

Apuntes

Para pensar infancias

directores

Dra. Mirta Mangione

Lic. Orlando Cesoni

ISBN 978-950-817-422-2



9 789508 174222



Índice

<i>Eje 1. Construcción social del concepto infancias</i>	3
1. Infancia: una construcción histórico social. Mirta Mangione	4
2. Convención sobre los derechos del niño: herederos de un mundo en guerra y de conflictos de intereses. Orlando Cesoni	14
3. ¿Quién es el menor? Orígenes del concepto menor y su evolución histórica. Silvia Belmonte – Noelia Dieguez	21
<i>Eje 2. Convención Internacional y Leyes de Protección</i>	33
4. Derechos del niño en el ordenamiento interno: la Convención y los mecanismos de control. Marisol Burgués	34
5. Principios rectores de la Convención: Niños, niñas y adolescentes involucrados en procesos administrativos o judiciales. Judicht Galletti	45
6. El niño, la niña y el adolescente en el Nuevo Código Civil y Comercial; De la protección al reconocimiento de derechos. Noelia Dieguez	64
7. Medidas de protección excepcional: análisis de caso abordado por equipo interdisciplinario. María de los Ángeles Nicosia	70
<i>Eje 3. Infancias y Sistema Penal</i>	81
8. La trampa mortal de las buenas intenciones. Justicia penal juvenil, pasado y futuro. María Dolores Aguirre Guarrochena	82
9. Niñez y Adolescencia: entre el intento de proteger y el deseo de castigar. Olga Salanueva – Inés Berisso	95
<i>Eje 4. Políticas públicas y vulnerables</i>	108
10. Trabajo infanto adolescente en el mundo actual: entre la regulación y la prohibición. María del Carmen Gaudio	109
11. Como vivido cien veces. Identidad, orígenes y ahora reproducción humana asistida. Mariana De Lorenzi	118
12. Panorama actual sobre discapacidad en Argentina. Representaciones sociales, leyes y políticas públicas. Marisa Chamorro – Facundo Vidal Valls	135
13. Niñez encarcelada: un caso de vulneración solapada. Rosario Gauna Alsina	148

EJE 1

*Construcción social
del concepto infancias*

INFANCIA

Una construcción histórico-social

Dra. Mirta Mangione ()*

La autora propone un recorrido histórico que analiza la construcción del concepto infancia a lo largo de los siglos. Para él toma categoría de análisis de dos grandes autores como son Áries y De Mause y los contrasta para encontrar puntos de encuentro que permitan delimitar un proceso constitutivo del concepto infancia que de cuenta de los aportes que a él se dio en cada época, hasta llegar al sujeto pleno de derechos de la actualidad, que sin embargo queda reducido a una declaración de intención más que a una práctica cotidiana, en tanto los espacios de trabajo con la juventud, no siempre lo abordan desde esa complejidad que es característica de su origen.

The author proposes a historical journey that analyzes the construction of the childhood concept throughout the centuries. For him, he takes the category of analysis of two great authors such as Áries and De Mause and contrasts them to find meeting points that allow to define a constitutive process of the childhood concept that takes into account the contributions that were given to him at each time, until arriving to the full subject of rights of the present time, that nevertheless is reduced to a declaration of intention more than to a daily practice, as the spaces of work with the youth, do not always approach it from that complexity that is characteristic of its origin.

(*) Especialista en infancia. Directora del Centro interdisciplinario de infancias y adolescencias de la Facultad de Derecho - UNR

SURGIMIENTO DEL CONCEPTO INFANCIA

En el año 1929 bajo la conducción de Marc Bloch y de Lucien Febvre nace la revista histórica francesa *Annales*, que luego se desarrolló bajo la dirección de Fernand Braudel que revoluciona el modo de hacer historia.

Sus indicaciones de método estaban dirigidas a reconstruir una “historia total” que tuviera en cuenta las transformaciones materiales de las condiciones de vida de las clases inferiores y no sólo los acontecimientos políticos y las ideologías de los sectores dominantes. Fue precisamente esta revolución historiográfica que condujo a una valorización de la infancia como objeto de investigación histórica y a producir la primera obra significativa de historia de la infancia, la de Philippe Ariès¹, publicada en 1960 y dedicada a la nueva relación que se establece entre niños/as y padres, ya en tiempos del antiguo régimen, es decir entre el siglo XVI y el siglo XVII, particularmente en Francia.

La vida de la infancia aparece en las distintas sociedades como insignificante. En realidad, ella es un aspecto determinante de la historia de los pueblos, como el trabajo, la producción cultural, la elaboración religiosa.

Ariès se propone recuperar aquello que las culturas y sociedades han construido en torno a la infancia intentando una definición de esta edad del hombre, elaborando normas y prohibiciones que le ataen, fijando una imagen de ella que es al mismo tiempo descriptiva y normativa, haciéndola objeto de un constante trabajo encaminado sea a comprenderla, sea a gobernarla.

Según este estudioso, en la historia milenaria de la infancia, caracterizada por mucho tiempo por una permanente marginalidad del niño, hay una ruptura verdaderamente radical sólo comparable con el advenimiento de la sociedad moderna. En efecto, el acceso al poder de la burguesía, que renueva los vínculos y las relaciones afectivas de la familia, lleva al reconocimiento del valor y de la autonomía del / la niño/a. Esto se manifiesta a través de una fuerte inversión realizada por la familia misma y en particular por los padres. De aquí se generan aquellos afectos de “descubrimiento de la infancia”, del “sentimiento de la infancia”, de “cuidados” y de “control” de los/as niños/as que serán patrimonio común de la cultura (si no de la práctica) burguesa primero y después también popular. Ariès con estas tesis no sólo ha abierto un nuevo campo de estudio sino que ha fijado para la historia de la infancia grupos de categorías fundamentales (el descubrimiento, el sentimiento, etc.), en torno a las cuales se ha tejido el debate historiográfico actual que ha llevado a una rápida maduración de todo este reciente sector de la investigación histórica.

Ariès ha puesto de relieve la imagen de la infancia que la cultura y la sociedad burguesas producen y con las cuales operan. Ha dejado, sin embargo, en la sombra los diversos aspectos de la vida infantil y la imagen de la infancia propia de la larguísima fase histórica pre-moderna y de las sociedades tradicionales que sobreviven incluso hoy, unificadas en la definición un poco genérica de “mundo tradicional”. Es necesario, entonces, realizar un análisis más profundo, sea de las fases más antiguas y pre-burguesas, sea de las culturas primitivas o marginales, que continúan estando presentes en las mismas sociedades modernas, poniendo en relieve la variedad de imágenes de la infancia que la historia nos ofrece. Estas corresponden a diversas realidades sociales, económicas y culturales, pero también a diferentes tiempos históricos, demarcados sea por rápidas revoluciones o por lentas transformaciones, pero de ninguna manera unificarlas entre sí.

1 ARIÈS, Philippe: *El Niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, versión castellana de Naty García Guadilla, Ed. Taurus, Madrid, 1987.

Si vamos más allá podemos individualizar al menos seis grandes imágenes de la infancia que han gobernado la civilización occidental desde sus orígenes hasta hoy día:

- La imagen de las culturas primitivas que pueden iluminarnos sobre la idea de la infancia que caracteriza la fase de nuestra prehistoria.
- La imagen del mundo clásico.
- La imagen cristiana.
- La imagen medieval.
- La imagen burguesa.
- La imagen contemporánea².

Estas imágenes se distinguen sobre todo a nivel cultural ya que en las prácticas sociales predomina una actitud en buena parte común, hecha de preferencia y de violencia, de subalteridad y de explotación de la infancia.

LA INFANCIA EN LAS CULTURAS PRIMITIVAS

En las culturas primitivas la infancia aparece como intensamente socializada, envuelta en la vida colectiva, demarcada por ceremonias de iniciación que se refieren al uso de las armas o del sexo. Se evidencia, entonces, interés por procesos de adultización más o menos precoces, esto es, que tienden a insertar al niño en el mundo adulto, pero también actitudes ambiguas por parte de los adultos, sea de sobreprotección y violencia, hasta el límite del infanticidio, sea de ternura y reconocimiento de algunas de sus necesidades primarias.

De las diferentes culturas señaladas como primitivas, algunas sobreviven en un mundo agrícola y pastoril, aparece una infancia muy variada, pero siempre caracterizada en el sentido social como una infancia para la comunidad, guiada constantemente por sus reglas pero también gratificada por la participación asumida y reconocida como valor colectivo. La infancia "para otros" (adultos en la sociedad) pero al mismo tiempo valorizada como el reinicio del mundo y como garante de la continuidad del grupo. El/la niño/a en esta óptica es una entidad subalterna pero se encuentra también al centro de la vida social³.

Esta imagen de la infancia ha sido puesta en consideración a partir de estudios realizados por etnólogos y antropólogos sobre las culturas primitivas. En muchas sociedades deben cumplirse determinadas ceremonias para que el recién nacido sea aceptado en la vida, por ejemplo, entre los primitivos escandinavos, los antiguos vikingos mostraban una lanza al recién nacido varón. Si el niño la tomaba le permitían vivir. Además, la vida del niño dependía de una ceremonia más o menos parecida al bautismo moderno denominada wasserweihe. Inmediatamente después del nacimiento, el niño era colocado en las rodillas del padre o bien en el suelo frente a él. Entonces se vertía agua sobre el recién nacido, se le daba un nombre y se le hacía un regalo. Sólo entonces se lo alimentaba. Si el niño no era levantado por el padre se lo sacrificaba inmediatamente, sin bautismo ni alimento. Pero si se habían cumplido las dos condiciones era ilegal matar al niño, pues una vez bautizado tenía derechos propios. Estas costumbres permanecieron en vigencia en Suecia hasta 1734, en Noruega hasta 1854 y en Dinamarca hasta 1857⁴.

En general podemos sostener que existió una gran carga de violencia ejercida por los adultos sobre los jóvenes, por ejemplo los ritos de iniciación, han sido considerados como "actos crueles y sutiles de los hombres contra los jóvenes. Los australianos adultos arrastran a la juventud hacia el monstruo, cir-

2 Seguimos a TRISCIUZZI, Leonardo y CAMBI, Franco: La infancia en la sociedad moderna. Del descubrimiento a la desaparición en Derecho a tener derecho Infancia, Derecho y Políticas Sociales en América Latina. CD editado por UNICEF e Instituto Ayrton Senna

3 Ibidem

4 WERNER, O: The Unmarried Mother in German Literature, Columbia, University Press, 1917, pág. 20-21

cuncidan y torturan a los jóvenes, pero, al mismo tiempo, los protegen en la lucha contra el monstruo. Los padres se identifican con el monstruo Balum y ellos son los que sienten esos diabólicos impulsos contra los neófitos atribuidos al monstruo”⁵.

Pocas son las menciones que se hacen sobre las culturas indígenas de América del Sur en cuanto a la relación con su infancia y juventud, por ello, nos preocupamos de buscar algún material y vemos que:

* En la región amazónica, se practican mutilaciones sexuales a los jóvenes y las doncellas. Al entrar en la pubertad las adolescentes de las tribus de los grupos pampásico, chaqueño y amazónico deben recluírse durante cierto tiempo en las chozas de menstruación o en una parte aislada de la casa. Son sometidas a dolorosas pruebas (región amazónica), o bien unos hombres provistos de cinturones con sonjeros (grupos pampásico) o mujeres con lanzas- matracas (Chaco) ejecutan danzas para alejar a los espíritus dañinos⁶.

