a la que ellos pueden ingresar seguramente de manera mas fácil que nosotros.
- 2.- Capacitación a docentes y padres de las TIC"S
- 3.- Difundir los delitos cibernéticos, pues muchos los cometen, como el ciber acoso, Sexting etc,. pero ignoran que son delitos y sus consecuencias
- 4.- Mayor control parental de las actividades cibernéticas de los niños niñas y adolescentes, teniendo presente la responsabilidad parental que les cabe y su obligación de lograr su protección, formación integral y desarrollo.

# "CREACION DE JUZGADO DE VIOLENCIA DE FAMILIA Y DE GÉNERO ESPECIALIZADO INTERDISCIPLINARIO"

**AUTORA** 

# ADRIANA AVILA de TORRENTE<sup>180</sup>

#### ABSTRACT:

La propuesta está basada en la necesidad de la creación de un Juzgado de Violencia Familiar y de Género, el cual necesita la dedicación, especialidad, cuidado y atención que muchas veces por el cúmulo de tareas diarias en brindan sus integrantes de la manera que deberían hacer frente a dicha problemática y lo mismo le sucede al Equipo Auxiliar del Juez (Equipo Técnico Interdisciplinario) quien por el cúmulo de trabajo y escaso recurso humano disminuye la atención necesaria y efectiva en el tiempo oportuno.

Por ello propongo que desde esta Asociación se debata y proponga a las Provincias de Argentina que todavía no cuenten con estos Juzgados especializados su implementación como materia principal, con operadores intervinientes especializados y subsidiariamente que puedan entender en otras medidas urgentes (reintegro de hijos, protección de personas, etc.). Sintéticamente propongo la creación del Juzgado de Violencia Familiar y de Género y un equipo técnico interdisciplinario específico destinado a cubrir4 los requerimientos de este juzgado a crearse.

# **FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA**

Este trabajo se fundamenta en la experiencia de casi veinte años en el ejercicio de la profesión liberal dedicada exclusivamente a casos de familia.

Sabemos que las leyes no cambian la realidad, sino que acompañan una realidad social existente y los avances e implementaciones en las leyes de violencia familiar con protocolos o sin ellos, buscar dar un resguardo efectivo y eficaz al caso cuando se presenta.

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Abogada, Especializada en Niñez, Adolescencia y Familia, Maestría aprobada por la Universidad de Barcelona en Derecho de Familia con tesis pendiente de aprobación; Mediadora, Abogada del Niño.

Esta problemática tiene varios efectores los cuales deben reevaluarse a la luz de los derechos humanos e igualdad, sin discriminación por género, para que se pueda trabajar como un engranaje, como verdaderos auxiliares de la Justicia, para lograr una tutela judicial efectiva, pues si sólo logramos crear los Juzgados especializados en violencia familiar y de género nada cambiará sin la concientización necesaria.

Por ello analizaré y propondré cambios para cada uno de los efectores con capacidades necesarias y suficientes con miras al cambio propuesto:

## REALIDAD DE CHUBUT - EL PENDULO JUDICIAL

A fines de Julio de 2.017 el Poder Judicial, fijó la modalidad de guardias cada 15 días corridos para los Juzgados de Familia y capacitaron a los agentes de policía de la Comisaría de La Mujer para que tomaran las denuncias iniciales y analizaran su importancia.

En principio toda denuncia era comunicada telefónicamente a las secretarias de los juzgados de turno y éstas trasmitían a los jueces de turno el caso y dependiendo de su gravedad se ordenaban las medidas correspondientes (prohibición de acceso y acercamiento y/o toda comunicación, exclusión del hogar, etc. y al día siguiente hábil se remitían las actuaciones por mail directamente al juzgado y éstos iniciaban los expedientes. Dichas medidas eran notificadas al denunciado al día siguiente por medio de los agentes de policía.

Pasaron muchos meses de prueba y era recurrente que las mismas personas tuvieran varios expedientes. Ha habido casos que tenían dos o tres expedientes de violencia, porque más allá de las medidas de prohibición de acceso y acercamiento los problemas continuaban o se agravaban, por incumplimiento de alguna de las partes, porque las familias ampliadas tomaban represalias, porque volvían a convivir y volvían las agresiones, etc.

Los resultados demostraron en esa primera etapa de prueba la resistencia física y mental de los Jueces y Secretarias intervinientes, los cuales en el tiempo de guardia no duermen lo suficiente o no descansan y al día siguiente deben dictar sentencias, presenciar audiencias, escuchar a los niños, etc. etc. como otro día laboral.

Esta realidad ha calado hondo en los Juzgadores, y a la fecha ya demuestran el stress a los cuales están sometidos a diario.

Considero que con la creación de un Juzgado de Violencia de Familia y de Género con un equipo técnico interdisciplinario que lo acompañe, los resultados a favor del grupo víctimario serían más eficientes y éstos Juzgados podrían tener además competencia en casos de medidas cautelares complejas.

Las razones son las siguientes:

#### PRIMER EFECTOR

Quién toma la denuncia? En la Provincia de Chubut la denuncia es tomada por los agentes de Policía de la Provincia, que se desempeñan en la "Comisaría de la Mujer" denominación —poco feliz- pues discrimina al otro género -lo que debería modificarse-, y depende del agente de policía que tome o no la denuncia de violencia familiar para que se active el protocolo previsto; cuando quién denuncia es hombre rara vez le toman la denuncia dependiendo de la gravedad del caso, -lo que es analizado por el agente de policía de turno, para el caso que le nieguen el derecho a realizar una denuncia de violencia familiar, el denunciante debe recurrir a un abogado particular, Defensoría General o la secretaria del Juzgado de Familia de Turno en horario hábil para hacer valer sus derechos, lamentablemente he escuchado demasiadas veces que "los hombres no se quejan", "algo le habrá hecho", aquí sólo tomamos denuncia a mujeres" etc.

A la fecha a la denunciante se le hace saber que, al día siguiente hábil debe ratificar la denuncia con un abogado de confianza o bien con el acompañamiento de Defensoría General.

Por lo inicialmente expuesto, considero de fundamental importancia no sólo la capacitación de todos los operadores que intervengan en este proceso, sino primordialmente de los agentes de Policía, siendo el primer eslabón de una cadena de personas que deben atender en lo inmediato los derechos vulnerados de las personas que deciden tratar de vivir mejor.

Es tan importante el rol del agente de policía de inicio en el momento de tomar la denuncia, que debería estar acompañado de un abogado con título de especialista en familia o en violencia familiar y un psicólogo las 24 horas, los 365 días del año, pues los errores que puedan causar los agentes de policía puede producir mayores daños que la misma violencia sufrida y esta capacitación debe ser evaluada, actualizada y humanizada.

La violencia no tiene género, es violencia venga de donde venga, razón suficiente para que dicha capacitación no sea tomada a la ligera, debe ser constante y sostenida en la materia concreta y en forma interdisciplinaria, realizada por abogados, psicólogos y trabajadores sociales, y deberán aprobar los exámenes pertinentes para continuar tomando las denuncias en esta materia, pues la compresión de las situaciones violentas son fundamentales para contener y entender lo que le sucede a la víctima que denuncia.

438

Denominación discriminatoria que debe ser modificada atento las consecuencias que esto produce en la población masculina.

# <u>SEGUNDO EFECTOR – EQUIPOS TECNICOS</u> <u>INTERDISCIPLINARIOS (ETI)</u>

Generalmente el recuso humano es escaso y esto lleva a la ineficiencia de sus intervenciones y al incumplimiento generalmente en tiempo y forma en el proceso debido al cúmulo de casos; y a la fecha simplemente "refieren los dichos de las partes" distorsionando así el objeto de su intervención, pues recordemos que el equipo lo componen los psicólogos y los trabajadores sociales, entre otros profesionales de la salud mental, por lo tanto, dicha intervención se ha convertido en una prueba confesional abierta, donde muchas veces el informe depende del poder de convencimiento del entrevistado y en algunas ocasiones —lamentablemente no pocas-, han tomado partido porque el/la entrevistado/a demuestra sus emociones; han llegado a decir que siendo que el hombre lloró está arrepentido y no avalan la implementación de medidas.

Por lo tanto darle participación al equipo técnico en estas condiciones no cumple la función buscada para el caso concreto y más allá de su conocimiento académico deben capacitarse en violencia familiar y de género, no pueden seguir siendo generalistas, pues a diario cometen muchos errores.

En la Provincia de Chubut rige la Ley Provincial III N° 21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia" y en su art. 82 se determinan las funciones del ETI que dice: "Los Juzgados creados por esta ley contarán con Equipos Técnicos Interdisciplinarios permanentes integrados por médicos pediatras, y psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales y demás profesionales que resulten necesarios. Los equipos tendrán como función elaborar diagnósticos, pericias e informes sobre los asuntos sometidos a su consideración por el Juez de Familia, el Juez Penal y Contravencional de Niños y Adolescentes y los Ministerios Públicos. La conclusión de dicho equipo no serán vinculantes para los Jueces pero éstos deberán fundar su apartamiento de aquellas, bajo pena de nulidad, en caso de resolver en sentido adverso al sustentado por el equipo actuante".

Dado el artículo mencionado considero que el rol del ETI es fundamental y marcará el futuro del proceso.

## TERCER EFECTOR – EL JUZGADO DE FAMILIA

Al iniciarse el proceso en los Juzgados de Familia, y luego de las entrevistas con los equipos técnicos interdisciplinarios, éstos ratifican el plazo de las medidas y por lo general les recomiendan a las partes tratamiento psicológico. Mientras duran las medidas, dependiendo de los letrados actuantes, sean privados o dependientes del Poder Judicial, tal vez cumplan con los

tratamientos psicológicos encomendados pero <u>no existe seguimiento por parte</u> <u>del juzgador</u>, vencido el plazo de la medida y si no hay una nueva denuncia, el expediente se archiva.

# JUSTIFICACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO

¿Qué lleva a una persona a realizar una denuncia de violencia, a romper el círculo donde se encuentra involucrada toda la familia? Es el decir ¡basta!, generalmente cuando la denunciante es una mujer con sus hijos que han presenciado actos violentos es porque algo grave sucedió, sean golpes físicos más fuertes que los anteriores o que el agresor atacó a alguno de los niños; con lo cual la experiencia nos demuestra qué: "la denuncia" es un límite, es un hasta aquí; la/el denunciante no puede o no quiere seguir soportando esa vida. Cuando quién denuncia es un hombre a veces es porque teme sus reacciones o porque sus hijos lo maltratan como lo hace su pareja; entonces recurren a los agentes públicos, generalmente la policía, pero no podemos depender de la buena voluntad del agente de guardia, quién también traslada sus experiencias personales.

Y las personas más vulnerables en la trama de violencia familiar? nunca fueron escuchados por el Juez, no fueron entrevistados por el Equipo Técnico Interdisciplinario, no hubo informes escolares.

Algo cambió durante la vigencia de las medidas? Seguramente las personas involucradas se separaron y buscaron nuevos caminos, -situación ideal, pero ... y los niños?

Parecería que sólo se visibiliza la violencia contra la mujer, pero existe una violencia institucional que hoy negamos y que también la padecen los otros integrantes del grupo familiar. Considero que la violencia no tiene género, por lo tanto decir: "Comisaría de la Mujer" es violento y atenta contra los derechos de los que no se reconocen de dicho género.