Las ceremonias de pubertad de los jóvenes revisten mayor importancia y difusión que la iniciación de las jóvenes. Los varones adolescentes deben someterse a mortificaciones como, por ejemplo, la flagelación, heridas cortantes, inferidas en el cuerpo o picaduras de hormigas y avispa (grupo amazónico). A estas torturas se les atribuyen efectos mágicos, y más adelante se practican también en otras ocasiones.⁷

A través de las ceremonias de la pubertad el joven se convierte en hombre. La admisión en las ligas de hombres y clases por edad va precedida asimismo de actos de iniciación.

No todas las culturas son tan crueles, por ejemplo los niños Xingú eran educados con una suerte de naturalismo pedagógico que consistía en darles absoluta libertad. Se consideraba que eran el tiempo y el ejemplo de los mayores los que conducirían al educando por el buen camino. Los Xingú nunca reprimían, ni siquiera cuando los hijos cometían faltas graves, porque consideraban que la vida les enseñaría a diferenciar el error de lo cierto.⁸

Al llegar a la pubertad, los jóvenes pasaban por un período de reclusión que debían aprovechar para meditar sobre sus futuras responsabilidades. Durante ese lapso sólo tenían contacto con sus padres, quienes les alcanzaban lo necesario para comer y beber y los entrenaban en las técnicas de la lucha.

Entre los yamanas, tribu ubicada en Tierra del Fuego, se le inculcaba al niño desde los primeros años, el sentido de la independencia y el de su propia personalidad. Educaban al niño para que se mantuviera sin ayuda de nadie. El padre no podía amenazar al hijo, ni darle órdenes directas.⁹

De las imágenes y comentarios del Codex Mendoza¹⁰ que describe los métodos pedagógicos utilizados por los aztecas, se puede distinguir una infancia altamente socializada en el seno de la familia y la comunidad. Los pasos educativos progresivos demuestran su inserción en la vida productiva, económica y cultural de su entorno, con una diferenciación sexista de roles. En la adolescencia el varón partirá para la educación religiosa o la guerrera, mientras que la adolescente hila y teje sentada con el novio cerca del fogón, aguardando su boda. Esta diferenciación también se hace presente en los aspectos punitivos de la educación, con la sombra del castigo para la niña o el castigo corporal real para el varón, ya desde los ocho años. Los nuevos descubrimientos en la Amazonia, en la caverna da Pedra Pintada, nos dicen también de una infancia integrada desde muy temprano a la vida económica de la comunidad, desarrollándose en un continuum espacio/temporal.

5 REIK, Theodor: *Couvade And the Fear of Retaliation en The Ritual*, Psychoanalytical Studdies, Norton Nueva York, pág. 104

6 BARISANI, Blas: *Apuntes para una Historia de la Familia*, Ed. Claretiana, Buenos Aires, 1998, pág.153

7 Ibidem

8 BARISANI, B: ob. cit., pág. 155

9 HYADES, P.: *Antropología y etnografía*, París 1891

10 IGLESIAS, Susana: *El Desarrollo del concepto de Infancia en Revista Sociedades y Políticas*, Trabajo infantil N° 2 Buenos Aires, diciembre 1996 pág. 46

La infancia en la cultura clásica: En el mundo clásico la imagen de la infancia no cambia mucho respecto a aquella de las culturas primitivas. También en las sociedades de la antigüedad prevalecen las imposiciones de reglas y el dominio con sus aspectos incluso de violencia. El niño, sin embargo, tiende siempre más a depender de la familia y del padre, en particular, que de la comunidad. Se delinea así aquel “miedo del padre” que es un aspecto dominante y característico de la vida de los hijos/as en la edad antigua, presente ya en el mito (ejemplo el mito de Edipo) y que es impuesto por la misma ley, especialmente la romana, que sometía al hijo/a al pater familias incluso en plena juventud. Al lado de la figura del padre se coloca luego la del maestro, también autoritaria y con frecuencia violenta, y con legitimidad para golpear con una vara a los estudiantes más lentos y a los menos sumisos. También el imaginario infantil se doblega ante esta estrategia de dominio a través de la evocación de figuras monstruosas o malvadas que amenazan a los/as niños/as apenas se alejan del control de sus familiares.

En la cultura clásica se valoriza únicamente la figura del adulto viril, cuyo cuerpo encarna la fuerza y la armonía y cuya mente está caracterizada por el predominio de la racionalidad. La infancia es una edad irracional, por lo tanto, es una fase imperfecta de la vida, es sólo preparatoria a la vida adulta y, por eso, es también una vida marginal.¹¹

Este tipo de actitud en la infancia no lleva necesariamente, en la vida práctica, a una falta de amor hacia los hijos. Incluso en la antigüedad los/as hijos/as eran amados y cuidados y para ejemplo basta citar el testimonio del episodio de la madre de los Gracos, Cornelia, que define a sus hijos como “mis joyas”. Sin embargo, esto significa que la cultura permanecía extraña a estas prácticas de la vida, no las reconocían ni las exaltaban, las dejaban subsistir en la sombra de lo cotidiano decretándoles implícitamente el apelativo de insignificante.¹²

EL CRISTIANISMO

La primera ruptura respecto a la imagen de la infancia se produce con el advenimiento del cristianismo, pues en el evangelio se declara que todo ser humano, de cualquier edad y condición, es hijo único del padre, y además indica una precisa y explícita valoración de la infancia al expresar Cristo “dejad que los niños vengan a mí”.

La infancia era la edad “pura de corazón”, la más simple, la más necesitada de amor, por lo tanto, la más cercana al Padre como lo recordaba el Sermón de la Montaña. Había, pues, un espacio dedicado en los evangelios a la infancia de Cristo, un reclamo que rompía con toda una tradición biográfica por la cual, en general, se descuidaba los años de la infancia de los grandes hombres puesto que se consideraban insignificantes. Incluso la infancia de Cristo, que se desarrolla en sabiduría y gracia, llegaba a ser el modelo ideal de la vida infantil y adulta. El cristiano a través del bautismo debía llegar a ser como un niño y modelar su propia vida en el futuro según el principio de la indicación de Cristo, partiendo del Cristo niño.

En el cristianismo primitivo hay pues un primer y amplio reconocimiento del valor de la infancia que penetra al ritual de la Iglesia (el domingo in albis, es decir, las túnicas blancas que representan el renacimiento a través del bautismo), que se encuentra en las imágenes religiosas (como la de La Sagrada Familia), que pasa también a las prácticas de vida, (como testimonio la presencia de los sepulcros infantiles en las catacumbas). Luego, con la fusión entre el cristianismo y la sociedad romana, que quedó definitivamente establecida por el edicto de Constantino (año 313), se produce un rápido declinar de este modo de ver la infancia. En la sociedad y la cultura vuelven a prevalecer las imágenes antiguas que disminuyen al niño, lo sindicaban como socialmente marginal y, gradualmente, como sujeto todavía bajo las garras del pecado original, orientado naturalmente al mal y que debía ser controlado, corregido y castigado.

11 TRISCIUZZI, L y CAMBI, F: ob. cit. nota 2 pág. 6

12 Ibidem.

LA IMAGEN DEL NIÑO/A EN EL MEDIOEVO

En el período de la Edad Media prevalece una imagen pesimista de la infancia y, por ende, la práctica autoritaria de gobierno con los niños. San Agustín en sus Confesiones y en la Ciudad de Dios, definía la infancia como la edad “no inocente”, nutrida de envidia, sujeta sin ninguna resistencia a la carne, dedicada a los placeres viciosos y a las acciones vergonzosas, crueles e impías. Una edad que él mismo trataba de olvidar y que él aconsejaba superarla a través de un proyecto educativo que tomara como modelo la figura de Cristo, de la cual los padres y maestros debían ser ejemplos y testimonios vivientes.

En la cultura medieval la infancia será constantemente desvalorizada por su radical naturalidad y por el abierto testimonio que ella debería todavía dar de la culpa original que todos tenemos impresa. Razones sociales de esta desvalorización son también la alta mortalidad infantil, determinada por las condiciones de vida pobre y antihigiénica, el peso de los hijos para la economía de la familia y los riesgos de empobrecimiento.

También las clases altas y las “infancias reales” no escaparon a esta desvalorización: los niños son relegados con los siervos, dejados al margen de la vida del palacio, antes de ser sometidos a la autoridad del educador. Este último es generalmente un clérigo, un hombre de saber o de Iglesia que actúa en relación a la imagen pesimista de la infancia propia del Medioevo. En las clases bajas el estudio está sustituido por el trabajo (en el campo, en las bodegas) y la autoridad del educador por la autoridad del padre-patrón o del maestro de bodega.

La misma Iglesia, que está fuertemente presente en todos los aspectos de la sociedad Medieval, no da mucha importancia a los/as niños/as permitiendo, por ejemplo, el sepelio en casos de muerte en el ámbito del espacio de la casa, fuera del terreno consagrado. Esta concepción de la infancia se mantiene dominante, hasta la entrada en la edad moderna, cuando las clases aristocráticas y burguesas llegan a elaborar una nueva identidad de la infancia con una nueva actitud hacia ella que se presenta cultural y socialmente revolucionaria.

LA IMAGEN DEL/LA NIÑO/A EN LA SOCIEDAD BURGUESA

Con la llegada de la edad moderna y con la afirmación cultural y política de la burguesía como el centro y motor de la vida social, se realiza, una profunda y radical ruptura en la concepción de la infancia. Nace una visión de esa edad esencialmente nueva que se manifiesta en un reconocimiento de su especificidad y su autonomía como también en una actitud de cuidado y de valorización a nivel social. El niño llega a ser portador del futuro; sobre él, la familia y la sociedad, hacen una inversión afectiva y económica; es respetado, asistido, educado y acompañado con cuidado durante su crecimiento. En particular, se le preserva del mal y se le conserva en su natural inocencia. Él tiene una naturaleza específica (inocente, necesitada de cuidado, amorosa) que es reconocida y puesta en el centro del mundo familiar.

El proceso que cambia las ideas sobre la infancia se inicia ya en la segunda mitad del siglo XV, pero será en el transcurso del siglo XVII que esta nueva mentalidad encontrará ciudadanía entre los sectores aristocráticos y de la alta burguesía. En el pueblo, por el contrario, las condiciones de vida de niños y niñas cambiarán muy poco, serán todavía sometidos a privaciones, explotación y violencia. Incluso empeorarán con la llegada de la revolución industrial cuando los menores de 5 y 6 años serán sometidos a ritmos agobiantes de trabajo en condiciones antihigiénicas y con horarios durísimos.

Ariès habló de un “descubrimiento de la infancia” que se realiza en este período de la historia: el niño es reconocido en su especificidad psicológica y social, es valorizado en su vida familiar y luego en su vida colectiva, es idealizado por algunos aspectos de su naturaleza (la debilidad, la ternura). Se crea, según Ariès, un nuevo sentimiento de la infancia que está destinado a convulsionar las actitudes de los adultos hacia los niños hasta el siglo XX, pero se trata de un sentimiento de doble filo, por un lado caracterizado por la solicitud y la ternura y por el otro por la severidad y la educación. De aquí nacen una serie de prácticas dirigidas a identificar al niño (en el vestuario) a seguirlo desde su crecimiento (la

higiene) a preservarlo de las malas influencias de los adultos y los no adultos (la organización por clases de edad en la escuela). Pero nacen también una serie de otras prácticas y teorías dirigidas a gobernar la infancia, a definir modelos y tareas, a separar las de la sociedad, aprisionándola en un proceso de controles educativos cada vez más rígidos y capilares que incluso llegan a las formas más perfectas en el transcurso del siglo XIX.

La tesis de Ariès fija una ruptura en la vida familiar con la llegada de la edad moderna, que encuentra en la burguesía el nacimiento de un sentimiento de la infancia que la orienta más hacia una actitud de ternura y de cuidado que de severidad, han sido recientemente y de varias maneras discutidas, criticadas y revisadas.

Ivan Illich junto a otros estudiosos cuestionan este “descubrimiento de la infancia” que ha llevado a separar a los/as niños/as de la sociedad, a segregarlos en el interior familiar, a deprimir la capacidad de experiencia y de verdadera formación para someterlos, en cambio a prácticas educativas antinaturales y autoritarias. La infancia capturada por la familia e interpolada en la moral burguesa sufre así una pérdida: no le es más permitido hacer una experiencia libre del mundo y de educarse autónomamente en contacto con la colectividad como era antes en el “mundo tradicional”.

Otro estudioso, Lloyd de Mause, ha puesto de relieve otra cara de la vida infantil en la sociedad moderna y burguesa que es dejada demasiado en la sombra por Ariès: aquella de la violencia conectada al escaso valor asignado a la vida del niño, que puede “llegar a ser asesinado, abandonado, golpeado, aterrorizado y constreñido a sufrir violencia sexual”¹³. Además, según este autor, este “descubrimiento” teorizado por Ariès no existió nunca porque el arte antiguo da testimonio de una sensibilidad hacia los/las niños/as.

A la tesis del estudioso francés, De Mause contrapone una “historia evolutiva” de la infancia, que en relación al vínculo padres-hijos pasa al menos por seis etapas:

1- Infanticidio (Antigüedad siglo IV) Los padres resolvían sus ansiedades acerca del cuidado de los hijos matándolos, situación que influía profundamente en los niños que sobrevivían, quienes eran sometidos a la práctica de la sodomía.

2- Abandono (Siglos IV – XIII): Una vez que los padres empezaron a aceptar al hijo como poseedor de un alma, la práctica común era el abandono, entregándolo al ama de cría, internándolo en el monasterio o en el convento, cediéndolo a otras familias de adopción, enviándolo a casas de otros nobles como criado o como rehén o manteniéndolo en el hogar en una situación de grave abandono afectivo.

3- Ambivalencia (Siglo XIV- XVII): Cuando se le permitía al niño entrar en la vida afectiva de los padres, la tarea de éstos era moldearlos. Se consideraba al infante como cera blanda, yeso o arcilla a la que había que dar forma. Este período es de gran ambivalencia pues comienza un aumento del número de manuales de instrucción infantil, la expansión del culto de la Virgen y del Niño Jesús y la proliferación en el arte de la “imagen de la madre solícita”.

4- Intrusión (Siglo XVIII): En este período los padres se aproximan a sus hijos y tratan de dominar su mente a fin de controlar su interior, sus rabietas, sus necesidades, su masturbación, su voluntad misma. Este niño/a era amamantado por la madre, no llevaba fajas, no se le ponían sistemáticamente enemas, su educación higiénica comenzaba muy pronto, se rezaba con él pero no se jugaba con él, recibía azotes, era castigado por masturbarse y se le hacía obedecer con prontitud tanto mediante amenazas y acusaciones como por otros métodos de castigo. Nació la pediatría con lo que se redujo la mortalidad infantil y proporcionó la base para la transición demográfica del siglo XVIII.

5- Socialización (Siglo XIX - mediados del siglo XX): A medida que la crianza de un hijo no consistió tanto en dominar su voluntad como en formarle, guiarle por el buen camino, enseñarle a adaptarse, socializarlo. El método de la socialización es para muchos estudiosos el único modelo en función del

13 LLOYD de MAUSE: Historia de la infancia, versión española de María Dolores López Martínez, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 15

cual puede desarrollarse el debate sobre la crianza de los niños y de él derivan todos los modelos psicológicos del siglo XX, desde la “canalización de los impulsos” de Freud hasta la teoría del comportamiento de Skinner. Asimismo, en el siglo XIX, el padre comienza por vez primera a interesarse en forma no meramente ocasional por el niño, por su educación y a veces ayuda a la madre en los quehaceres que impone el cuidado de hijos e hijas¹⁴.

6- Ayuda (comienza a mediados del siglo XX): El método de ayuda se basa en la idea de que el niño sabe mejor que el padre lo que necesita en cada etapa de su vida e implica la plena participación de ambos padres en el desarrollo de la vida del niño/a, esforzándose por empatizar con él y satisfacer sus necesidades peculiares y crecientes¹⁵. Este método exige de ambos padres una enorme cantidad de tiempo, energía y diálogo, especialmente durante los primeros seis años, pues ayudar a un niño/a a alcanzar sus objetivos cotidianos supone responder continuamente a sus necesidades, jugar con él, tolerar sus regresiones, estar a su servicio y no a la inversa, interpretar sus conflictos emocionales y proporcionar los objetos adecuados a sus intereses en evolución¹⁶. El resultado es un/a niño/a amable, sincero, que nunca está deprimido, que nunca tiene un comportamiento imitativo o gregario, de voluntad firme y en absoluto intimidado por la autoridad.

La crítica de De Mause a los planteamientos de Ariès no sólo nos ofrece un nuevo modelo para leer la historia de la infancia sino que también pone radicalmente en discusión dicha tesis. Según este autor, se trata de una perspectiva demasiado atenta a la producción cultural y poco, a las prácticas de vida y se basa mucho sobre la mística ruptura histórica que en realidad se ha realizado en formas mucho más diversas (evolutivas y revolucionarias).

Otros investigadores se han colocado en posiciones diversas, por ejemplo: Becchi¹⁷ ha puesto el acento sobre la “privatización” de la infancia que se opera a través de las prácticas burguesas de idealización y de control. La infancia, dice, es privada de su propia identidad y de sus propios deseos y es interpolada en un proyecto educativo que determina la “familiarización”, la sumisión a las intervenciones cada vez más duras de dominio, a un gobierno siempre más capilar. Becchi se apoya en el aspecto menos sentimental del descubrimiento de la infancia en la edad moderna y lo reconecta al proyecto de reglamentación de la sociedad en todas sus formas que es típico de la política moderna en la cual también la familia es un factor fundamental.

De estas diversas posiciones pueden sacarse las siguientes conclusiones:

- 1- Con la llegada de la edad moderna, burguesa y capitalista, se produjo un cambio radical: la infancia es valorizada, protegida y estudiada. Sin embargo, tal cambio ha incidido sobre todo en el imaginario y las ideas sobre la infancia de los sectores más altos.
- 2- La valorización de la infancia trajo consigo, también, la extensión del dominio sobre esta edad por parte de la familia y de la sociedad; dominio que se manifestó en cuidados, pero también en prescripciones y controles.
- 3- Se desarrolló un cada vez más amplio y específico conocimiento de la infancia, profundizándose los aspectos psicológicos y sociológicos, que se refieren al crecimiento físico, cognoscitivo, al lenguaje, al juego, etc.

14 LLOYD de MAUSSE: ob. cit. nota 12 pág. 89

15 Ibidem

16 NEILL, A. S.: *The Free Child*, Londres, 1952, donde se describe el a niños criados con arreglo a este método.

17 BECCHI, Eli: citado por Trisciuzzi; Leonardo y Franco Cambi en ob. cit nota 2 pág. 10

LA INFANCIA EN LA CONTEMPORANEIDAD

La infancia instituida por las instituciones modernas transformaba al cachorro humano en un objeto frágil e inocente, dócil y postergado a un futuro. Esas significaciones se han agotado. Para situar conceptualmente el estatuto actual de la infancia, es necesario retomar la relación entre infancia y las instituciones (familia y escuela) que tradicionalmente fueron responsables de la contención y de la formación de niños y niñas. Estas instituciones han sufrido cambios que han influido sobre la infancia.

También se deben considerar las mutaciones prácticas que se produjeron en la cultura, el vertiginoso desarrollo del consumo y la tecnología y la influencia del discurso de los medios masivos de comunicación.

La infancia cambia porque la familia cambia, porque todo cambia. Porque todo está en cambio permanente según el paradigma de las diferencias débiles prescriptas por la moda.

La causa visible de la transformación de la infancia es la cultura de la imagen. Sin embargo, esa transformación no se percibe como una variación histórica, sino que presenta dos componentes ideológicos: la idea de pérdida y la idea de esencia. Esta infancia es una degradación de la infancia moderna¹⁸.

Históricamente, la infancia puede considerarse como el conjunto de intervenciones institucionales sobre niños/as /adolescentes y la familia. Estas intervenciones trazan una distinción entre el interior y el exterior de la infancia. El borde exterior de la infancia se constituye como la figura negativa de una supuesta normalidad. Hay entonces una infancia a-normal, i-regular o in-adaptada como los predicados negativos de la niñez, su reverso específico, y a su vez el negativo necesario para producir la consistencia de los predicados positivos de la infancia. La institución se organiza según dos términos complementarios: unainfancia protegida y una infancia vigilada, que se presenta como peligrosa¹⁹.

El vínculo infancia-familia se sostuvo históricamente durante la modernidad a través de las prácticas filantrópicas, familiares, médicas, escolares, psíquicas, jurídicas, ejercidas bajo el amparo del aparato estatal. En nuestros días, ese vínculo histórico entre instituciones de la infancia y aparato estatal asiste a su disolución práctica.

Esta disolución es consecuencia de la transformación del Estado nación en Estado técnico administrativo, que deja al aire a las instituciones de asistencia. El Estado se desplaza hacia el mercado con el objeto de cumplir funciones gerenciales, por ello, las instituciones se vuelven ineficaces, pierden la justificación política y el amparo institucional que el Estado les otorgó tradicionalmente.

Según Corea²⁰ dos son los obstáculos con los que se enfrentan las instituciones. El primero tiene que ver con las condiciones de su emergencia histórica, y es que el haberse encontrado en sus orígenes cobijadas por el Estado les impide pensar un funcionamiento político por fuera del dispositivo estatal. Esto es lo que da lugar a las posiciones políticas restauradoras: es decir, al reclamo de la restitución de los lazos estatales que durante siglos sostuvieron de modo eficaz la alianza de la infancia con la escuela, la familia y demás instituciones.

El segundo obstáculo tiene que ver con la dificultad para percibir su propia naturaleza instituyente. Históricamente, la institución causa la infancia, pero después se ve a sí misma como protectora o guardiana de ese objeto que considera preexistente: no pueden verse a sí mismas como máquinas productoras de infancia sino sólo como agentes de asistencia, protección, prevención y ayuda. Esta perspectiva las condena hoy a la misma agonía histórica en que se encuentra el Estado de bienestar y las coloca políticamente en posición de víctimas de las políticas estatales. "Alguna vez existimos gracias al Estado;

18 COREA, Cristina- LEWKOWICZ. Ignacio: ¿Se acabó la infancia? Ensayo sobre la destitución de la niñez, Edi. Lumen Hymánitas, Buenos Aires, 1999, pág. 70.