Esta invisibilidad en una sociedad machista, hace que estas personas en su mayor grado de vulnerabilidad sean revictimizadas en las comisarías, sobre todo en la Comisaría de la Mujer de Chubut. No han sido pocos los casos en que se ha debido iniciar el proceso desde un estudio jurídico o desde Defensoría General ante la negativa de las Agentes de Policía que se niegan a tomarles la denuncia por el hecho de ser hombres; parecería que ellos no sufren violencia; y también se han dado circunstancias donde el denunciante es gay o transexual o se identifica en este colectivo y debe soportar nuevas agresiones por parte de quienes deben contenerlos.

Ha habido situaciones donde la agente que ha tomado la denuncia ha leído la misma en vos alta en la mesa de entrada de la Comisaría, mientras el resto del público en general escuchaba todo el relato.

Coincido y abono lo dicho por la Dra. Silvina Elizabeth Herrera y la Lic. en psicología Adriana Edit Herrera quienes han planteado ante la Comisión IV del IX Congreso realizado en Viñas del Mar, Chile en su ponencia "Creación de Juzgado Especializado en Violencia de Género y Familiar en cumplimiento con los objetivos de desarrollo sostenible desde una mirada interdisciplinaria" al decir: "(...) que la Organización de Naciones Unidas incluye entre sus recomendaciones que las leyes han de establecer la creación de tribunales especializados o procedimientos judiciales especiales que garanticen la tramitación oportuna y eficiente de asuntos de violencia contra la mujer; así como también la nueva agenda mundial donde resalta entre sus objetivos de desarrollo sostenible (ODS) la propuesta de facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces responsables e inclusivas a todos los niveles" (sic) .

Al hablar de violencia en general reproduzco el concepto ensayado por el Consejo de Europa que la define diciendo: "Toda acción u omisión cometida en el seno de una familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica o incluso la libertad de otro de los miembros de la misma familia, que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad." 182

Concluyendo digo que hay un camino largo por recorrer, pero debe capacitarse a todas las personas que desde el inicio de la denuncia por violencia familiar o de género para que sepan que deben hacer y las consecuencias de sus omisiones.

#### **PROPUESTAS:**

Por lo sucintamente expuesto propongo:

- 1.- Crear un Juzgado de Violencia Familiar y de Género y un Equipo Técnico Interdisciplinario como auxiliar exclusivo del mismo, que pueda intervenir además con los otros Juzgados de Familia en forma subsidiaria.
- 2.- Modificar el nombre de la Comisaría de la Mujer por "Comisaría de la Familia y de Género" como institución inclusiva.
- 3.- Dentro de la Comisaría que los agentes tomen las denuncias de violencia familiar o de género conjuntamente con Abogados y Psicólogos en el horario de atención de la Comisaría y éstos profesionales deben estar capacitados en Derechos Humanos y de Género en forma excluyente.

44

Consejo de Europa, Ec. R (85) 4,26,5, 1985 en Grosman Cecilia P. – Mesterman "Violencia en la familia la Relación de pareja, Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos, 3° Ed. Actualizada y Aumentada, Ed. Universidad, Bs. As. Año 2005.



# **CONCLUSIONES**

# COMISIÓN Nº 4: VIOLENCIAS. VIOLENCIAS Y TECNOLOGIAS, PROPUESTAS DE INTERVENCION

#### Se recomienda:

- 1- Efectivizar políticas públicas eficaces e integrales de prevención, tratamiento y seguimiento en problemáticas de suicidio, adicciones, ASI, y violencias en NNA
- 2- Considerar la implementación de educación emocional en los operadores de las infancias y adolescencias como base de éxito en la construcción del cerebro de los NNA
- 3- Garantizar el derecho a la información y participación de NNA víctimas en los procesos penales, respetando su derecho a decidir libremente sobre los actos procesales que los involucren, según su interés superior y el principio de autonomía progresiva
- 4- Considerar que los procedimientos por ASI integren el interés superior del niño
- 5- Realizar campañas de concientización y sensibilización de Bullying y cyberacoso para morigerar los abusos en clubes, escuelas y cualquier ámbito social donde participen NNA
- 6- Fomentar la educación de los adultos a cargo del cuidado de los NNA en el uso de las TICS, respetando la autonomía progresiva de los chicos.

# LA IMPORTANCIA DE LA PRESENCIA DE AMBOS PROGENITORES PARA LA ESTABILIDAD DE UN HIJO.

Autor: Felipe Pulgar Bravo.

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso.

Juez Titular del Juzgado de Familia de Viña del Mar.

Este trabajo ha sido solicitado en el contexto del IX Congreso Latinoamericano de niñez, adolescencia y familia, encuentro verificado en Viña del Mar, Chile, entre los días 6 al 8 de noviembre de 2017. Atendido que el panel en el que se circunscribe mi intervención se refiere a "La Responsabilidad Parental: Derecho a la comunicación y asistencia de niños, niñas y adolescentes", el énfasis de estas líneas estará en comentar los aspectos que me parecen más relevantes en torno a la materia, sin que se trate de un ensayo que agote todas y cada una de las múltiples consideraciones a tratar. Sólo intentaré comentar algo sobre la necesidad que ambos progenitores estén presentes en la vida de sus hijos, más allá de estar separados, como manera de darle estabilidad al menor. Asimismo, repasaremos los principales aspectos de las normas aplicables en la materia, concluyendo con algunos comentarios finales.

Desde ya, ruego al lector, junto con agradecerle el tiempo dispensado en atender estos párrafos, considerar que en caso alguno es un trabajo que se agote en estas líneas, sino sólo responde a los aspectos que al autor le resultan más importantes destacar, desde la mirada sistémica de un Juez de Familia de Viña del Mar, mirada que sale de lo meramente jurídico, haciendo referencia a aspectos psico-sociales pues, como sabemos quienes trabajamos a diario con la infancia, en especial la vulnerada, la sola aplicación del derecho positivo no resuelve un asunto familiar, cuyas aristas son insondables y numerosas, entendiendo que familia es un conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco o afinidad y con miras a la obtención de fines que les resultan comunes, cada cual posee, de suyo, características especiales que, en interrelación con los otros, genera amores y desamores. Una familia, entonces, tiene tantos aspectos que mirar que acabarlos en un par de páginas resulta un trabajo desprolijo. Tratando de alejarme de ese afán, me inclino por entender que es sólo una aproximación técnico-práctica a la materia que espero resulte al lector clarificadora de la manera en que en Chile se resuelven los procesos sobre cuidado personal o el régimen de residencia de un hijo ante la separación de sus padres. Finalmente, soy de los que cree firmemente que la pareja puede

separarse, pero los padres jamás. Desde ahí que existan "ex cónyuges" y no "ex padres", pues en tanto el hijo requiera atención, serán éstos los primeros llamados a brindárselo, ojalá de la manera más unida posible.

Vayamos, entonces, al análisis prometido.

Pocas noticias resultan ser tan potentes y que cambian tanto la manera de ver las cosas como el anuncio que un hijo llegará a bendecir una relación.

En efecto, un nacimiento es siempre un motivo de espera, de anhelos, de motivaciones y de unidad. Sin embargo, en no pocos casos resulta que la pareja que concibió al hijo/a puede decidir continuar su vida separados.

# ¿Qué ocurre con el cumplimiento de sus roles de padres respecto de su hijo con este escenario de "pareja separada"?

La contundente evidencia científica y empírica demuestra que los niños requieren amor para logar estabilidad y, con ella, se les dota de mayores habilidades para enfrentar las contingencias que su vida les irá presentando. La resiliencia es un concepto que adquiere notoriedad a propósito del trabajo del psiquiatra y psicoanalista Boris Cyrulnik y que extrajo de los escritos de John Bowlby. En efecto, es un término que se toma de la resistencia de los materiales que se doblan sin romperse para recuperar su forma original. Por ejemplo, un arco que se dobla para lanzar una flecha o los juncos bajo la fuerza del viento. Cuando un sujeto o grupo es capaz de hacerlo, se dice que tiene una resiliencia adecuada y puede sobreponerse a contratiempos o incluso resultar fortalecido por estos. Es por ello que el concepto de resiliencia se corresponde hoy con el término "entereza", o sea, la habilidad para superar algo y salir fortalecido. Muchas veces, incluso mejor que antes. (ref. Wikipedia sobre el concepto etimológico del concepto y trabajos de Cyrulnik)

Se afirma, desde ahí, que la resiliencia es la capacidad de afrontar la adversidad; no de evitar los conflictos, sino de salir airoso y fortalecido de ellos. Los trabajos efectuados por la neurociencia permiten hablar, incluso, que las personas más resilientes tienen mayor equilibrio emocional frente a las situaciones de estrés, soportando mejor la presión. Esto les otorga una sensación de control frente a los acontecimientos y mayor capacidad para afrontar retos (misma referencia y trabajo del Instituto Español de Resiliencia).

# ¿Cómo lograr que un hijo/a posea esta capacidad? ¿Depende de un padre o es una cualidad inherente a cada hijo?

En mi calidad de Juez de Familia de la ciudad chilena de Viña del Mar he podido constatar en la práctica diversos aspectos teóricos que he aprendido durante mis diversas capacitaciones en la materia. A diario conozco múltiples situaciones familiares en donde la familia ha definido disgregarse y se inician sendas causas donde se discute la situación futura de sus hijos invocando

conflictos basados en las relaciones de pareja. Por ejemplo, el padre custodio (me refiero a aquel que queda a cargo del cuidado diario del hijo/a) obstaculiza la relación de comunicación con el otro progenitor "porque él le fue infiel, porque ella es agresiva, etc". Por reprochables que nos parezcan estas conductas, podemos entender, pero no aceptarlas pues, a simple vista, se refieren a conflictos de la pareja que, en principio, en nada deben afectar sus relaciones como padres respecto del hijo común.

La literatura en materia de Psicología infanto-juvenil refuerza esta idea al hablar de la Teoría de los subsistemas, es decir, las diversas maneras en que los miembros de una familia interactúan entre sí. Se habla del subsistema conyugal para referirnos a las relaciones de la pareja; de subsistema parental, a aquellas que estos generen hacia sus hijos y, finalmente, del subsistema filial, a la manera en que sus hijos los perciban en el ejercicio de sus roles protectores y de crianza. De esta forma, cuando falla la relación conyugal, la pareja está en crisis, pero deben procurar encontrar la manera que "sus problemas de pareja" no tiñan sus relaciones para con sus hijos, pues, de lo contrario, los niños son usados como moneda de cambio para obtener favores conyugales desconociéndose, a su respecto, su calidad de sujetos de protección, a la luz de la Convención sobre Derechos del niño, ratificada por la mayoría de los Estados (en Chile, desde 1990). De ocurrir aquello, los niños/as son instrumentalizados, usados como objeto para obtener algo a cambio, no respetando su condición de seres en formación que requieren de todos, en particular de sus padres, protección y no utilización.

Por ello, los conflictos de la pareja en nada deben afectar el correcto cumplimiento de sus deberes como progenitores y cuando lo hacen, será la autoridad estatal -las más de las veces los jueces a cargo de conocer los asuntos de familia-, quienes lo hagan patente obligándolos al respeto de su hijo como persona.