19 COREA, C – LEWKOWICZ, I: ob cit nota 17, pág. 91

20 Ob. cit pág. 93

si ahora agonizamos, es por culpa del Estado”²¹

A partir de la visibilidad de estos dos obstáculos, se pueden esquematizar tres posiciones que asumen hoy las instituciones de la infancia:

a)- Renegación: se caracteriza por no admitir la existencia del problema. El enunciado la infancia está en crisis no posee realidad alguna para esta posición. Por lo tanto, no le cabe la posibilidad de pensar algún procedimiento de intervención. El resultado de esta posición es políticamente nulo.

b)- Asimilación: Esta postura reconoce el problema planteado en el enunciado, pero lo desconoce en la enunciación. Esto es que, si bien se admite la realidad del problema, los procedimientos destinados a intervenir sobre él son ineficaces. Esta posición carece de consecuencias prácticas renovadoras, ya que su objetivo es restituir la vieja alianza entre el Estado y las instituciones de asistencia. Surgen entonces la denuncia, la demanda de intervención al Estado y la creencia en que se hace algo, reclamando la restitución del viejo dispositivo.

c)- Producción: Esta es la posición activa. Admite el enunciado problemático como novedad y es capaz de instrumentar procedimientos nuevos para tomar el real cuyo estatuto histórico ha cambiado.

21 Ibidem

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: Herederos de un mundo en guerra

Lic. Orlando J. Cesoni^()*

El presente trabajo es un escrito que busca indagar sobre los orígenes socio-políticos de la Convención sobre los derechos del niño. Se hace hincapié en los hechos anteriores a la Convención y en su introducción al derecho internacional, como herramienta de cambio, sin pretender analizar los alcances reales que tuvo la misma en las legislaciones y prácticas nacionales. En el mismo se realiza un recorrido del contexto mundial de posguerra, analizando como ese juego de poder y el peligro de una posible tercer guerra mundial, sirvieron como impulsor para la visibilización de varios conflictos sociales, como así también de prácticas discriminatorias por cuestión de edad o sexo, que dieron lugar a las posteriores discusiones del orden mundial.

The present work is a document that seeks to investigate the socio-political origins of the Convention on the rights of the child. Emphasis is placed on the facts prior to the Convention and its introduction to international law, as a tool of change, without attempting to analyze the real scope of the Convention in national laws and practices. In the same one a journey of the world-wide context of postwar period is realized, analyzing like that game of being able and the danger of a possible third world-wide war, they served like impeller for the visualization of several social conflicts, as well as of discriminatory practices by matter of age or sex, which gave rise to subsequent discussions of the world order.

^(*) Licenciado en Relaciones Internacionales. Docente en la Residencia de Minoridad y Familia, Facultad de Derecho UNR y miembro del equipo de intervención del Programa Libertad Asistida de Villa Gobernador Gálvez, Dirección Provincial de Justicia Penal Juvenil, Provincia de Santa Fe.

La Convención sobre los Derechos de los Niños es probablemente una consecuencia de la segunda Guerra Mundial y un llamado de atención a los gobiernos para evitar la tercera. Como tal, conlleva los errores propios de cualquier proyecto que busca corregir las consecuencias de los propios comportamientos humanos, sin cambiar –necesariamente– las prácticas (belicistas) humanas y se presenta ambiciosamente para tratar de instaurar un nuevo orden, sin por ello contar con las herramientas necesarias para echar por tierra el vigente.

De hecho fue el fin de la Segunda Guerra Mundial y la creación de Naciones Unidas, lo que dio visibilidad mundial al tema de los Derechos Humanos en general, produciendo una gran cantidad de normativas y creando instituciones que velen por ellos. “A partir de ese momento, y comenzando con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de la ONU en 1948, el concepto y, sobre todo, las normas e instituciones internacionales de derechos humanos, han tenido un desarrollo progresivo importante, hasta llegar hoy en día a constituir un nutrido cuerpo normativo y un amplio andamiaje institucional para su promoción y defensa en el mundo”²².

Terminada la Segunda Guerra mundial, el mundo se encuentra con las principales ciudades occidentales destruidas, poblaciones diezmadas, niños huérfanos y mujeres vejadas y abandonadas a su propia suerte, falta total de alimento para la población y la incapacidad de producir rápidos cambios económicos que den solución a este flagelo.

El mundo de pre guerra era machista y se encontraba dividido según la lógica de la división internacional del trabajo. Es decir, el hombre sale a trabajar junto a la mujer y los niños pero estos dos últimos reciben pagas mucho menores que el primero. Y en cuanto a la división internacional del trabajo, el mundo occidental moderno producía servicios y bienes manufacturados, en tanto África y América Latina producían materias primas que se exportaban casi en su totalidad.

La segunda Guerra Mundial modificó la lógica de producción del mundo occidental, transformando la producción civil en producción armamentista y bélica. Su final, luego de cinco años de Guerra, encuentra a esa “máquina productiva” elaborando cosas innecesarias para los tiempos de paz al mismo tiempo que no elaborando alimentos o ropa de trabajo, ni servicios para el ocio y el esparcimiento. Pero además encuentra a gobiernos que no tienen aceitados los mecanismos de importación de materia prima como así tampoco de exportación de manufacturas de uso civil.

Todo esto implicará un reacomodamiento rápido de la economía que vendrá de la mano del acuerdo de Bretton Woods²³ y los organismos que para el efecto se crean. El fin de las hostilidades, conjuntamente con la lógica de países vencidos y vencedores (aunque el discurso oficial diga que no hay ni vencidos ni vencedores) constituirán el escenario perfecto para establecer nuevos patrones económicos, socio culturales y políticos que regirán a la comunidad internacional al menos por los siguientes cincuenta años.

En el aspecto social la ausencia de hombres implicará un reconocimiento -lento y dificultoso- al rol social de la mujer, los niños y los ancianos. Es decir todos aquellos sectores más vulnerables de la población (sin importar el estatus social al que pertenezcan).

22 ANAYA MUÑOZ, A. “La construcción internacional de los derechos humanos: el papel de las Relaciones Internacionales”, en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM* N° 104, pág. 51.

23 Para ampliar información se recomienda: BORELLA G. “Evolución del orden de Bretton Woods: 1945-2008. Implicancias para la gobernanza global” en Cuadernos de la Cátedra Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales UNR. 2016

Ello en materia de legislación internacional se verá reflejado en el surgimiento de distintas Convenciones que reconocen sus derechos como sujetos. Esto no será simple y se producirá a lo largo de más de medio siglo y los continentes que pujarán por ello serán principalmente Europa y América.

La aparición de los Derechos Humanos en la comunidad internacional, como así también en el discurso colectivo, tendrá una primera etapa signada por la intención de marcar un límite al poder de los estados en cuanto a la disposición respecto de sus pobladores y para ello se buscará garantizar los derechos de primera generación y empezar a instalar los de segunda.

Durante este período se puede observar que tanto en la comunidad internacional latinoamericana como en la europea se empiezan a elaborar algunos instrumentos que buscan garantizar la libertad en todas sus expresiones.

Así por ejemplo en el marco de la OEA se aprobarán las siguientes convenciones y declaraciones:

- 1948: Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.
- 1948: Convención sobre la concesión de derechos civiles a las mujeres.
- 1948: Convención sobre la concesión de derechos políticos a las mujeres.
- 1969: Pacto de San José de Costa Rica

En el ámbito europeo, por su parte, se aprueba:

- 1950: Convenio para la Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- 1961: Carta social europea.

Estos instrumentos servirán luego como base para la aprobación en el marco de Naciones Unidas de:

- 1948: Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 1959: Declaración de los derechos del Niño.
- 1966: Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
- 1966: Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Todos estos instrumentos legales del orden internacional tendrán como finalidad el regular las acciones de los estados, garantizar la libertad de los ciudadanos, obligar a los estados en su rol de garantes de dichas libertades y derechos y resguardar a la ciudadanía internacional de la violencia estatal.

La defensa de los derechos humanos implica el reconocimiento de sectores vulnerables dentro de la sociedad y ello tendrá su correlato en los instrumentos legales que se vayan adoptando.

Así por ejemplo en primer lugar se reconoce a la mujer como un sector vulnerable de una sociedad fuertemente dominada por los hombres y se producen algunos reconocimientos parciales respecto al derecho de la mujer, al objetivo de erradicar la violencia de género, al derecho a decidir sobre su propio cuerpo, sus libertades, sus oportunidades de desarrollarse plenamente. Obsérvese que todas estas luchas, se encuentran aún vigentes en la mayoría de los estados de la región a pesar de que muchos de ellos reconocieron su importancia a nivel internacional ya hace mucho tiempo.

Los instrumentos legales de la OEA reconociendo los derechos civiles y políticos se verán acompañados luego con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belén do Pará) de 1994.

En materia de derechos de la mujer Naciones Unidas ha desperdiciado algunas oportunidades importantes como ser la Convención sobre derechos del niño, donde no se incorporan derechos específicos de las mujeres niñas, como el dominio de su propio cuerpo, la posibilidad de la maternidad en la infancia, el derecho a una alimentación apropiada para preparar las futuras madres o a una educación sexual integral.

Un segundo grupo vulnerable que identifican los Derechos Humanos y que serán entonces materia de legislación es justamente el de la infancia. Diversos instrumentos se irán generando, en principio

sobre temas puntuales como trata, adopción internacional, restitución de menores, que encontrarán un punto cúlmine en la Convención sobre los Derechos del niño de 1989, actualmente ratificada por todos los países del mundo con la excepción de los Estados Unidos.

Un tercer grupo que los derechos humanos identifican como sectores vulnerables, es el de personas con discapacidad, por lo que en 1994 la OEA sanciona la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación a personas con discapacidad y en 2008 Naciones Unidas sanciona la Convención sobre Personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

Finalmente, el cuarto grupo vulnerable que se reconoce es el de la tercera edad o la ancianidad, para lo cual en 2015 se dicta la Convención interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores.

Nótese entonces como este proceso de reconocimiento de las libertades individuales que comienza luego de la Segunda Guerra mundial y que tiene como finalidad poner límite a las acciones de los estados sobre los particulares, va mutando en un reconocimiento a la igualdad de derechos entre los sujetos y empieza a regular las relaciones entre los mismos.

De esta manera se pasa del reconocimiento de los derechos de primera generación que tienen como finalidad el reconocimiento de las libertades, a los derechos de segunda generación que persiguen el principio de igualdad entre los sujetos. Para ello fue necesario reconocer el carácter de sujetos de niños, mujeres y ancianos que anteriormente se encontraban generalmente objetivados por las prácticas estatales y las costumbres culturales.

Durante todo este proceso el Continente africano se mantuvo prácticamente ausente y en esto incide mucho el hecho de que recién durante la década del 70 se empiezan a conseguir las primeras independencias de las colonias africanas, comenzando así un proceso de formación del estado que no obstante estará condicionado por los instrumentos legales en la materia que la comunidad internacional había ido produciendo. Sin embargo las prácticas ancestrales respecto a la mujer y el niño, aparecen muchas veces obstáculo en muchos casos para garantizar los derechos de libertad e igualdad en dichas comunidades.

Tampoco oriente y el continente asiático tendrán un rol decisivo en las Convenciones sobre los derechos humanos sino más bien un acompañamiento tardío a los mismos.

La Convención sobre derechos del niño (una de las pocas convenciones sobre derechos humanos que goza de la ratificación casi unánime por parte de los estados existentes) muestra en su redacción la complejidad que implica regular derechos para una comunidad internacional con tantas diferencias socio culturales y político económicas. Y quizás fue el reconocimiento de esa complejidad la que permitió a los Estados proponer un texto en muchos casos ambiguo o vago y que además deja la posibilidad a los mismos, de presentar reservas o declaraciones y así evitar contradicciones aparentemente "insalvables" con sus propias culturas o inclusive sin tener que producir cambios sustantivos en ellas. El mejor ejemplo es quizás el propio concepto de interés superior, que si bien se lo pone como uno de los mayores principios en materia de infancia, no se lo define ni se regula su alcance de manera exacta y por si esto no fuera suficiente, tampoco lo intenta imponer como la principal consideración a tener en cuenta, sino como una entre otras.

Durante estas primeras décadas de posguerra se irá construyendo un andamiaje legal de reconocimiento de derechos que no obstante no se materializará sino parcialmente y con algunos gobiernos puntuales, hasta finales del Siglo XX.

Entre los gobiernos que han avanzado en materia de derechos civiles y políticos de estos grupos vulnerables, se encuentra el gobierno de Juan Domingo Perón en Argentina, que reconoce estos derechos y les da rango constitucional con la reforma de 1949; el de Getulio Vargas en Brasil o el de Battles en Uruguay.

Sin embargo la Convención sobre los Derechos del Niño, surgirá en un período muy particular para el mundo entero. Los principios del Consenso de Washington regían las relaciones de los países desarrollados y en desarrollo y regulaban las acciones de los estados subdesarrollados, poniendo límite a las mismas.

El Consenso de Washington²⁴ es la creación más importante hasta el momento de dos instituciones que se crean a partir de los acuerdos de Bretton Woods (1944): el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Los acuerdos de Bretton Woods, marcan el fin de la Segunda Guerra Mundial a partir de la proposición de un nuevo modelo económico, basado en el libre comercio y los acuerdos de comercio entre los países industrializados. Este acuerdo se propone sentar las bases de la nueva economía mundial, dejando atrás el proteccionismo característico de la economía mundial de entre guerras y para ello genera acuerdos de libre mercado entre países desarrollados y subdesarrollados, basados en un principio más antiguo como es el de la división internacional del trabajo, ahora aplicado al mundo comercial: la división internacional de la producción.

Estos acuerdos dan origen a las dos entidades financieras que a partir de ahora controlarán la economía mundial: el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Mientras el primero fija las bases para el desarrollo de los países subdesarrollados, el segundo va tejiendo una serie de acuerdos binacionales o multinacionales que garanticen el libre comercio como forma de operar y el dólar como moneda internacional.

El Consenso de Washington será entonces la primera propuesta global para el subdesarrollo, elaborada conjuntamente por ambos organismos y se propuso públicamente como finalidad el colaborar para que los países salieran del subdesarrollo. Estaba formado por un conjunto de 10 medidas económicas que tenían como ejes centrales:

- Achicamiento del gasto público.
- Privatización de empresas estatales.
- Liberalización del comercio.
- Desregulación laboral.
- Disciplina fiscal.

El conjunto de medidas que se proponían planteaban una readecuación del destino de los fondos públicos que debía ir a la promoción del comercio a partir de la desregulación de las condiciones de trabajo, la apertura de los mercados, la limitación de los impuestos a la producción.

Este paquete de medidas iba acompañado por la toma de deuda externa que era la que luego condicionaba a los países subdesarrollados a tomar dichas decisiones, bajo la sanción de que el órgano prestamista decidiera quitar la ayuda y cobrar en su conjunto la deuda, generando así el desfinanciamiento absoluto de dicho estado.

Además de ello cabe resaltar que el préstamo era "formal" más que real, ya que parte del mismo no era sacado del FMI porque quedaba como reaseguro de pago y otra parte de él debía ser utilizado para cancelar deudas que el estado tuviera en el extranjero, por lo que el dinero que en verdad entraba para reactivar la economía era ínfimo. Este mecanismo sigue funcionando hasta la actualidad de igual manera.

En un mundo de posguerra los países industrializados que habían transformado sus economías en economías de guerra, se vieron obligados a reconvertirla y para ello protegieron sus economías nacionales y garantizaron el consumo masivo de sus producciones en el abastecimiento local.

En tanto los países productores de materias primas debieron sortear la dificultad de pagar muy caro los productos manufacturados e intentar reconvertir e industrializar sus economías para no depender de la producción externa. Esto fue posible en algunas partes como Europa del este y parcialmente América Latina, pero no así en el África colonial.

Es por eso que cuando en el marco de la Guerra Fría América Latina pasa a ser importante para Es-

24 Para ampliar información se recomienda: MARTÍNEZ RANGEL R. y SOTO REYES GARMENDIA E. "El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina", en Política y Cultura N° 37, pág. 35-64. Año 2012.

tados Unidos, la intervención económica de este país del norte sobre la región pasó a ser una de sus principales necesidades para controlarla. Por ello es también que estos organismos internacionales han tenido y tienen aun en la actualidad una injerencia muy fuerte en la región.

Estas dos situaciones: el fin de la Segunda Guerra Mundial y la aplicación de un nuevo modelo de economía global, encontrarán a lo largo de estas décadas discursos comunes y excusas compartidas para la intervención de países poderosos sobre países en desarrollo, sin que ello implique un verdadero interés por producir el desarrollo de estos últimos.

La infancia, como las mujeres, las personas con discapacidad o los ancianos, empiezan a aparecer en el discurso sobre los derechos que los estados vulneran. Este discurso va a ser defendido tanto por los propios gobiernos que desean inmiscuirse en asuntos de otros estados, como por grupos no estatales que desean reivindicarlos para garantizarlos al conjunto de la población.

En este marco es que empiezan a surgir tratados internacionales que al mismo tiempo que dan herramientas a los estados para poder intervenir "humanitariamente" las regiones, dan instrumentos legales a la sociedad civil para que reclame por sus derechos.

Con ello se produce una contradicción de discursos o modelos de intervención. Por un lado la idea de un estado sobreprotector pero al mismo tiempo invasor de los espacios de la vida privada, donde el Estado puede adoptar cualquier medida en relación a un niño, inclusive en contra de sus propios deseos y opiniones. Esta postura no abarca a la totalidad de la infancia sino solo a aquellos que considera vulnerables, débiles, en conflicto con la sociedad. Es decir que además judicializa e institucionaliza al niño pobre. Equipara los conceptos de pobreza con los de delincuencia, enfermedad, problema.

En este viejo paradigma, el estado se hace cargo solo del joven que genera algún tipo de problemas al "normal desarrollo social" y su intervención persigue el fin de la "corrección", "encarrilamiento". No se permite la diversidad de opiniones, posturas, comportamientos, como parte integrante de la diversidad que producen los conflictos sociales y la interacción de intereses diversos.

La segunda postura, que surgirá con más fuerza a partir de la Convención, la de la protección integral del niño, hace eje en lo jurídico y buscará generar un conjunto de normas que garanticen un andamiaje de derechos que sean exigibles por el conjunto de los niños y así dotar de herramientas para la persecución y obtención de esos derechos.

Este nuevo paradigma dará lugar a la aparición de normas nacionales y provinciales que buscarán garantizar derechos, tratando de escuchar la opinión del joven y sus distintos intereses. Esta nueva postura además de buscar limitar la acción del Estado en cuanto a las decisiones que se adoptan sobre el niño, lo hará con una mirada más amplia, discutiendo inclusive los modelos económicos, educativos y médicos de intervención sobre la infancia. No obstante este nuevo paradigma no ha podido hasta la fecha, sortear todas las trabas que las burocracias y la superposición de intereses generan frecuentemente en el trabajo cotidiano.

La Convención abrió las puertas para que luego a nivel nacional se adopten programas y se modifiquen leyes. En el caso argentino como en muchos otros esto vino acompañado no solo de la legislación nacional sino también de legislación provincial en consonancia e inclusive reglamentaciones municipales. Muchas de ellas repiten la norma superior, pero a la hora de ejecutar las medidas concretas, se observa superposición de medidas, falta de coordinación, doble gasto en algunas áreas y falta de presupuesto en otras. Esta mirada de "legalidad obsesiva" pone el foco en el reconocimiento formal del derecho pero deja de lado la promoción y efectivización de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA MUÑOZ, Alejandro. (2009) "La construcción internacional de los derechos humanos: el papel de las Relaciones Internacionales", en Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM N° 104, México.
- BORELLA, Guillermo. (2016) "Evolución del orden de Bretton Woods: 1945-2008. Implicancias para la gobernanza global", en cuadernos de Cátedra Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, UNR Rosario.
- HUNTINGTON, Samuel P. (1994) *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Buenos Aires.
- JUAREZ CENTENO, Carlos. (2008) "Derechos humanos y relaciones internacionales: reflexiones sobre el entrecruzamiento de estas disciplinas en la teoría y prácticas internacionales", en Anuario del CIJS (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC) N° 11, Córdoba.
- MARTÍNEZ RANGEL, Rubí y SOTO REYES GARMENDIA, Ernesto. (2012) *El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina*, en Política y Cultura N° 37, México.
- MANGIONE, Mirta. (2013) *Análisis de la ley nacional de protección del niño, niña y adolescente: Las dos teorías*, en *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables*, Ed. Librería editora platense. La Plata.

¿QUIÉN ES EL MENOR? Orígenes del concepto “menor” y su evolución histórica

Dra. Silvia Belmonte^()
Dra. Noelia A. Díez^(**)*

Las autoras realizan un recorrido histórico, dando cuenta sobre el origen y evolución del concepto “menores”. En él se hace hincapié en el período de la situación irregular, las instituciones que dieron cuerpo a dicho concepto, los motivos socio políticos que incentivaron su aparición y las contradicciones inherentes que el propio concepto menores encerraba en sí mismo y que llevaron posteriormente al surgimiento del concepto de niñez.

The authors make a historical journey, giving an account of the origin and evolution of the “minor” concept. It emphasizes the period of the irregular situation, the institutions that gave rise to this concept, the socio-political motives that encouraged its appearance and the inherent contradictions that the minor concept itself contained and that subsequently led to the emergence of the childhood concept.

(*)Abogada. Docente en la Residencia de minoridad y familia. Facultad de Derecho.

(**)Abogada. Docente en la Residencia de minoridad y familia. Facultad de Derecho.

En Argentina las disposiciones legales que están destinadas a la protección de niñas/os y adolescentes que potencialmente están en situación de riesgo, tienden en su aplicación a reclutar a niños que ofrecen un perfil social caracterizado por su pertenencia a núcleos familiares que sobreviven en condiciones vitales altamente precarias, siendo vulnerables a la aparición de acontecimientos excepcionales que plantean la necesidad de generar respuestas perentorias y adecuadas, puesto que carecen para enfrentarlos de la idoneidad, aptitudes y recursos necesarios²⁵.

Dentro de los sistemas proteccionistas se encuentran los siguientes paradigmas jurídicos-sociales:

- 1.- menores en situación irregular
- 2.- niños y niñas sujetos de derecho

PARADIGMA DE LA SITUACION IRREGULAR

Al hablar de la situación irregular se parte de la locución de “menores en situación irregular” refiriéndose a un problema social que presenta múltiples aspectos, aunque en la doctrina aparece como imprecisa.