Uno de los puntos más frágiles y complejos al momento de una separación conyugal es, sin duda alguna, con quién se quedarán viviendo los hijos y cuál será la relación comunicacional que tendrán con el otro padre. Para ello la ley chilena ha transitado históricamente por un sistema donde, hasta el año 2013, el cuidado personal de los hijos quedaba entregado a la madre, pues el legislador presumía que los hijos deben siempre criarse con ella, porque es propio de la naturaleza humana y social, en términos de ser ésta una de las exigencias que la sociedad le imponía a las mujeres, siendo ellas las encargadas de criar a los hijos y las labores del hogar familiar y, por su parte, el hombre el abastecer éste, delegándolo a un rol más periférico y validando una escasa presencia. En favor de él, se fijaba un "régimen de visitas", donde el

padre, como su nombre lo indica, visitaba a sus hijos un par de días de la semana, a veces del mes, sin involucrarse mayormente en su vida, en su realidad, sino casi como las visitas que uno tiene de amigos lejanos que, luego de un tiempo sin verse, se sientan a disfrutar de un café y ponerse al día con sus novedades. ¿Es esta una correcta manera que el progenitor no custodio se involucre activamente en la vida de su hijo y de que éste lo sienta como referente? Dicho de otro modo, ¿ se logra con esta fórmula que la separación de los padres no afecte al hijo? Me parece que la respuesta resulta obvia, no sólo porque el rol de la mujer ha mutado en el tiempo, entendiéndola como un sujeto tremendamente hábil para ejecutar las mismas labores que un varón, sino que debemos asumir, al revés, también, que el varón igualmente está apto para cuidar a sus hijos. Al menos, que ambos se mantengan presentes en la historia de su retoños; no desde la lejanía, sino que del contacto periódico, presencial y constante. La evidencia práctica ilustra con abundantes ejemplos los innumerables beneficios que reportan los niños criados ajenos a los conflictos de sus padres, en tanto pareja, no sólo porque les permite admirarlos al dejar de lado sus dificultades individuales en pos de permitirles a ellos el mayor desarrollo de sus derechos, sino porque los hace más estables y resilientes, como hemos explicado más arriba.

A partir de junio del año 2013, Chile da un salto a la modernidad y dicta la Ley 20.680, conocida como la "Ley de tuición compartida", cuyo elemento esencial es el principio de la co-parentalidad o co-responsabilidad parental, esto es la obtención que los padres, vivan juntos o separados, participen de manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. (art. 224 Código Civil post modificación). Este anhelo, no obstante tratarse de un principio ya anunciado en la Convención, se hace patente en la ley interna nacional con el fin de indicar que es ésta la lógica que debe inundar tanto los acuerdos entre padres, como las resoluciones judiciales -cuando no mediare acuerdo-, que se refieran a la situación de residencia de un niño/a.

La primicia es igualar las capacidades y aptitudes de los progenitores, con independencia de su género, para criar a sus hijos, pues ya no es la madre, por defecto legal, la primera llamada a ejercer esta labor. Serán ellos los primeros convocados a logar acuerdos en la materia. De ahí que el privilegio o preferencia en resolver este asunto recae en los padres y, a falta de acuerdo, en la decisión judicial, siendo este acápite conocido como la regla judicial supletoria a la voluntad de las partes. Dicho de otro modo, si los padres no logran acordar el régimen de residencia de su hijo —muchas veces por mezclar factores propios del subsistema conyugal- deberá el juez de familia definir y/o resolver con quien debe vivir el niño, ordenándose de inmediato que se

establezca con respecto al otro, al no custodio, un régimen de relación directa y regular a fin de, a pesar de no convivir con su hijo, seguir estando presente en su desarrollo diario y emocional. En todo caso y mientras el juez resuelve, el niño/a continuará residiendo con aquel con el que lo esté haciendo al momento de incoar la demanda, a fin de no alterar su sistema de vida diario, sino luego de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (es decir, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados).

El sistema, por tanto, opera de la siguiente forma: los primeros llamados a resolver los asuntos relativos a los hijos serán sus padres, conforme lo dispuesto en los artículos 224 y 225, ambos del Código Civil. Conforme dicho acuerdo, los padres pueden pactar ejercer de manera conjunta el cuidado personal de sus hijos, lo que podrán formalizar mediante la suscripción de una escritura pública o la comparecencia ante un Oficial del Registro Civil pactando el régimen de cuidado personal compartido y, asimismo, el régimen relacional que se establece.

Asimismo, ellos pueden acordar que el cuidado del hijo/a quede a cargo de uno de ellos, estableciéndose respecto del hijo y el progenitor no custodio (que es quien no residirán de manera habitual con el niño) una relación directa y regular.

De no mediar acuerdo, deberán formular su demanda ante el juez de familia del domicilio del demandado, por aplicación de las reglas generales de competencia relativa (aunque se ha abierto mediante diversas jurisprudencias que puede ser también presentada ante el juez del domicilio del niño, conforme el principio del interés superior y su matiz procesal). En ese caso deberán invocar fundamentos plausibles y, el juez conocerá la causa, debiendo dictar la sentencia de acuerdo al mérito delo proceso y fundado en los parámetros que más adelante enunciaremos, pudiendo sólo "radicar" el cuidado personal del hijo en uno o en otro padre. Por ello, insisto, el juez no puede resolver fijar la tuición compartida como régimen, ya que éste sistema es sólo posible de establecerse por acuerdo los padres y siempre en una etapa extrajudicial.

Para este menester, el legislador confiere al juez de familia la misión de considerar al momento de adoptar su decisión los siguientes criterios y circunstancias, llamados en doctrina "parámetros del cuidado personal". Valga decir de inmediato que se trata de una lista obligatoria, más no taxativa, lo que implica que el juez *debe* considerar estos puntos y todo otro que sea relevante, atendido el interés superior del niño/a en cada caso en concreto, como reza el número final del artículo 225 del Código Civil. Los criterios, asimismo, deben

ser analizados de manera conjunta y sin que exista entre ellos algún grado de preferencia.

#### Estos son:

- La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

Relevante aparece destacar que el legislador indica que el foco que iluminará al juez al momento de definir la situación de convivencia del hijo será el *interés superior del menor de edad*, norma acorde con el artículo 3 de la Convención sobre derechos del niño, echando por tierra los incontables procesos en los que se debaten aspectos de inhabilidad, por cuanto este elemento técnico sólo se exigirá cuando la decisión de radicar el cuidado personal de un niño sea pedida por un tercero, esto es, por un sujeto distinto a los progenitores, en cuyo caso deberá demandarse a ambos padres e invocando específicamente sus condiciones de inhabilidad, concepto que se colma con las faltas graves de cuidado y protección contenidas en la Ley 16.618 y Código Civil que hacen no recomendable que sea uno de sus padres quien lo cuide, pues en la práctica, no lo hace; lo vulnera, lo agrede, lo afecta, etc.

Ahora bien. Debemos asumir que la sola dictación de una ley no produce modificaciones inmediatas en la manera de entender temas tan complejos como los que estamos abarcando. Es más. Un legislador puede dictar normas recogiendo lo que una sociedad postula como propio o debido o, por el contrario, imponer una manera de entender las cosas. En el primer caso, el legislador cumple su rol de depositario de la voluntad soberana. En el segundo, más bien, asume un rol formador, al estilo de un padre de familia que enseña a sus hijos cómo actuar ante situaciones que lindan con el derecho

En el caso que nos convoca, quisiera destacar que esta reforma legal, en mi país, Chile, constituyó un hito histórico no sólo en términos de igualar derechos y obligaciones de los progenitores entre sí, independiente de su género, sino que ha producido lentas, pero relevantes transformaciones en la mirada que, socialmente, se le da a la crianza de un hijo/a. No puedo sostener que el cambio fue inmediato, pues se siguieron conociendo fallos judiciales donde los conceptos anteriores a la modificación seguían aplicándose, reconociendo en la madre un rol de cuidadora de hijos, únicamente, que se halla en franco abandono. Ha sido la doctrina y las enseñanzas en las aulas las que han hecho su labor. Los jueces, como sujetos con virtudes y defectos, seres sociales con una historia y forma de ver las cosas, hemos tenido que aprender y aprehender a diario conceptos y sugerencias en pos de reconocer las diversas estructuras familiares, sin analizarlas con el cedazo de la moral, -pues nuestra función no es ser custodios de ella-, sino que de manera más bien integradora, actualizada, coherente con principios internacionales y alejadas de los prejuicios.

Desde ahí, destacable me parece comenzar diciendo que, si bien Chile ha sido sancionado por infringir normas de la Convención sobre Derechos del niño, como lo que ocurrió con el fallo "Atala vs Estado de Chile" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (madre es privada de continuar ejerciendo la tuición de sus hijas por cuanto su condición sexual y el tener una pareja del mismo sexo podría afectar emocionalmente a las menores), hoy son más las veces en que la mirada igualitaria entre los padres abunda en los tribunales, en las mismas familias y en todos los órganos que colaboran en ámbitos familiares (mediadores, peritos, etc), basados ya no en que la madre, por ser tal, ejerce –porque esa debiese ser su principal misión- la mejor opción de criar, sino que ambos padres, pues el punto está en posicionarnos en qué es lo mejor para el hijo, desde el punto de vista de su interés superior, es decir, la manera en que la mayor cantidad de derechos puedan ser ejercidos por éste, siendo uno de los principales, el derecho a vivir en familia pero, ante todo, a vivir bien tratado (en contraposición al concepto de "maltrato" que se genera cuando son privados del amor del padre que no viva con ellos). Sólo a modo de referencia, la Excelentísima Corte Suprema de Chile, en fallo dividido de mayo

de este año 2017 resolvió radicar el cuidado personal de unos hijos en su padre, ya que su progenitora, al sacarlos de Chile sin autorización del primero y retenerlos, luego, en país extranjero, siendo retornados a Chile sólo previa sentencia judicial, evidenció su intención de alejarlos de éste, generándose una importante vulneración a sus derechos, ya que esta actitud sólo puede ser vista como una manera de perturbar su estabilidad, concepto contenido en los parámetros que hemos enunciado anteriormente, en específico en la letra d), y que para el legislador es un elemento que dota de contenido el interés superior del niño/a *al poner énfasis en decidir con quién han de estar mejor*, sin preferencias irrelevantes como el género o la condición sexual de alguno de ellos (valga decir que el padre manifestó tener una pareja del mismo sexo, elemento que no alteró la conclusión arribada por mayoría por el Tribunal Supremo, lo que nuevamente es un vuelco en la materia, pues ello no indujo a considerar que este aspecto les acarrearía un mal *per se*).

Como hemos podido advertir en estas líneas, Chile ha cambiado. En efecto, no sólo ha mutado la ley, sino la manera de aplicarla y, más aún, se ha abierto a reconocer la existencia de distintos tipos de familias, con lo que ratificamos que pueden haber tantas realidades como familias existan. Es por ello que el énfasis deberá estar siempre en procurar el mayor bienestar para el hijo, de modo que la separación de sus padres los afecte de la menor manera posible, pues los padres deberán acordar, o el juez resolver, con quién quedan viviendo en caso de crisis familiar con independencia de prejuicios, de aspectos morales carentes de contenido, eminentemente subjetivos, sino en base a criterios objetivos, acreditables y, todos, poniendo al niño, niña o adolescente como centro. ¿Qué es, sino, ser un sujeto de derechos?. Como la Convención sobre derechos del niño proclama, toda decisión judicial debe mirar su interés superior como manera de darle estabilidad y seguridad. *En esta labor ambos* padres son igualmente responsables, pero también igualmente hábiles; optar por uno u otro responderá a la mejor manera de garantizarle al hijo común un espacio seguro, lleno de afecto y de contención, con la presencia de ambos de modo activo, permanente y constante, ejerciendo su co-parentalidad independientemente de su separación, pues son ellos los que toman esta decisión, que en nada debiese afectar al hijo.

Sin duda, poner al niño como centro de la decisión, considero, es la mejor —y por qué no decir la única- forma de hacer patente los principios internacionales, de psicología infanto-juvenil, sociales, sociológicos, de adoptar el mejor estilo de crianza: ambos padres íntimamente ligados por y para su hijo. La sensación de unidad sólo otorga al menor estabilidad y resiliencia. Vamos por hacerlo. Sin duda las futuras generaciones nos dirán "misión cumplida".

# DESAFÍOS DE LOS ABOGADOS LITIGANTES EN LA JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL: REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA CELERIDAD EN LOS PROCESOS JUDICIALES

"Señora de ojos vendados que estás en los tribunales sin ver a los abogados, baja de tus pedestales. Quítate la venda y mira cuánta mentira

. . .

Señora de ojos vendados, con la espada y la balanza a los justos humillados no les robes la esperanza.

Dales la razón y llora porque ya es hora".

María Elena Walsh, Oración a la Justicia (1968)<sup>183</sup>

Alberto Manuel Poletti Adorno<sup>184</sup>

Resumen: La sanción del nuevo código de la niñez y la adolescencia generó diferentes expectativas entre las personas que trabajan en el ámbito de la niñez al optarse por la protección integral. Sin embargo, trascurridos más de quince años desde su promulgación, la situación de los niños, niñas y adolescentes no ha mejorado sustancialmente en el Independientemente de que los problemas sociales no pueden ser resueltos en el ámbito judicial, existen situaciones que ameritan una reflexión: las demoras en el procedimiento y el (in)cumplimiento de plazos. Más allá de las falencias denunciadas por los operadores de justicia, una reflexión sobre la reforma del procedimiento resulta necesaria.

Palabras claves: Celeridad – Especialización – Jornal mínimo – Interés superior del niño – Régimen de relacionamiento – Ejecución de sentencia – Control de plazos – Protección integral

#### Crítica y proceso en la jurisdicción especializada

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup> Oración a la Justicia. https://www.cancioneros.com/nc/9560/0/oracion-a-la-justicia-maria-elena-walsh

<sup>&</sup>lt;sup>184</sup> Abogado (2000). Egresado de la Escuela Judicial. Máster y Doctor en Derecho de la Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne (2007). Investigador y Profesor de cursos de posgrado en Derecho Internacional y de la Niñez y la Adolescencia en las Universidades Nacional de Asunción, Columbia, Pacífico e Iberoamericana. Miembro de la Comisión Directiva del Colegio de Abogados del Paraguay (2016-2018). Las opiniones expuestas en el presente trabajo no comprometen a ninguna de las instituciones mencionadas y son de exclusiva responsabilidad del actor.

El Dr. Jorge Darío Cristaldo Montaner, un estudioso del derecho laboral publicó en el año 1999 su libro "Crítica y proceso" donde denunciaba los caóticos fallos en el ámbito laboral. El libro causó sin duda malestar entre algunas magistradas del fuero que posteriormente fueron apartándose de los procesos en los que el mismo litigaba.

Posteriormente en otra obra jurídica que tituló "¿Vale la pena litigar?" destacó que en el ámbito de la justicia muchas veces se ofrece "un espectáculo nada divertido, aunque muchas veces asombroso pero sin méritos para el aplauso" 185.

Y puede llamar la atención del lector el motivo por el que mencionamos a un referente de otro ámbito en un Congreso sobre niñez y adolescencia. Tratándose de una jurisdicción especializada donde los derechos del trabajador y del niño tienen un carácter prevaleciente, la práctica en este último fuero está lejos de asegurar el objetivo del legislador y proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes.

El Plan Nacional de Desarrollo Paraguay 2030 aprobado por Decreto 2794 del 16 de diciembre de 2014 señaló lo siguiente: "A pesar de dichos avances, todavía el camino por recorrer es bastante largo y subsisten aspectos de los derechos civiles y políticos que implican retos importantes, tales como el derecho a una vida libre de violencia debido a la inseguridad ciudadana, diversas formas de maltrato y abuso cuyos principales afectados son los niños/as y mujeres, un sistema de justicia poco eficiente en términos de celeridad de los procesos, la participación ciudadana aún insuficiente, la limitada participación de las mujeres en los espacios de decisión y un débil proceso de descentralización de la administración pública".

En el presente trabajo analizaremos algunos de los problemas más acuciantes del fuero, intentando explicar que muchas veces la interpretación de los magistrados dista considerablemente de lo expuesto por la ley.

### I) La sobrecarga de trabajo y la mora

Mencionan los jueces en Asunción que solo existen seis Juzgados y que el gran número de procesos en trámite les impide cumplir con los plazos. Que no cuentan con un equipo técnico de apoyo y que no reciben atención a los pedidos que formulan para tener mas personal, computadoras o recursos.

El trabajo en el ámbito de la niñez y la adolescencia se debería caracterizar por la especialización, una gran vocación de servicio y una sensibilidad hacia los

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup> Diario ABC Color, 2 de octubre de 2016. GONZALEZ DELVALLE, Alcibiades: Miserias del proceso judicial.

http://www.abc.com.py/edicion-impresa/opinion/miserias-del-proceso-judicial-1524153.html

problemas de los niños. Lamentablemente, en la ciudad de Asunción y en algunas ciudades vecinas como Capiatá o Lambaré la realidad está lejos de ser la ideal. Por supuesto, existen jueces que cumplen debidamente su función, pudiendo mencionarse algunos juzgados de Luque, San Lorenzo, Fernando de la Mora, como también en Cnel. Oviedo, Encarnación o Ciudad del Este.

Sin duda alguna, puede entenderse que no puedan cumplirse en todos los casos con los plazos para dictar sentencias pero no puede comprenderse que el dictado de una simple providencia demore semanas y que la sentencia habitualmente tarde meses en ser elaborada. Algo anda mal y hay que decirlo. Hace unos días, un colega explicó que había presentado una solicitud de homologación de acuerdo el 12 de setiembre de 2018 y que recién en el mes de noviembre el expediente fue remitido a la Defensoría para el dictamen. Les dejo adivinar cuando tiempo demorará el Juez en pronunciar la sentencia.

# A) El acceso a la justicia

Los problemas de los justiciables pasan no solo por el acceso a la información, en particular para la madre que solicita la asistencia judicial. En las condiciones actuales, son cada vez menos los abogados que desean trabajar en el fuero y parecería que el sistema los empuja a salir. Pues el problema empieza cuando el Abogado desea acceder al expediente.

No son pocas las veces en que, como se mencionó, un juicio sumario que debería contar con una rápida resolución demora meses e incluso años. Como ejemplo, se tiene que un juicio de adopción duró once años<sup>186</sup>.

Desde el punto de vista del litigante, esta demora genera un trabajo suplementario que, generalmente, no es considerado por el juez al momento de regular honorarios. A este respecto, creemos que el art. 21 de la Ley 1376/1988 debería entonces considerar esta situación ya que la enunciación de aspectos a tener en cuenta no es taxativa.

Se ha denunciado la situación en que, presuntamente por órdenes del juez, la Actuaria no deja a los abogados que trabajan con una de las partes y se presentan en la Secretaría a dejar constancia de que el expediente no se encuentra a la vista bajo el pretexto que no tienen intervención. Al haber transcurrido un año, no se tiene aún ninguna respuesta sobre esta situación.

Si se han realizado inspecciones de Ministros a Juzgados civiles, sería oportuno que se realicen visitas semanales al ámbito de la niñez en los

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> Diario ABC Color, 25 de junio de 2018. FERREIRA, Marcia: Once años de litigio para adoptar a una niña.

http://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/judicial/once-anos-de-litigio-para-adoptar-anina-1715454.html

Juzgados de la Capital para verificar el trato de los funcionarios a las partes y la celeridad del procedimiento.

Debemos citar el caso que afectó a la Dra. Mercedes Brítez de Buzó, ex jueza de la niñez de quien se inhibieron la totalidad de las juezas de la Capital<sup>187</sup> luego de que la misma haya formulado denuncias por la falta de asistencia de algunas magistradas a su oficina y denunciado el corporativismo en dicho fuero. A modo de explicar otras falencias, nos permitimos analizar algunos juicios y destacar la necesidad urgente de reformas.

### B) Los juicios de asistencia alimenticia

A inicios del año 2017 el Diario La Nación denunciaba la demora en resolver juicios de asistencia alimenticia y el calvario de las madres. La Corte Suprema de Justicia ordenó la realización de una auditoría a algunos Juzgados. En la Capital, ello se hizo únicamente con los juzgados del tercer y cuarto turno, omitiéndose otros Juzgados y en particular el Quinto Turno que indicó que tiene 68 casos para resolver y el del Sexto Turno donde se llegó a dictar sentencia luego de dos años en algunos casos.

La demora no es sinónimo de buenas sentencias. El informe de CEAMSO<sup>188</sup> sobre la Auditoría ordenada por la Corte Suprema de Justicia da cuenta de:

5. La mayoría de las sentencias analizadas no cumplen con los requisitos establecidos en el art. 159 del CPC ya que no contienen en detalle todos los requisitos que el artículo establece: a) las designaciones de las partes; b) la relación sucinta de las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto del juicio; c) la consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior; d) los fundamentos de hecho y de derecho; e) la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por la ley, declarando el derecho de los litigantes, y, en consecuencia, condenando o absolviendo de la demanda o reconvención, en su caso, en todo o en parte; f) el plazo que se otorgue para su cumplimiento, si ella fuere susceptible de ejecución; y g) el pronunciamiento sobre costas.

6. En el 92,7% de las sentencias definitivas analizadas (un total de 150 sentencias a las que se tuvo acceso) de dos turnos de juzgados de niñez y

Diario ABC Color, 15 de setiembre de 2008. http://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/denuncian-que-en-el-poder-judicial-manda-el-reinado-de-la-arbitrariedad-1102398.html

<sup>188</sup> CEAMSO, 2018. http://www.ceamso.org.py/upload/publicaciones/1529414129.pdf

adolescencia de la Capital, no se hacen referencias a doctrina y jurisprudencia. En aquellas en las que son invocadas, las mismas datan de los años 1991 y 1994, muy anteriores a la entrada en vigencia de la Ley Nº 1680/2001 Código de la Niñez y la Adolescencia. Asimismo, todavía se utiliza en algunas sentencias la palabra "menor" para referirse a NNA. Al ser una jurisdicción especializada, dicha especialización debe estar reflejada en la calidad de la sentencia, en cuanto a lenguaje, fundamentación, disquisición doctrinaria y mención a fallos jurisprudenciales actuales, que den cuenta de la permanente actualización. Por su parte, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta de NNA afectadas/os y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales y ello debe estar debidamente fundado en la sentencia.