Al definir a la situación irregular el Instituto Interamericano del Niño ha dicho que es aquella en que se encuentra un menor tanto como cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral o padece de un déficit físico o mental y pudiendo agregar que comprende a los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades.²⁶

Si se habla de un hecho antisocial del niño puede entenderse que es un hecho comprensivo de todas las manifestaciones de la conducta de este, contrarias a la ley penal, las normas jurídicas, los estilos de vida y la escala de valores de la comunidad. Dentro de esta comprensión puede decirse al comparar el campo ético y el jurídico, que la conducta antisocial es la esfera mayor y los delitos y las faltas o contravenciones la esfera menor, pero comprendida dentro de aquella. Es decir que todo lo delictual y contravencional es antisocial, pero no todo lo antisocial es delictuoso.

Dadas las especiales características del sujeto activo del acto antisocial, no se trata de un delincuente, porque no se dan respecto de él los elementos que la doctrina del derecho penal exige para la definición jurídico material del delito, es decir “que se trate de un acto humano, típico, antijurídico, imputable, culpable y punible. Los actos cometidos por los menores que implican la violación de una ley penal no son imputables ni culpables, ya que los mismos no tienen plena conciencia de las consecuencias de su obrar y no poseen capacidad de derecho, tampoco son culpables por tratarse de seres en desarrollo que no alcanzan a comprender el sentido y proyección de sus actos.²⁷

El acto antisocial interesa cuando constituye una manifestación, un síntoma del niño/a o joven se encuentra en estado de peligro y que es necesaria una medida de protección, de asistencia, educación o reeducación.

25 MANGIONE MURO, Mirta Hebe, con la colaboración de BELMONTE, Silvia y CASTELLANO, Norberto. Cuadernillo Académico Unidad 2: *La Consideración Jurídica de la Infancia*, pág: 21; para la Cátedra B de la Residencia de Minoridad y Familia de la Facultad de Derecho UNR.

26 SAJON, Rafael, ACHARD, José Pedro, CALVENTO, Ubaldino: *Menores en situación irregular. Aspectos socio-legales de su protección*, S/D

27 SAJON, R-ACHARD, J.P- CALVENTO, U: ob. Cit. Nota 2

En la conducta antisocial es de mucha importancia el problema de la edad señalada para la imputabilidad, la cual fija el límite del sometimiento de las personas a la acción punitiva y sancionatoria del Estado.

La ley 14.394 establecía un régimen dual: inimputabilidad hasta los 16 años, los mayores de 16 y menores de 18 años, eran procesados pero las condenas quedaban en suspenso. Sin embargo estos eran inimputables en caso de delitos menores, faltas o contravenciones, o acciones de instancia privada.²⁸

Fue la legislación anglosajona la primera que se ocupó sistemáticamente del tema diferenciado entre abandono moral y el abandono material.

En cuanto al abandono material ha sido definido por el Instituto Interamericano del Niño como el “descuido del menor en la alimentación, higiene, vestuario y medicación por incumplimiento de los deberes asistenciales correspondientes a los padres, tutores o guardadores”. En tanto el abandono moral fue definido como “las carencias en la educación, vigilancia o corrección del menor, suficiente a convertirlo en un ser inadaptado para la convivencia social, por incumplimiento de los deberes correspondientes a los padres o a quien esté confiada su guarda”.

Las legislaciones de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, EL Salvador, Guatemala, República Dominicana, Uruguay y Venezuela integraron los conceptos de abandono moral y material recurriendo a una enumeración casuística: incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, mendicidad, vagancia o frecuentación de sitios inmorales o de juego o con gente viciosa o delincuentes, empleo en ocupaciones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres; carencia de medios de subsistencia, privación de alimentos o de las atenciones que requieran su salud, etc.

Considerando que el abandono es una especie de situación irregular, se puede hablar entonces de:

- Abandono jurídico: es la situación que se encuentra el menor privado de la representación legal;
- Abandono material: es la situación en que se encuentra el menor privado de las condiciones esenciales para su supervivencia, salud y educación, en virtud de falta de acción u omisión de los padres o responsables o manifiesta imposibilidad de los mismos para proveerlas;
- Abandono o peligro moral: es la situación en que se encuentra el menor constantemente expuesto a un ambiente o explotado en actividades que pongan en riesgo su integridad física o moral, así como el menor víctima de malos tratos o castigos inmoderados impuestos por los padres o responsables.

La teoría de la situación irregular está sostenida fundamentalmente, entre otras cosas, por dos leyes:

1. LEYNº10.903 (PATRONATO DEL ESTADO)

A fines del siglo XIX se produjo la formación de grandes centros urbanos en Argentina. Miles de inmigrantes se fueron estableciendo en los conventillos de la ciudad; la escasez de viviendas hacía que éstos viviesen en condiciones de hacinamiento no aptas para su supervivencia, ello sumado a las injustas condiciones de trabajo que sufrían. Los sectores conservadores de clases altas comienzan a temer a estos sectores marginales y postergados a raíz de las nuevas ideologías traídas de Europa.

Es así que esta transformación social se da en un contexto económico desigual, que hizo que el andamiaje institucional y jurídico resultara insuficiente para resolver de modo adecuado la nueva realidad, resultando necesario la formación de una comisión destinada a investigar: la cantidad de menores, hijos de inmigrantes, “miembros de la clase trabajadora o clase pobre”, huérfanos que no contaban con un grupo familiar que los contenga y los eduque que permanecían en la calle en situación de abandono moral y material, y en consecuencia expuestos a los vicios que ello conllevaba. Se generó una alarma social entre los especialistas.

28 La Ley N°14.394 en lo referido al menor se encuentra derogada

El Estado halló razones morales y de defensa social para inmiscuirse en ámbitos privados que antes eran de resorte exclusivo de los usos y costumbres populares. Se instauraron instituciones destinadas a encauzar por la buena senda moral a los menores, considerando a la educación integral y al aprendizaje de oficios como pilares básicos de la integración de la infancia abandonada al proyecto político de la cúpula dirigencial. La implementación de medidas y programas preventivos fueron conducidos en la organización terapéutica del trabajo cuyo objetivo final era que estos menores se convirtieran en los futuros trabajadores y ciudadanos.

En las primeras épocas, la responsabilidad primordial sobre esta clase de menores recayó en la Sociedad de Beneficencia, el Patronato de la Infancia y las Defensorías de Menores. Estas Sociedades filantrópicas tenían a su cargo la estructura preventiva y organizativa estando los recursos provistos a través del Estado.

Finalmente, es el propio Estado el que asume la función tutelar y protección de los menores al encontrarse más consolidado; renace una nueva perspectiva sobre la infancia y aparecen proyectos de profesionales e intelectuales ligados a concepciones positivistas.

Dado que en ese tiempo la ciudad era sinónimo de todos los vicios, empezaron a realizarse una serie de estudios que "determinaron" que la delincuencia y la reincidencia eran rasgos distintivos en jóvenes que vivían en la calle o desarrollaban oficios en la vía pública²⁹, se decía que éstos se encontraban en situación de abandono moral y material, haciéndose especial hincapié en relación a los niños vendedores de periódicos en la vía pública, puesto que ese oficio se entendía que era un vehículo conductor al delito.

Así también se incluía dentro de los supuestos de abandono moral o material, los casos de menores dejados por sus padres, los hijos de padres indigentes imposibilitados de sostenerlos materialmente o con carencia de las condiciones morales suficientes para garantizarles adecuada formación -se decía que éstos últimos representaban síntomas de perversión social- y finalmente los hijos de obreros.

Según el Dr. Arenaza dos eran los factores que incidían en la formación de la delincuencia precoz: uno intrínseco (predisposición orgánica) y otro extrínseco (la maldad del medioambiente). Había una visión estereotipada de la ciudad y en aras de la "peligrosidad" que presentaban estos jóvenes se justificó el control y persecución criminal por parte del Estado sobre esta clase de niños considerados enfermos con un claro fin de prevención y control social. Se los internaba en establecimientos donde convivían con adultos delincuentes, no como forma de castigo sino como "curación". Otras veces se los obligaba a concurrir a escuelas o talleres. En ambos casos a los efectos de que adquiriesen hábitos de trabajo y aprendieran oficios que los hiciera "hombres de bien".

La población marginada comenzó a reaccionar ante las políticas persecutorias llevadas a cabo por el gobierno, sucediendo una serie de levantamientos que tuvieron a los niños en un alto grado de participación: la rebelión de los inquilinos de 1907 que se dio ante el aumento desmesurado de las cuotas de alquiler y la ocurrida en la Semana Trágica de 1919³⁰.

29 ARENAZA Carlos, *Protección del Estado a los menores abandonados. El trabajo de los menores en la vía pública. Delincuencia y reformatorios*, Buenos Aires 1925, p.1, citado en la Revista de Historia del Derecho N°44, investigación de Rodríguez López, Carmen Graciela, *La niñez abandonada y delincuente en las dos primeras décadas del siglo XX: Camino a la Ley Agote*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHIDE), julio de 2012, CABA, disponible en www.inhide.com.ar/.../revista-del-derecho-no-44-julio-diciembre-2012.

30 Se conoció con ese nombre a los incidentes ocurridos en Buenos Aires en la semana del 9 al 14 de enero de 1919 entre manifestantes de tendencia anarquista y sectores nacionalistas. El conflicto se había originado por la huelga y toma por parte de los obreros de los Talleres Vasena en reclamos de mejoras salariales y de reducción de la jornada laboral. La escalada de violencia entre los sectores en pugna no se pudo evitar, produciéndose el deceso de 4 obreros y varios heridos. Muertes que aumentaron a más de un millar, muchos de ellos niños y mujeres, en momentos que se realizaba el entierro de las víctimas a raíz de la represión por parte de las fuerzas del estado. Disponible en: <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/tratamiento.htm>

“La peligrosidad que trasuntaba el aumento de los sectores populares de la urbe se hacía demasiado visible en esos niños. Y el discurso de alarma social que se generalizaba entre los especialistas a través de la prensa gráfica y la realidad, retroalimentaban un sentimiento de amenaza”³¹. En sus páginas, el Diario La Prensa, decía “miles de delincuentes y una multitud de vagabundos, compuesta por adolescentes arrojados a los desórdenes por carecer de cuidado y por la indiferencia del gobierno fueron los principales responsables de la violencia”³²

Estos sucesos motivaron al Dr. Luis Agote, seguidor de los lineamientos de la teoría positivista imperante, como así también partidario de la corriente de los “Salvadores del Niño” y el higienismo vernáculo de la época, a insistir en el tratamiento y aprobación legislativa de su viejo proyecto sobre la niñez y la infancia.

Es así, que vinculando dichos sucesos a los menores abandonados y delincuentes exclamó: “...en los días aquellos de la Semana Trágica los que encabezaban todos los movimientos, los que destruían, eran turbas de pilluelos que rompían vidrieras, destruían coches, automóviles, y que en fin, eran los primeros que se presentaban en donde hubiera desorden...”³³.