Pero esto no es lo más grave del caso. Por una razón desconocida y sin mucho fundamento, la mayoría de los jueces de la Capital se apartan del jornal mínimo establecido por el Poder Ejecutivo y en particular, adoptado por la Corte Suprema de Justicia para las tasas judiciales y establecen un monto menor, causando un perjuicio económico a los niños y adolescentes.

Básicamente, se ignora lo expuesto en el art. 4° de la Ley 1376/88, en los artículos 232 y 384 del código laboral y actualmente, el Decreto 9088/18 que fija el salario mínimo en Gs. 81.252. Resulta llamativo que justo en la ciudad con más alto costo de vida, el jornal sea el menor al legal. En varias circunscripciones judiciales como Central, Misiones, Concepción, Itapúa y Alto Paraná, se aplica correctamente el monto en cuestión.

Se ha efectuado sobre dicho tema una consulta a la Asociación de Abogados Laboralistas y como respuesta se obtuvo la siguiente respuesta: "los jueces pervierten la norma realizando un tipo de apreciación distinto al desarrollado para determinar el jornal mínimo para actividades diversas no especificadas en la Capital, esto es en detrimento de los justiciables y de los auxiliares de la justicia, interpretando de manera incorrecta, ilegal e ilegítima la misma" 189.

Otra cuestión detectada es que la resolución sobre la medida cautelar se demoraba más de lo debido. El antiguo Código del Menor (Ley 903/1981) establecía que dicha medida era dictada sin audiencia al obligado. El sistema actual prevé una audiencia para el demandado, quien es el padre en general. Pero como la decisión se basa casi únicamente en las manifestaciones del mismo, en el caso que la parte actora no esté conforme con el monto, el Tribunal de Apelación sostiene que se trata de una medida cautelar y que

\_

<sup>&</sup>lt;sup>189</sup> Nota del 10 de octubre de 2018. Asociación de Abogados Laboralistas del Paraguay

conforme al art. 180 del CNA solo puede recurrirse la sentencia definitiva. Por lo demás, no resuelve inmediatamente luego de la audiencia.

Pero lo más llamativo del caso es que un pedido de informes de la Cámara de Diputados a la Corte Suprema de Justicia arrojó que existen solamente 26 casos en los que se aplicó la Ley 5415/2015 "Que crea el Registro de Deudores Alimentarios (REDAM)" y todos en el interior del país. Esta situación contrasta con la cantidad de procesos por incumplimiento del deber legal alimentario en la Capital del país que se tramitan en el Ministerio Público. Definitivamente, los jueces de la niñez han enterrado esta norma dejando sin oportunidad a niños, niñas y adolescentes de contar con ingresos a los que tienen derecho para tener una vida digna.

Otro asunto importante es que en Paraguay, cuando un padre tiene un nuevo hijo, ello implica casi automáticamente la disminución de la asistencia alimenticia. Esta postura está en contradicción con jurisprudencia de otros países<sup>190</sup>.

Por lo demás y pese a una importante jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia<sup>191</sup> donde se indica la improcedencia de la caducidad de instancia en juicios de asistencia alimenticia, en la localidad de Villa Hayes se han dictado varias resoluciones declarando la caducidad de juicios de asistencia alimenticia. No es de extrañar que, con la falta de celeridad, los bajos honorarios y las trabas mencionadas al no recibir una respuesta rápida, las personas no hayan podido proseguir sus casos hasta el dictado de una sentencia. Por lo demás, la denuncia de la madre y de su abogado efectuada ante la Superintendencia no tuvo ninguna respuesta.

# C) Los juicios de régimen de relacionamiento

También el Diario La Nación denunció los inconvenientes en el cumplimiento de los regímenes de relacionamiento<sup>192</sup>. No es un problema que no haya sido puesto a conocimiento de las autoridades anteriormente. La Asociación Padres

La caducidad de instancia no opera en los juicios de asistencia alimentaria ya que el interés superior del niño refiere a su necesidad primaria de ser asistido, un derecho que no se extingue por una cuestión meramente formal.

http://www.lanacion.com.py/pais\_edicion\_impresa/2017/03/24/regimen-de-relacionamiento-un-sufrimiento-para-padres-responsables/

<sup>&</sup>lt;sup>190</sup> GARCIA, Natalia: Últimos criterios en materia de pensión alimenticia. Editorial Jurídica SEPIN, 2014. https://blog.sepin.es/2014/11/ultimos-criterios-en-materia-de-pension-alimenticia/

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Acuerdo y Sentencia N° 275 del 09/06/2010 en el juicio: J.L.F.I s/ Acción de Inconstitucionalidad donde se sostuvo:

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> Diario La Nación, 24 de marzo de 2017

por siempre ha formulado reclamos contra numerosas magistradas que no hacen cumplir el régimen de relacionamiento homologado judicialmente y denunciado que no se adopta ninguna medida prevista en la ley para permitir el relacionamiento con sus hijos.

El art. 236 del COJ ya facultaba a los jueces a pronunciar multas contra las partes por incumplimiento de sus decisiones. El art. 96 del CNA prevé la modificación del régimen de relacionamiento en caso de incumplimientos reiterados. Y los procesos por desacato ya se encontraban previstos ante la ley 6083/2018.

No obstante, la vigencia de las modificaciones los artículos 96 y 167 por la mencionada ley, persiste en la jurisdicción la falta de cumplimiento. Un padre que buscaba relacionarse con su hija y denunció los incumplimientos vio en la parte resolutiva del juicio de relacionamiento iniciado<sup>193</sup>:

"Hacer lugar a la aplicación de la Ley 6083/18 solicitada por F.C.F. contra J.P. con referencia al régimen de relacionamiento con su hija G.M.P.C.P. conforme a lo establecido por Ac. y Sent. 189 del 16 de diciembre de 2016 resuelto por la Cámara de Apelaciones.

Exhortase a las partes, padres e hija, a realizar una terapia familiar a efecto de encontrar la mejor alternativa para lograr el cumplimiento del régimen de relacionamiento dictado en autos".

Lamentablemente, la juez no ordenó ninguna de las medidas expuestas más arriba y mientras tanto, se produjo una vez más un retraso en el cumplimiento del régimen de visitas.

Es importante analizar su postura con relación a las costas :

"que si bien no se puede considerar a las partes como vencida o vencedora ya que no busca expresamente castigar sino concien[z]ar<sup>194</sup> a los padres, quienes detentan la patria potestad, a buscar una mediación y solución a los conflictos suscitados en la familia, ya que esta jurisdicción especializada tiene como norte único salvaguardar el derecho de los niños sujetos de derecho y el caso de autos no es la excepción a esta regla, se considera oportuno y ajustado a derecho que las costas sean en el orden causado".

Se discrepa respetuosamente con dicha postura. Cuando se llega a la instancia judicial y se comprueba un grave incumplimiento a un derecho fundamental de

\_

<sup>&</sup>lt;sup>193</sup> Al 568 del 18 de octubre de 2018 dictado por el Juzgado de la niñez y adolescencia del cuarto turno en el juicio: G.M.P.C.P. s/ Régimen Relacionamiento"

<sup>&</sup>lt;sup>194</sup> El Diccionario de la RAE admite "concienciar" y "concientizar"

niños y adolescentes, lo normal es que la parte responsable y que fue culpable de tal situación sea condenada en costas, independientemente de la responsabilidad civil y penal que pudiere corresponderle pues hizo que la parte afectada tenga que recurrir al Poder Judicial incurriendo en costos. Admitir una hipótesis distinta, como la expuesta por el Juzgado más arriba, implica premiar a la parte negligente, incumplidora de una orden judicial y que vulneró los derechos del niño. Creemos que esta posición vulnera expresamente lo dispuesto en el art. 192 del CPC.

Es necesario destacar que a nivel internacional y en aplicación de la ley 5770/2016 se han admitido denuncias contra Paraguay por esta situación. Se ha revelado la existencia de jurisprudencia comparada en la materia, que se ha mostrado ya severa con la jurisdicción del país requerido, por no haber adoptado medidas para facilitar el relacionamiento entre progenitor e hijo. En la sentencia dictada por el tribunal europeo de derechos humanos el día 22 de junio de 2016 en el juicio "Strumia c. Italia", se sancionó a la República Italiana por no haber adoptado las medidas necesarias para el relacionamiento de un padre con su hija, pese a la existencia de una resolución judicial que disponía tal medida, violando el interés superior del niño.

No se trata de un precedente aislado. En el juicio Giorgioni c. Italia (caso no. 43299/12) de 15 de setiembre de 2016 se confirmó también la violación del derecho a la vida de familia. Y estos antecedentes, pese a ser mencionados, no fueron siquiera tenidos en cuenta por los juzgados de la Capital.

En los casos citados el estado denunciado se limitó a adoptar medidas con estereotipos y formulas automáticas, concurriendo a comprometer de manera definitiva el vínculo familiar y por el tiempo transcurrido sin contacto, se han realizado consecuencias irremediables en el relacionamiento. La atribución de la responsabilidad al estado resultó total, independientemente de la conducta hostil de la ex pareja.

Pero no todo termina allí. Se ha denunciado que las personas que enfrentan problemas vinculados al relacionamiento y recurren a un abogado se han visto impedidas de asistir a las audiencias con los letrados de su confianza. Una juez, en aplicación de la audiencia de conciliación, dispuso que las partes ingresen a su despacho sin sus abogados. Se les hizo llegar a un acuerdo y luego se pidió a los abogados que firmen el acta. Una parte denunció esa situación y pidió una aclaratoria sobre dicho procedimiento y el alcance del art. 67 del CPC, pedido que fue rechazado.

La lista podría seguir con otros procesos. Sin embargo, creemos necesario realizar una serie de propuestas para el mejoramiento del sistema.

### II) Las urgencia en adoptar medidas de mejoramiento

Sin lugar a dudas resulta indispensable la revisión de algunas prácticas. Podrá discutirse si un cambio de personas sería una solución y ello deberá evaluarse caso por caso.

El Colegio de Abogados del Paraguay ha solicitado en numerosas ocasiones el establecimiento de medidas de control de asistencia a magistrados en la Capital. No se tuvo hasta hoy respuesta favorable.

Por otro lado, en el ámbito de la niñez existe una discusión sobre el alcance de los artículos 27 y 29 del CNA que se refieren al secreto de actuaciones. Y también surge una inquietud sobre la especialización y la vocación en la materia, aspectos en los que creemos se debe insistir.

#### A) El secreto de las actuaciones

Existen quejas vinculadas a la imposibilidad de realizar copias, tomas fotográficas e incluso acceder al expediente por parte de colegas abogados. Más allá de tener intervención o no, el carácter multidisciplinario y las exigencias profesionales hacen que muchos abogados tengan que trabajar en equipo y se distribuyan tareas. La negativa de permitirles el acceso a los abogados que trabajan en el equipo el acceso al expediente dificulta no solo el ejercicio del derecho a la defensa sino también conspira contra la representación de los intereses de las partes y en particular, de los niños, niñas y adolescentes quienes no pueden recurrir ante los órganos judiciales.

Se ha obtenido información de que son numerosas las quejas ante el Tribunal de Ética, la Oficina de Denuncias y el Consejo de Superintendencia del Poder Judicial contra los jueces de la niñez y la adolescencia. Sería importante que se hagan públicos los resultados y se adopten las medidas para el mejoramiento del sistema.

Una cosa es que los abogados y partes utilicen las informaciones para la presentación de escritos y la defensa de los intereses de la parte que representan. Otra muy distinta es que las difundan por medio de las redes sociales. El derecho a la libertad de expresión de las partes debe sin duda ceder ante la necesidad de preservar los derechos de los niños y niñas cuyos derechos se discuten en los procesos judiciales. La prohibición de tomar fotos no impedirá que una parte obtenga una copia utilizando el sistema tradicional y luego la difunda por Internet. Pero no puede dificultarse la discusión de casos y sobre todo, que se utilice la tecnología. No puede presumirse que se hará un mal uso del derecho o que todas las copias serán difundidas ilícitamente.

A este respecto, es importante mencionar el gran esfuerzo desplegado por la Corte Suprema de Justicia para la difusión de la mayoría de las sentencias judiciales en todos casi todos los fueros y circunscripciones judiciales, excluyendo a la niñez y adolescencia.

A pedido del Colegio de Abogados del Paraguay, la Corte Suprema de Justicia remitió a los diferentes jueces y tribunales de la República un pedido sobre la cantidad de procesos pendientes de resolución. El informe del Tribunal de Apelación de la niñez y adolescencia de la Capital fue publicado íntegramente por el Alto Tribunal en Internet y se destaca que no se procedió, a la fecha de este estudio, a suprimir los nombres de las partes<sup>195</sup>.

La Universidad Columbia del Paraguay solicitó en numerosas ocasiones informes a la Corte Suprema de Justicia sobre los procesos de asistencia alimenticia en base a una serie de reclamos de las personas que acuden a solicitar asistencia legal. No recibió sino una escueta respuesta indicando que se estaban ocupando del caso y finalmente se obtuvo el informe con su publicación 196.

# B) El control del cumplimiento de plazos y la especialización

Es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia por Resolución del 15 de octubre de 2013 estableció un plazo para la duración de juicios de adopción que, tal como se pudo comprobar en el caso arriba mencionado, no es respetado<sup>197</sup>. Otorgar a la norma un alcance legal permitirá no solo su mayor destaque y conocimiento sino también mayores posibilidades para exigir su cumplimiento.

El artículo 412 del CPC aplicable en el ámbito civil resulta de aplicación supletoria en el ámbito de la niñez para la interposición de quejas por retardo de justicia. No obstante, resulta imposible pensar que un niño que no obtiene respuesta dentro del plazo fijado por el código de la niñez deba esperar luego de vencido el plazo diez días para presentar el primer urgimiento, luego veinte días y solo posteriormente pueda recurrir en queja. Tanto el art. 140 del CPP como el art. 252 del CPL prevén un plazo menor para interponer estas acciones.

 $<sup>^{\</sup>rm 195}$  Informes de magistrados sobre el estado de expedientes, 2018.

https://www.pj.gov.py/descargas/informesmagistrados/2Tribunales%20de%20Apelaci%C3%B3n/Ni%C3%B1ez%20y%20Adolescencia/Tribunal%20de%20Apelacion%20NyA.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> Informe CEAMSO http://www.ceamso.org.py/noticia/505-asistencia-alimenticia,-un-derechopendiente-en-paraguay

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup>Decisiones de la plenaria de la Corte Suprema de Justicia. Juicios sobre adopciones. http://www.pj.gov.py/notas/9092-decisiones-de-la-plenaria-de-la-corte-suprema-de-justicia

Independientemente de que la Corte publique periódicamente los informes que los jueces y tribunales les remiten trimestralmente en cumplimiento del art. 197 del COJ se debe controlar el cumplimiento de plazos. Se ha dicho que los jueces que se postulan para cumplir funciones en el Poder Judicial conocen las precariedades del sistema y no pueden alegar dicha situación para incumplir sus deberes, entre los que figura dictar sentencias dentro de los plazos previstos en la ley (art. 15 inc. "a" del CPC). Los informes deberían en todo caso contener no solo cuantas sentencias se pronunciaron sino la fecha en que se llamó Autos y si se ha vencido el plazo, un informe sobre el motivo de la demora.

Así, el informe de los jueces de primera instancia de la Capital da cuenta que se deben contratar y nombrar más funcionarios, abonar horas extras, proveer insumos y que el número de casos para resolver varía debido a la "vertiginosidad diaria con la que el Juzgado convoca a autos para sentencia y resuelve seguidamente" 198. Sin embargo, el respeto de los plazos incluye no solo la sentencia sino también las providencias de mero trámite y autos interlocutorios cuya demora tampoco puede ser admisible.

Dentro de la especialización a que hace referencia la ley, se requiere también que los jueces asistan a diferentes conferencias. Y resulta llamativo que en los cursos realizados en la Capital, son varios los jueces del interior quienes asisten a los cursos de maestría y especialización.

#### C) El respeto al auxiliar de justicia

Mas allá de la crítica que un profesional del derecho puede realizar, conforme al art. 256 de la Constitución ante fallos pronunciados en la jurisdicción, es importante destacar que existen prácticas que deben ser desterradas.

Hicimos referencia a la facilitación del trabajo a los abogados. No obstante, hemos notado una práctica poco adecuada que viola el art. 9 de la Ley 1376/88 que establece que los jueces deben regular honorarios al momento de dictar sentencia o resolver cuestiones incidentales.

El Tribunal de Apelación de la niñez de la Capital sostuvo en el Acuerdo y Sentencia 106 del 8 de setiembre de 2017 en el juicio: A.G.O.S. y otro s/ Medida cautelar" que:

"... en lo referente al pedido de regulación dentro de la resolución del juicio principal, considero que nada impide al profesional que lo haga en forma

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> Informe de jueces de la niñez y la adolescencia de la Capital, p. 11. https://www.pj.gov.py/images/contenido/consejo/informesmagistrados/01-cir-capital/03-juzgadosprimera-instancia/ninez-y-la-adolescencia/juzgados-primera-ninez-y-adolescencia.pdf

separada; en este sentido por la practicidad de nuestra jurisdicción especializada, las resoluciones dictadas pueden sufrir modificaciones por lo que no se estima regular los honorarios para no entorpecer el cumplimiento de la resolución principal y a su vez para poder realizar un justo cálculo de los honorarios de forma independiente...".

Y no resulta ocioso destacar que el pedido de regulación se rechazó con costas.

Es importante mencionar que en la Argentina, los jueces de primera instancia al resolver los casos proceden a dictar honorarios y en alzada, si se modifica el fallo se modifica también el monto de honorarios. Ello contribuye a que el profesional que se dedica a la noble tarea de abogar por los derechos de niños, niñas y adolescentes no deba esperar años para cobrar lo que en derecho le corresponde, atendiendo a que si existe mora en dictar sentencias, también existe mora para resolver los incidentes de regulación de honorarios.

#### Conclusión

No solo los juicios de asistencia alimenticia son derechos pendientes en el Paraguay. Las demoras se dan en numerosos procedimientos y ello conlleva un menoscabo al derecho al a protección integral de niños, niñas y adolescentes. La implementación de una nueva reforma que consagre la celeridad procesal en el fuero de la niñez no garantizará una justicia rápida si es que los operadores de justicia no cumplen con los requisitos de especialización y servicio, demostrando vocación para solucionar los problemas de la niñez.

Si bien es legítimo preocuparse y solicitar mejoras ante las carencias existentes ello no impide brindar a las partes y a los abogados que recurren a los tribunales a peticionar justicia un trato digno.

No sería ocioso imaginar que, como ocurrió en el pasado, jueces que no cumplieron debidamente con sus obligaciones tengan que dejar la magistratura. Ya que existe oposición en el sentido de establecer un sistema de marcación en algunos sectores de la magistratura, se podría pensar en que como una formación previa al cargo, algunas personas que siempre trabajaron dentro del Poder Judicial puedan trabajar como abogados para conocer integralmente el sistema.

Las denuncias que se efectúan en el ámbito de la niñez ante los diferentes órganos de control deben ser rápidamente analizadas. Los resultados de las investigaciones deben darse a conocer y proponerse las medidas correctivas.

Hemos mencionado que los profesionales del fuero, defensores, agentes fiscales y jueces del interior participan de cursos y publican sus trabajos. No encontramos el mismo empeño entre los jueces de la Capital. Las publicaciones sobre Interés Superior del niño Tomos I y II no registran participación de jueces de la niñez de la Capital y solo algunos casos de miembros de Tribunales de Central y de jueces penales de la adolescencia 199. Tal vez podrán hacerlo cuando se pongan al día con el dictado de sus sentencias.

Es importante ver como funciona el servicio de atención en Secretaría. La redacción de providencias, oficios, informes no puede verse demorada debido a que no existen funcionarios con formación para ello. Los concursos para el acceso a cargos en el Poder Judicial en las Secretarías deben resultar en la selección de personas capaces. En las Secretarías de los Juzgados de niñez y adolescencia más que nunca debe contarse con personal idóneo y con insumos adecuados para el correcto funcionamiento de los juzgados y tribunales, quienes deben ser instruidos sobre el rol del abogado y las necesidades de las partes que acuden ante la justicia y que en muchos casos no admiten demora. Ojalá que los pedidos, las oraciones y la canción arriba expuesta sea escuchada por las autoridades encargadas.

Resulta necesario velar por el respeto de la Ley 1376/1988 estableciendo montos adecuados y efectuar mayores controles de cumplimiento de plazos en la jurisdicción de la niñez y adolescencia pues siendo de interés superior el buen funcionamiento de la jurisdicción, no pueden admitirse demoras.

Por último y atendiendo a la necesidad de agilizar el procedimiento, se deben emplear las tecnologías modernas para el envío de notificaciones a las partes. Autorizar el envío de mensajes de texto, llamadas efectuadas por el Ujier o el Secretario, correo electrónico y porque no el expediente electrónico en sustitución de la tradicional cédula de notificación permitirán agilizar un proceso que lo necesita con urgencia.

463

<sup>&</sup>lt;sup>199</sup> Corte Suprema de Justicia, El interés superior del niño, 2009 Tomo I https://www.pj.gov.py/ebook/libros\_files/Interes\_Superior\_del\_Ni%C3%B1o\_Tomo\_I.pdf Tomo II https://www.pj.gov.py/ebook/libros\_files/Interes\_Superior\_del\_Ni%C3%B1o\_Tomo\_II.pdf

### Bibliografía

ALFONSO DE BOGARÍN, Irma. Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Marco Jurídico. Año 2011

ALFONSO DE BOGARÍN, Irma. Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Enfoque Procesal. Año 2011

BARBOZA, Lourdes y MARTÍNEZ, Teresa. Compendio dela Niñez. Tomos I y II. Editorial A.M.A.R.