Agote, en atinencia a las tareas que los menores cumplían en la vía pública, y poniendo especial énfasis en aquellos menores que vendían periódicos, se basó para justificar en calificar a los más jóvenes como potenciales criminales en los anuales de psiquiatría y criminología, entre los que se encontraba un trabajo hecho por el Dr. José Ingenieros, que mostraba que la venta de periódicos no era un trabajo sino una simulación que la mayor parte de los niños “vagos” realizaban explotados por los adultos, debiendo prohibirse todo tipo de trabajos en la calle puesto que, primero fomentaban la vagancia y después el crimen. Consideraba que si se buscaban los antecedentes de estos pequeños criminales, aquéllos habían sido lustrabotas, vendedores de diarios o mensajeros, todos estos mal llamados oficios, que no son más que la explotación de la infancia desviada y abandonada. Describía a los menores como si fueran “malos” por naturaleza, una suerte de cuestión ontológica. En tal sentido y debido a la influencia de su profesión entendía que era necesario prevenir, contener y encauzar a los “menores descarriados”³⁴.

Finalmente esta doctrina positivista se plasmará con la promulgación el 21/10/19 de la Ley 10.903, conocida como Ley de patronato o Agote en honor a su autor, la cual dio nacimiento a la llamada doctrina de la situación irregular o modelo del patronato.

En junio de 1918 el diputado Agote presenta ante la Cámara un proyecto de Ley sobre tutela de menores delincuentes. En julio del mismo año la Comisión respectiva lo despachó propiciando la sanción del mismo con modificaciones, al que denominó de “Protección de los Menores Abandonados y Delincuentes”, que luego de haber sido considerado y aprobado los días 27 y 28 de agosto de ese año fue girado a la Cámara de Senadores que lo analizó y aprobó el 27 de septiembre de 1919, con nombre diverso y definitivo: Patronato de Menores.

El proyecto había soportado un largo trámite interno en las Comisiones y en el debate el diputado Melo destacó que “pocos códigos del mundo eran tan imprevistos en materia de protección a la mujer y al niño como el Código Civil Argentino” y que este proyecto iba a corregir esta imprevisión, conservando

31 MUSCHIETTI, Marcela, *Políticas institucionales en torno a los menores en la Argentina: La Colonia Hogar Ricardo Gutiérrez*, en RAFFIN, Marcelo (compilador), *El tiempo – mundo (1904-1946) contemporáneo en la teoría social y la filosofía. Problemas en clave transdisciplinaria*, Buenos Aires, Proyecto Editorial, p. 213, en Revista de Historia del Derecho N° 33, ponencia de RODRIGUEZ LÓPEZ, Carmen Graciela: *La niñez abandonada y delincuente al iniciar el siglo XX: Los menores vendedores de periódicos*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHIDE), CABA, 2005, disponible en www.inhide.com.ar.

32 Diario La Prensa, 15 de enero de 1919.

33 AGOTE Luis, (HCD; 1919, 686)

34 AGOTE Luis, sesión de Cámara de Diputados del 28/8/19 disponible <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/tratamiento.htm>

la estructura y las formas de código respecto de los niños. El Senador Roca sostuvo que esta ley preparaba la sanción de la legislación penal de menores y la creación del Tribunal de Menores como ocurría en otras naciones más adelantadas y que no había sido incluida en la Ley 10.903 para no dar un salto demasiado brusco prefiriéndose llegar a la reforma en forma gradual.

Esta norma fue el primer estatuto sobre menores del país. Codificó y reglamentó la intervención pública en el área de la niñez y a su vez constituyó el segundo instrumento represivo; esta vez contra los hijos de los inmigrantes.

El propio Dr. Luis Agote en la sesión de la Cámara de Diputados de fecha 28/08/19 al aprobarse la Ley 10.903 de Patronato de Menores justificó el claro fin de la ley al sostener: "Yo tengo la convicción profunda de que nuestra Ley falla si no llegamos a suprimir el cáncer social que representan 12 a 15 mil niños abandonados moral y materialmente (que) finalmente caen en la vagancia y después en el crimen". El diputado conservador proponía algo muy simple: "recluirlos en la isla Martín García. Allí hay condiciones suficientes para el alojamiento de 10 mil menores vagabundos (quienes) provistos de elementos de trabajo, y bajo una buena vigilancia moral, se convertirán en hombres buenos y sanos para el país"³⁵.

Quienes lo auxiliaron en sus fundamentaciones no se privaron de exponer la verdad respecto de la esencia de la ley 10.903: "El Estado tiene el derecho de secuestrar a los menores cuya conducta sea manifiestamente antisocial, peligrosa, antes de que cometan delitos (...) No hay en ello restricción de libertad civil: el menor no la tiene y sólo se trata de sustituir la patria potestad por la tutela del Estado. Se seguía así dentro de la lógica que creara el complejo tutelar del ideario sarmientino que sostenía (...) El niño no tiene derechos, no tiene por sí representación, no es persona según la ley. Es menor"³⁶.

El Dr. Agote señalaba también que la ley 10903 es "de educación y no de castigo", que las autoridades judiciales y policiales deben tender a inspirar confianza y no temor, tanto a los menores como a su familia y que los procedimientos de estímulo dentro de una severa disciplina son superiores a los represivos³⁷. La implementación de esta ley fue una respuesta satisfactoria para la sociedad que durante muchos años reclamó que el Estado asumiera un rol paternal en atinencia a la infancia abandonada. De esta forma, aquel ejerció una política pública preventiva, de contención, "protectora" y "educativa" hacia la minoridad en "estado de peligro" con el fin de evitar la vagancia, siendo que los intelectuales de la época creían que llevaba casi inevitablemente a la delincuencia.

La ley 10.903 conjuntamente con la 1.420 (de educación primaria obligatoria y legislación laboral de mujeres y niños) y como consecuencia de ellas, "jueces y funcionarios especializados, médicos, maestros, miembros de las sociedades de beneficencia y personas honestas"³⁸ se unían en pos de la salvación del menor en la calle, abandonado, delincuente, víctima, falta de educación, en fin en peligro moral y material a veces "temible"

Por tanto las ideas del Paradigma del Patronato de Menores legitimaron el fuero de menores y el principio de "especialidad" y lo dotaron de autonomía científica y académica³⁹. Según Massimino no fue estrictamente una normativa penal, sino que reguló el patronato del Estado sobre los menores, introdujo reformas en el régimen de la patria potestad y en el procedimiento criminal y permitió legalizar una práctica que ya existía.

35 MASSIMINO, Maximiliano Rafael, 26/12/2016, El tratamiento de la niñez en la República Argentina a partir de fines del SXIX hasta la fecha y la influencia de la escuela criminológica positivista, disponible en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/tratamiento.htm>

36 Idem

37 Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 3 de junio de 1918, pág. 262

38 MORENO, R, op. cit. pág. 340, 341

39 Ha sido Rafael SAJÓN quien expuso la especialidad de estos principios fundantes del Derecho del Menor en Derecho de Menores, con la colaboración de María Angélica BERNARD, Abeledo PERROT, Buenos Aires, 1995, pag.403 y ss.

Los tribunales especializados de menores no fueron creados con la ley 10903, -sino que recién empezaron a funcionar en la Argentina a partir del año 1921- pero sí se dio competencia exclusiva a los jueces de la jurisdicción criminal y correccional.

La ley facultaba a los magistrados a disponer preventivamente y por tiempo indeterminado, de los menores de 18 años acusados de delitos o contravenciones o víctimas de ellos, cuando éstos se encontraban inmersos en alguna de las causales de estado de abandono o peligro moral previsto en ella, con independencia de las penas que correspondiesen según la ley penal.

Se fue brindando un marco jurídico a la situación de peligrosidad que los menores presentaban, estableciéndose las causales de abandono moral o material por las cuales podían ser separados de su núcleo familiar para su entrega a una "persona honesta", pariente o no, o disponerse su internación en establecimiento de beneficencia privado o público o reformatorios exclusivos para menores que antes de la entrada en vigor de la ley no existían, por todo el tiempo que los jueces lo entiendan pertinente, incluso hasta que el menor cumpliera los 21 años. Las instituciones debían cumplir un doble propósito: aislarlos del ambiente viciado en que se encontraban y extirparles a la sociedad el mal que representaban.

En otras ocasiones resolvían, como alternativa a la internación, imponer a los menores un régimen de "libertad vigilada", es decir, entregaban a aquél a sus padres, tutores o guardadores bajo la vigilancia de inspectores que informaban al juez la conducta observada.

Este nuevo pensamiento ponía especial énfasis en el conocimiento del menor y su medio, que se construía con nuevos instrumentos y nuevos sujetos en el proceso. De este modo se instituían los informes de ambiente del mismo y su familia y de los antecedentes y conducta de ambos, con especial referencia a la educación recibida. Nacían también los inspectores a quienes recomendaba la confección de estos informes y el seguimiento de las "libertades vigiladas". Los inspectores eran reclutados por las sociedades de beneficencia siendo sus funciones observar la conducta del menor e informar al juez. A este conocimiento ambiental y vigilante se le añadía el conocimiento médico quienes eran convocados a colaborar científicamente en la reeducación de los menores concurriendo a las audiencias, examinando la salud de los mismos en situación de ser reeducados.

A partir de la década del `40 y vinculado a la conformación de los estados de bienestar y ampliación de derechos particularmente sociales, las estrategias de control social se van a centrar en buscar mecanismos compensatorios para los grupos más favorecidos, víctimas de las consecuencias no deseadas del avance del sistema capitalista. La hegemonía del Patronato de Menores seguía intacta entendiéndose que la manera de realizar tal compensación es ampliando sus instituciones. De manera tal que se ampliaron los organismos de carácter técnico administrativo y de orden judicial con la entrada en funcionamiento de más tribunales de menores, aunque sin innovaciones en el campo jurídico.

En la década del `70 Argentina estaba sumergida en un profundo autoritarismo: recorte en el campo de las políticas sociales básicas y del gasto público. Los más afectados fueron los sectores más vulnerables, provocando un crecimiento desmesurado del universo de los "menores", tendencias que crecen en los años 80. En este contexto, el 25/08/80 en pleno gobierno militar se sanciona y promulga el decreto-ley N° 22.278⁴⁰.

40 MASSIMINO, Maximiliano Rafael, 26/12/2016, El tratamiento de la niñez en la República Argentina a partir de fines del SXIX hasta la fecha y la influencia de la escuela criminológica positivista, disponible en <https://www.terragrijurista.com.ar/doctrina/tratamiento.htm>

2. DECRETO LEY N° 22.278

El Decreto- Ley 22.278 establece⁴¹ el Régimen Penal de la Minoridad. Si bien fija a partir de qué edad son punibles los jóvenes, no abandona el viejo paradigma de la situación irregular y de la intervención tutelar sobre los menores, sino que lo refuerza aún más.

Sus políticas estarán definidas bajo los postulados de la lógica positivista. La aplicación del encarcelamiento y la internación serán la clave para el tratamiento de las problemáticas sociales en aquellos sujetos identificados como diferentes y amenazantes. Para la sociedad hay que protegerse del niño delincuente, pues es el portador de peligrosidad e infractor a la ley penal.

El juez seguirá teniendo una intervención coactiva sobre los menores a través de sus funciones parentales, dejando a su impresión personal la posibilidad de reducción de la pena o absolución y de disponer del menor hasta los 21 años de edad. Se fijan los criterios de política en relación a la edad en que los mismos comienzan a ser punibles y sometidos a proceso. A pesar de las numerosas críticas de organismos especializados en materia penal juvenil, juristas y foros, esta ley de carácter represivo de la niñez sigue en plena vigencia.