CEAMSO. Informe sobre juicios de asistencia alimenticia, 2018 <a href="http://www.ceamso.org.py/upload/publicaciones/1529414129.pdf">http://www.ceamso.org.py/upload/publicaciones/1529414129.pdf</a>

GAGLIARDONE, Clara y RIERA, Alejandro: Alimentos en la niñez y adolescencia. Intercontinental Editora, 2013

GONZÁLEZ, Violeta y TELLECHEA, Antonio: Código de la niñez y adolescencia comentado, La Ley Paraguaya, 2016.

HERRERA, Marisa: Daños Derivados por el Incumplimiento de Visitas. Argentina. Publicación La Ley. 2011

http://repositorio.uchile.el/bitstream/handle/2250/116109

http://www.mografias.com/trabajo/tipos-familias.

https://www.bebesymas.com/salud-infantil

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa y otra: Tratados de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo IV. 1ra. Edición. Santa Fe, Argentina, 2014

MORENO RUFINELLI, José Antonio - Derecho de Familia. Tomos I y II. Intercontinental Editora.

PEDROSO, Delia S. y BOUZA, J.M: (SAP) Síndrome de Alienación Parental. Argentina. Editorial García Alonso, 2011

PUCHETA DE CORREA, Alicia: Derecho del Menor. Relacionamiento. Tomo III, Editorial La Ley, 1999

# X CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. 2018

PUCHETA DE CORREA, Alicia: Manual de Derecho de la Niñez y la Adolescencia, 2009

TORRES, Mario Camilo y POLETTI ADORNO, Alberto: "Niños a la cárcel: reflexiones sobre el proyecto de ley que busca modificar la edad de imputabilidad penal", en coautoría con el Dr. Mario Camilo Torres Leguizamón, Suplemento Judicial Diario ABC Color, 9, 16 y 23 de abril de 2012 y en Revista Jurídica La Ley Paraguaya, julio 2012, p. 963-973. Publicado igualmente en el sitio web del Poder Judicial:

http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/ni%C3%B1ez/Mario-Leguizam%C3%B3n-Alberto-Poletti-Ni%C3%B1oz-a-la-Carcel.pdf

RODRÍGUEZ, Silvio: Código de la Niñez y Adolescencia. Procedimiento General. Caracteres, principios y estructura. (Reimpresión) Editorial Intercontinental, 2012

# AVANCES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA AUTONOMÍA DEL NIÑO EN ESTADO INTERSEXUAL

#### LAURA PÉREZ VALLE

Dirección: Calle 45 B# 1-86 B4 Apto 402 (Barranquilla, Colombia)

Celular: (+57) 3017080260

E-mail: <u>lau.perez10@hotmail.com</u>

X CONGRESO LATINOAMERICANO SOBRE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA-ALAMFPYONAF

COMISIÓN 2: DERECHO DE FAMILIA, DERECHO PROCESAL DE FAMILIA Y EL DERECHO A UNA FAMILIA

EJE TEMÁTICO: RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE LAS EMPRESAS
PRESTADORAS
ENCARNACIÓN, PARAGUAY

**NOVIEMBRE 15, 16 Y 17 DE 2018** 

# AVANCES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA AUTONOMÍA DEL NIÑO EN ESTADO INTERSEXUAL

**Autora: LAURA PÉREZ VALLE** 

#### RESUMEN

El trabajo que se presenta a continuación, hace parte de un avance de la Tesis de Maestría "Control de Constitucionalidad sobre el Principio de Beneficencia frente al Principio de Autonomía Progresiva de la Voluntad del Niño en estado intersexual", desarrollado por la autora en el Programa de Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla.

El objetivo de esta ponencia es mostrar resultados parciales sobre el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana en los casos de niños, niñas y adolescentes en estado intersexual. Hasta el momento han sido encontradas 10 sentencias en las que la Honorable Corporación se ha pronunciado sobre el tema propuesto, pero en esta ocasión se pretende presentar algunas conclusiones generales a partir del análisis de cinco sentencias.

Cada una de las sentencias ha sido analizada teniendo en cuenta un sistema de variables que nos permiten obtener algunos datos de tipo cualitativo. Así por ejemplo, las variables que se han tenido en cuenta son: edad del NNA, tipo de Trastorno del Desarrollo Sexual TDS, problema jurídico, decisión en primera instancia, decisión en segunda instancia, decisión/criterios de la Corte Constitucional.

#### El Problema

Todos los derechos de los niños tienen carácter superior, y todas las personas (familia, sociedad y Estado) están en la obligación de garantizarlos, pero sin olvidar que el Niño tiene derecho a ser tenido en cuenta, que sus decisiones deben ser respetadas, escuchadas y atendidas.

Sin embargo, en los casos estudiados sobre NNA en estado intersexual, se ha podido observar una tensión que existe entre el Principio de Beneficencia (en cabeza de los padres y personal médico) y el Principio de Autonomía (en cabeza de los NNA). Por un lado, el principio de Beneficencia corresponde al actuar de manera correcta, diligente y ética del personal de la salud; y en cabeza de los padres, por el hecho natural de desear el bien para su hijo. Por otra parte, en el principio de Autonomía, para los casos de este estudio, son titulares los NNA que, como ha dicho la Corte Constitucional: ya son "una libertad y una autonomía en desarrollo". El principio de Autonomía, le ha

dado voz y voto al Niño en la toma de decisiones trascendentales para su desarrollo y crecimiento personal.

Se observa además que, dada la complejidad de los casos, la falta de legislación sobre el tema, y el sin número de problemas jurídicos que surgen en los casos de niños que nacen con sexo indefinido o ambigüedad genital, hay un desconocimiento en los jueces, abogados, médicos y profesionales en general que trabajan con NNA, sobre cómo se debe actuar y qué medidas adoptar en casos como estos, lo que en algunas ocasiones conlleva a la vulneración de Derechos Fundamentales y violación de principios constitucionales como el del interés superior o el de autonomía progresiva de la voluntad del Niño.

El artículo 4º de la Constitución Política de 1991 establece que "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Así mismo, el artículo 93 superior ha dicho que "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". No obstante, muy a pesar de que desde 1991 en Colombia ya se venía hablando sobre la supremacía de la Constitución Política y de los Tratados y Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, todavía se profieren fallos donde los jueces desconocen esta realidad jurídica y cometen atropellos contra sujetos de especial protección, pasando por alto principios y valores constitucionales.

Los niños, niñas y adolescentes pertenecen a ese grupo de sujetos de especial protección, lo que nos obliga a todos a observar cuidadosamente cada una de las situaciones específicas en las que se puede encontrar cada uno. Pero aún más, estamos obligados como profesionales a ofrecer soluciones que se ajusten a la realidad de cada uno de ellos, soluciones que propendan por su interés superior. Es en nombre del Interés Superior del Niño que debemos realizar consideraciones en los problemas en los que ellos se ven involucrados.

#### Los Fundamentos de la Ponencia

Como se ha mencionado con anterioridad, en la investigación que se adelanta, se han encontrado hasta el momento 10 sentencias de diferentes casos escogidos por la Corte Constitucional colombiana para su revisión. Dichos casos están relacionados con niños, niñas y adolescentes que han nacido con sexo indefinido, debido a que padecen de algún tipo de trastorno del desarrollo sexual (TDS), que se traduce en ambigüedad genital, hermafroditismo, o pseudohermafroditismo masculino/femenino.

En esta oportunidad, se presentará un avance sobre el análisis de cinco de las sentencias hasta el momento encontradas, teniendo en cuenta las edades de los NNA, el TDS que padece, los problemas jurídicos planteados, y las decisiones/criterios de los jueces y magistrados en cada uno de los casos. Se pretende además, presentar algunas conclusiones parciales sobre las reglas de procedimiento adoptadas por la Corte Constitucional colombiana a tener en cuenta en cada uno de los problemas jurídicos que puedan surgir a partir de los casos de NNA en estado intersexual.

A continuación se relacionan las sentencias objeto de estudio en esta ponencia, iniciando con la más reciente hasta la más antigua:

| No. | AÑO  | SENTENCIA | MAGISTRADO PONENTE            |
|-----|------|-----------|-------------------------------|
| 1   | 2014 | T-622     | Jorge Ignacio Pretelt Chaljub |
| 2   | 2013 | T-450 A   | Mauricio González Cuervo      |
| 3   | 2008 | T-912     | Jaime Córdoba Triviño         |
| 4   | 2003 | T-1021    | Jaime Córdoba Triviño         |
| 5   | 2002 | T-1025    | Rodrigo Escobar Gil           |

<sup>\*</sup>Cuadro elaborado por la autora.

Para el análisis de cada una de las sentencias, se diseñó una ficha de recolección de información donde los datos se relacionan con cada una de las variables, y a continuación presentar las conclusiones generales sobre reglas adoptadas por la Corte Constitucional colombiana. De esta manera, se presentan los resultados parciales:

| Sentencia T-622   | MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub                                                                                                        |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| de 2014           |                                                                                                                                          |
| Edad              | 11 años (Pablo)                                                                                                                          |
| TDS               | Pseudohermafroditismo masculino. Cariotipo 46 XY                                                                                         |
| Problema Jurídico | Ordenar cirugía de reasignación de sexo a niño que manifiesta su voluntad de querer someterse al procedimiento, sin prescripción médica. |
| 1º Instancia      | Única Instancia: No tuteló. Valoró testimonio del niño.                                                                                  |
| 2º Instancia      |                                                                                                                                          |
| Corte             | Tuteló. Se debe tener en cuenta interés superior, y                                                                                      |
| Constitucional    | darle trato prioritario al interior de la EPS, además de apoyo equipo interdisciplinar. Para la realización de la                        |
|                   |                                                                                                                                          |

cirugía se requiere el consentimiento informado del niño.

En el caso que se presenta, se habla de un paciente masculino (46 XY) de 11 años de edad, quien ya había superado el umbral crítico de identificación de género que, para la Corte Constitucional, son los 5 años de edad.

El niño manifestó su voluntad de someterse a la cirugía de reasignación de sexo masculino en entrevista ante una comisaria de familia.

Sin embargo, en única instancia su petición es denegada por no existir una prescripción médica que así lo requiera y porque el niño no había sido informado ni atendido por un equipo interdisciplinar que le hiciera seguimiento a su caso.

Para casos similares, la Corte recomienda la integración de un equipo interdisciplinario conformado por médicos, psicoterapeutas y trabajadores sociales que le realicen seguimiento y acompañamiento al niño y a su familia durante el proceso y mientras el niño decida someterse a la cirugía y tratamiento en general.

| Sentencia T-450 A de<br>2013 | MP: Mauricio González Cuervo                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Edad                         | 1 año                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| TDS                          | Pseudohermafroditismo femenino. Cariotipo (46 XX)                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Problema Jurídico            | Asignación de sexo en Registro Civil de Nacimiento, cuando no consta en el Certificado de Nacido Vivo.                                                                                                                                                                                                                  |
| 1º Instancia                 | Tuteló. Tribunal                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 2º Instancia                 | Tuteló. Corte Suprema de Justicia                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Corte Constitucional         | <b>Tuteló.</b> La asignación de sexo corresponde al equipo médico. Los padres del niño deben estar informados de la decisión. Se debe registrar la anotación de la intersexualidad del niño en folio aparte del Registro Civil de Nacimiento, o también tiene la opción de seleccionar opción "masculino" o "femenino". |

<sup>\*</sup>Cuadro elaborado por la autora.

En este caso, se trata de un paciente femenino (46 XX) que <u>no</u> ha superado el umbral crítico de identificación de género.

<sup>\*</sup>Cuadro elaborado por la autora.

Sin embargo, estamos frente a un problema jurídico diferente: la asignación de sexo en el Registro Civil de Nacimiento.

Para estos casos, la Corte recomienda aplicar el consentimiento sustituto de los padres. Serán ellos los encargados de asignar el sexo a la hora de realizar el registro civil de su hijo. Pero también da la opción de que el Registrador realice una anotación en folio aparte de la situación de intersexualidad del menor de edad, y que posteriormente, cuando se haya resuelto la identidad sexual del menor, se haga la respectiva corrección en el registro.

| Sentencia T-912 de   | MP: Jaime Córdoba Triviño                                                                                                                                                                                                                                              |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2008                 |                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Edad                 | 5 años (Nicolás).                                                                                                                                                                                                                                                      |
| TDS                  | Pseudohermafroditismo femenino. Cariotipo (46 XX). Ovario izquierdo, testículo derecho atrofiado, no hay ovario derecho ni testículo izquierdo, no hay útero, uretra de apariencia femenina. Hormonas masculinas por debajo del rango normal.                          |
| Problema Jurídico    | Es válido el consentimiento sustituto de los padres para la cirugía de reasignación de sexo en este caso, o es preciso esperar la suficiente madurez del niño para que él mismo decida, dado que pasó el umbral de los 5 años.                                         |
| 1º Instancia         | No tuteló. Juzgado. El consentimiento del padre no es informado, debe decidir el paciente a los 18 años.                                                                                                                                                               |
| 2º Instancia         | No tuteló. Tribunal. Confirmó fallo 1º instancia                                                                                                                                                                                                                       |
| Corte Constitucional | <b>Tuteló.</b> Los jueces no siguieron en su integridad el precedente fijado. No integraron equipo interdisciplinario. La decisión del niño debe coincidir con la de sus padres y con la del equipo interdisciplinar, de lo contrario no se puede realizar la cirugía. |

<sup>\*</sup>Cuadro elaborado por la autora.

En la presente sentencia, se menciona el caso de un paciente femenino (46 XX) que ha superado el umbral crítico de identificación de género, pero que ha sido enseñado

por sus padres a comportarse como hombre. Lo que quiere decir que no coincide el sexo cromosómico con su género.

Los padres del niño solicitan cirugía de reasignación de sexo masculino, pero los médicos afirman que realmente se trata de un paciente femenino y que con el paso del tiempo se podrá desarrollar como mujer.

La Corte recomienda que en este tipo de casos se aplique el consentimiento asistido. La decisión del niño deberá coincidir con la de sus padres y con la del equipo interdisciplinar. Además la Corte resaltó la importancia de la integración de un grupo de expertos que le hagan acompañamiento al niño y a su familia.

| Sentencia T-1021<br>de 2003 | MP: Jaime Córdoba Triviño                                                                                                                                                                                               |
|-----------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Edad                        | 2 años                                                                                                                                                                                                                  |
| TDS                         | Pseudohermafroditismo masculino. Hipospadia mediopeneana y cuerda ventral. Cariotipo (46XX).                                                                                                                            |
| Problema Jurídico           | ¿La exigencia del pago de cuotas de recuperación para obtener la atención en salud vulnera los Derechos Fundamentales cuando el usuario del servicio carece de recursos económicos?                                     |
|                             | Reglas del consentimiento sustituto de los padres.                                                                                                                                                                      |
| 1º Instancia                | <b>Tuteló.</b> Juzgado. El factor pago no es decisivo para la consecución de un derecho.                                                                                                                                |
| 2º Instancia                | No tuteló. Tribunal. La actora no demostró que con los copagos se afectó su mínimo vital.                                                                                                                               |
| Corte Constitucional        | <b>Tuteló.</b> El Tribunal soslayó los deberes de proteger los derechos del Niño, y en su lugar privilegió la aplicación de normas de carácter legal y reglamentario sobre derechos constitucionales de rango superior. |
|                             | El consentimiento sustituto de los padres se dio conforme a lo establecido en la jurisprudencia.                                                                                                                        |

<sup>\*</sup>Cuadro elaborado por la autora.

En el caso que se menciona, se trata de un paciente femenino (46 XX), que no ha superado el umbral crítico de identificación de género.

El problema jurídico recae sobre la exigencia del pago de cuotas para la atención en salud en los casos en que las personas carezcan de recursos económicos. Y la Corte vuelve a analizar las reglas de consentimiento sustituto de los padres.

La Corte recomienda que en este tipo de casos, los jueces entiendan que cuando se trata de NNA la atención en salud es un derecho fundamental, y que debe otorgarse la atención de manera preferente y prevalente. El Magistrado en segunda instancia se equivocó ya que puso por encima de derechos de rango superior, normas de tipo reglamentario.

| • |                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|---|-----------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|   | Sentencia T-1025<br>de 2002 | MP: Rodrigo Escobar Gil                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|   | Edad                        | 8 años                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|   | TDS                         | Pseudohermafroditismo femenino con virilización extrema. Cariotipo 46 XX, Hiperplasia suprarrenal congénita con pubertad precoz. Presenta falo, útero y ovario derecho. No tiene testículos.                                                                                                                                                                                                                          |
|   | Problema Jurídico           | Es viable el consentimiento sustituto de los padres para la asignación de sexo, o si por el contrario, como se trata de un menor que ha sobrepasado el umbral de los cinco años, se hace indispensable esperar a que adquiera la madurez suficiente para adoptar por sí mismo dicha decisión.                                                                                                                         |
|   | 1º Instancia                | Única instancia: Tuteló parcialmente. La cirugía de reasignación de sexo se realizará con el consentimiento informado del niño debido a su edad, a que no hay riesgo que ponga en peligro su vida, y que no padece retardo mental como manifestaron sus padres. Se ordenó integración de equipo interdisciplinar quienes establecerán cuándo el menor goza de la autonomía suficiente para prestar su consentimiento. |
|   | 2º Instancia                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|   | Corte Constitucional        | Tuteló. La cirugía de reasignación de sexo se realizará con el consentimiento asistido del niño: 1)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |

por su edad; 2) la identidad del género del niño se encuentra acentuada social y psicológicamente. Se contará con apoyo de equipo interdisciplinario y con el consentimiento prestado por los padres.

En este caso, se trata de un paciente femenino (46 XX), que ha superado el umbral crítico de identificación de género. Sin embargo, por el tipo de TDS, padece de una virilización extrema, lo que ha conllevado a que sea educado como hombre. Incluso, en entrevista, el niño manifiesta sentirse identificado con el género masculino.

El problema jurídico recae sobre cuál de los consentimientos se debe tener en cuenta: el consentimiento sustituto de los padres, o el consentimiento informado del niño cuando adquiera madurez suficiente.

La Corte recomienda que en estos casos es indispensable el apoyo de un equipo interdisciplinario, y que el consentimiento debe ser asistido: por un lado la voluntad manifiesta del niño, el consentimiento prestado por los padres y la opinión del equipo interdisciplinar.

#### Resumen de las reglas adoptadas por la Corte:

## ♣ Reglas Generales sobre el Consentimiento:

| Consentimiento | Titular                                          | Situación Específica                                                                                         |
|----------------|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sustituto      | Padres- Orientados por equipo interdisciplinario | Aplica cuando el Niño es menor de 5 años                                                                     |
| Informado      | NNA- Orientado por equipo interdisciplinario     | Aplica cuando el NNA es mayor de 5 años                                                                      |
| Asistido       | NNA/Padres y Equipo<br>Interdisc.                | Aplica cuando el sexo no coincide con la identidad del género acentuada social y psicológicamente en el NNA. |

- ♣ Variables que determina la prevalencia del consentimiento sustituto o del consentimiento informado del Niño:
- 1. Necesidad y/o urgencia del tratamiento
- 2. El impacto y/o riesgo del mismo
- 3. La edad y/o madurez del NNA.
- Criterios para la ponderación de los principios de Beneficencia y Autonomía del Niño: Durante el análisis de las sentencias, se pudo observar

<sup>\*</sup>Cuadro elaborado por la autora.

que existe una tensión entre ambos principios. El primero en cabeza de los padres y cuerpo médico, y el segundo en cabeza del NNA. Por un lado se presenta el deseo de actuar en beneficio del NNA, y por el otro, la decisión que toma el niño sobre su propio cuerpo, ejerciendo su libertad de opinión y libre desarrollo de su personalidad. En este sentido, la Corte establece 4 criterios de ponderación:

- **1.** La urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor de edad. Por ejemplo, si se puede esperar a que el niño crezca, o si se requiere de intervención quirúrgica de inmediato, ya que está en riesgo la vida del niño.
- 2. Los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Por supuesto, una decisión tan importante como la definición del sexo, no es una decisión estática sino dinámica, que con el tiempo traerá implicaciones, por ejemplo, en el desarrollo del proyecto de vida de la persona.
- **3.** La edad del paciente. Va a depender de si ha superado o no el umbral crítico de identificación de género.
- **4.** El alcance ordinario o invasivo de la práctica médica. Por ejemplo, una cirugía de reasignación de sexo se constituye en una práctica médica absolutamente invasiva; no así la aplicación de una vacuna para prevenir una enfermedad incurable.

#### **Propuestas:**

- 1. Es necesario que el cuerpo médico, psicoterapeutas y trabajadores sociales que conforman los equipos interdisciplinarios que atienden casos de NNA en estado intersexual tengan una profunda y sólida sensibilidad profesional. Son casos de alta complejidad en las que los NNA necesitan ser escuchados, atendidos integralmente y que se les proporcione toda la información necesaria para que puedan decidir sobre su identidad sexual.
- 2. Se requiere dar a conocer entre Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia, las alternativas jurídicas, sociales y médicas que surgen a partir de las diferentes situaciones fácticas que se puedan presentar alrededor de casos de intersexualidad. Para esto, se necesita la vinculación de la Academia en lo que respecta a la formación y capacitación de los diferentes profesionales.
- **3.** Es necesario fortalecer los puntos de encuentro entre las diferentes disciplinas que trabajan en pro de la infancia y la adolescencia, para proponer leyes encaminadas a regular temas como el de NNA que nacen con algún tipo de intersexualidad. En

definitiva, el reto más grande que tenemos es lograr que la Ley abrace a todas las personas, a cada uno en su excepcionalidad, en su singularidad, reconociendo que somos diferentes.

#### <u>Bibliografía</u>

Constitución Política de Colombia (1991) Artículos 4, 44.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622 de 2014: MP: Jorge Pretelt Chaljub Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-450 A de 2013: MP: Mauricio González Cuervo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-912 de 2008: MP: Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1021 de 2003: MP: Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1025 de 2002: MP: Rodrigo Escobar Gil

Libro de ponencias : X Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia / Hilda Fadin... [et al.] ; compilado por Paola Sabrina Iturrieta.- 1a ed compendiada. - Mendoza : ALAMFPYONAF, 2019.

Libro digital, DXReader

Archivo Digital: online ISBN 978-987-46184-3-6

1. Derecho. 2. Derechos Humanos. 3. Niñez. I. Fadin, Hilda. II. Iturrieta, Paola Sabrina, comp. CDD 341.48572