En esa década y en la del `90, las políticas gubernamentales fracasarán en el intento de incorporar a los jóvenes a la vida activa, viéndose obligados a formar parte de una sociedad de consumo que los tenía como "blanco", mientras que la pobreza, la precarización del trabajo y la desintegración familiar los marginaba cada vez más.

Esta doctrina de la situación irregular refleja criterios criminológicos del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste. De esa concepción positivista se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o "potenciales infractores") de la ley a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización –o neutralización en su caso– y finalmente, de la defensa de la sociedad frente a peligrosos. Desde la perspectiva del castigo, tal justificación ha sido llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de estos "menores en situación irregular" o en "estado de abandono, riesgo o peligro moral material", o en las igualmente vagas-no obstante ser más modernas- categorías de "menores en circunstancias especialmente difíciles o "en situación de disfunción familiar"⁴².

41 Art. 1º: "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación. Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador." (artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 22.803 B.O.09/05/1983). Art. 2º: "Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4º. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador." (artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 22.803 B.O.09/05/1983). Art. 4º: "La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: 1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2) Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad. 3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito inc.2do.

42 BELOFF Mary, Revista jurídica y Derechos del niño Número 1, Sección Primera, artículos para el debate, Protección inte-

Permitía la intervención omnímoda de un juez paternalista o tutelar ante cualquier problema que presentaba el menor, ya sea, peligro o abandono moral o material, “situación de riesgo”, “circunstancias especialmente difíciles”, meros problemas de conducta y hasta su conflicto con la ley penal. El juez podía reemplazar la autoridad de la patria potestad disponiéndose en forma discrecional del menor de edad sin límite alguno, hasta que alcance la mayoría de edad, generándose en consecuencia una especie de confinamiento de menores y una violación al principio de mínima intervención.

A través de esta doctrina jurídica, que en la realidad tenía poco de doctrina y nada de jurídica, los jueces podían declarar en situación irregular (y por ende objeto explícito de cualquier tipo de disposición estatal) al niño o adolescente que enfrentaba dificultades –nunca taxativamente definidas- independientemente que las misma puedan (ej. adolescente infractor) o no (ej. niño víctima de abusos o malos tratos) ser atribuidas a su voluntad.⁴³

También carecía de distinción entre menores infractores y menores en situación de riesgo: “secuestro y judicialización de los problemas sociales”. En ambas situaciones los Tribunales de Menores disponían la privación de libertad de niños y jóvenes con el justificativo de “protegerlo” o “salvarlos”.

Los niños y jóvenes aparecían como objetos de protección, por lo tanto no eran reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces o faltos de juicio que requerían un abordaje especial y sin reconocimiento de su autonomía. La opinión de éstos era irrelevante.

Las leyes no se aplicaban para todo el universo de la infancia y adolescencia, sino para una parte de la infancia y adolescencia, son solo para “menores abandonados o delincuentes”.

En este sistema es el menor quien se encuentra en situación irregular; sus condiciones familiares y sociales, las que lo convierten en un menor en situación irregular, y por esas circunstancias es pasible de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.

El menor no tenía derecho a una acusación, defensa y un juez imparcial que resolviera el conflicto con el derecho penal: violación a los principios de: inocencia y legalidad, debido proceso y del derecho penal del acto. Pues ello era porque se sostenía que el “menor” no era acusado de ningún acto reñido con la ley y que el niño que era atrapado por el sistema solo era pasible de protección. La función del juez se encontraba afectada, ya que además de las cuestiones atinentes a su función “judicial”, debía suplir las deficiencias de la falta de políticas sociales adecuadas.

En el marco conceptual del positivismo bio-antropológico reinante, la confianza ciega en la cientificidad de los instrumentos de la medicina, biología y sobre todo de la psicología criminal, determinaban objetivamente la destrucción del principio de legalidad. El delincuente –sobre todo el niño– no era más el infractor comprobado por la ley, sino toda una categoría de sujetos débiles o con deficiencias genéticas de carácter hereditario a quienes los instrumentos científicos permitían exactamente detectar como potenciales delincuentes, por lo que muchas veces la figura del juez y la institución de los tribunales de menores resultaban inútiles.⁴⁴

gral de los derechos del niño y de la situación irregular. Un modelo para armar y otro para desarmar, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, Santiago de Chile, noviembre de 1999, p.13, disponible en www.unicef.org.ar

43 GARCIA MENDEZ, Emilio, Derecho de la Infancia – Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral, Forum Pacis, Santa fe de Bogotá, D.C Colombia, 1994, pag 22, disponible en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/tratamiento.htm>

44 GARCIA MENDEZ, Emilio, Derecho de la Infancia – Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral, Forum Pacis, Santa fe de Bogotá, D.C Colombia, 1994, pag 22, disponible en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/tratamiento.htm>

SURGIMIENTO DEL CONCEPTO MENOR

A fines de los años 1960 los psicólogos, pedagogos y sociólogos hablaban y pensaban en niños/as y adolescentes, mientras que los juristas hablaban y pensaban en términos de menores. Había muchas definiciones de niños/as y adolescentes, pero casi ninguna de menor⁴⁵, ya que los juristas no definen lo que entienden por menor, peor aún hacen de cuenta que definen diciendo del menor, en ese concepto, no lo que es, sino lo que no es. Al conceptualizar de esa manera se viola flagrantemente la ley aristotélica básica de que se define una cosa diciendo lo que una cosa es, jamás diciendo lo que no es. Por ejemplo si para definirla digo que una mariposa no es un elefante, no estoy poniendo de relieve las características de las mariposas: estoy simplemente practicando una exclusión. Solamente se excluye a la mariposa de la categoría de los elefantes y nada más. Es una exclusión de este tipo la que hacían los que presentaban la falsa definición: menor es aquel que no es mayor⁴⁶.

Esta imposibilidad o no conveniencia de definir refleja el vacío de su contenido. Ese vacío de contenido en términos conceptuales generó, en términos reales de la organización social, un sistema de exclusión social, traducido en política para menores, servicios para menores, jueces para menores. La exclusión empieza ahí por la conveniencia de considerar a los niños/as y adolescentes como "no sujetos". Cuando se habla de menores se habla de lo que las personas no son, jamás se habla de su sustancia íntima, de su individualidad, de su identidad, de su esencia como sujeto.⁴⁷

En cuanto al ejercicio de la autoridad privada o pública, aparece otra característica típica de las leyes construidas en Latinoamérica durante los años veinte y treinta: las sociedades organizadas en Estados (Estado argentino, brasileño, guatemalteco), pasaron a reflejar esa incapacidad o inconveniencia propia de la ideología de aquellos tiempos en reconocer en los niños/as y en los adolescentes la sustancia, la identidad, la esencia del sujeto de derecho (la esencia de tener, por si mismo, derechos y deberes, viviendo normas de conducta.

En su sistema de organización social, las sociedades establecen que por esa condición de minoría de edad (condición no definida o mal definida por incapacidad o inconveniencia ideológica) los niños/as y adolescentes, en tales o cuales condiciones (condiciones rotuladas, discriminatorias e infamantes – abandonados, carentes, adúlteros, delincuentes, callejeros- en el texto de la ley) pasan a ser individuos tutelados por el Estado. La autoridad absoluta del estado que encarna esa tutela en tal sistema es el Juez de Menores.

El vacío conceptual pasa a comandar así el sistema real del estado. La persona biológica, psicológica, social, cultural, ética de un niño/a adolescente -en carne, hueso y espíritu- pasa a ser tutelada por un agente o autoridad del estado, que delega funciones a burocracias y sub-burocracias y jerarquías y sub-jerarquías corporativas. Todo eso en nombre de la concepción ficticia en la cual lo que no es (no ser sujeto) genera consecuencias gravísimas en el mundo de lo que es (ser excluido bajo tutela estatal de la condición humana).⁴⁸

Por imperio de unatradicional formación jurídica, de carácter iusprivativista, se hablade menor, de la capacidad del menor, de los derechos de los menores. En consecuencia el término menor es jurídicamente válido como herramienta en el particular mundo de lo jurídico, pero si se reflexiona un instante,

45 Siguiendo en este tema a SEDA, Edson: El niño y la ley. Por una confluencia de saberes en Revista Sociedad y Políticas, N° 3 y 4, marzo-julio 1997, pag.21.

46 MANGIONE MURO, Mirta Hebe, con la colaboración de HAUBENREICH Marta, Cuadernillo Académico Unidad 2 *La Construcción Social de la Infancia* para la Cátedra B de la Residencia de Minoridad y Familia de la Facultad de Derecho UNR, pag. 25

47 Idem.

48 Idem.

hay una cierta “cosificación” en este ámbito; además subyace la conciencia de que es “menor” aquel que no tiene la plenitud de su capacidad de hecho. Hay aquí una conceptualización que minusvalore o que directamente cosifique al sujeto como mero objeto de una disciplina⁴⁹.

Es preciso reconocer que el término menor implica así, un mensaje social “capitis diminutio” que es absolutamente evidente aún para el lego.

En este contexto, la palabra “menores” importa una categoría en crisis asociada a la vieja escuela de la minoridad. En verdad, la misma representa un consentido estigmatizante. En cambio, la denominación niños/as/es expresa una idea más acorde con los cambios de ideología, a partir de la existencia de la CIDN.⁵⁰

EL PASO A LA PROTECCIÓN INTEGRAL

El Comité Interamericano de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 17 (2002) ha sido preciso al señalar en lo referente a la “condición jurídica del niño”, que los niños no deben ser considerados “objetos de protección segregativa”, sino “sujetos plenos de derecho”. Lo que significa que son titulares de los Derechos Humanos, no sólo de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también de todo el plexo normativo del sistema internacional y regional.

Al hablar de los derechos del niño y de los Derechos Humanos, se dejade considerarlos a prima facie como estándares estancos y paralelos, donde no existen aproximaciones entre uno y otro, y pasa a ser necesario e imperante seguir trabajando en la consolidación de la idea de que se trata de un todo. Claro está que ese todo debe diferenciarse del resto, justamente por ser los niños, niñas y adolescentes sujetos en desarrollo y a quienes se debe poner especial énfasis en la protección de sus derechos.

La Convención de los Derechos del Niño es aprobada el 20 de noviembre de 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas y es el tratado internacional que más rápido entró en vigencia y el más ratificado a nivel mundial, 196 países con excepción de Estados Unidos. En términos de Mary Bellof, diversas razones explicitan tal generalizada aceptación. La más invocada es que los niños en todo el mundo son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los Derechos Humanos y que por lo tanto, requieren una protección específica.

Reúne en un mismo cuerpo legal, todos los Derechos Humanos fundamentales: económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Exceptuando dos clases de derechos que quedan fuera del Tratado, los derechos políticos stricto sensu (votar, ser candidato y tener acceso a la función pública) por ser propios de los “ciudadanos”, concepto que reúne la nacionalidad y la mayoría de edad; y el derecho a la libre determinación.

Es este instrumento internacional, quien produce un quiebre de la doctrina de la Situación Irregular y da comienzo a un nuevo paradigma, acorde a la consideración social y jurídica de las infancias y adolescencias existentes en el nuevo mundo, enmarcado en el paradigma de la Protección Integral. El viejo régimen trataba de satisfacer necesidades, el nuevo a esas necesidades las traduce en derechos.

Es así que desde la esfera de la actuación estatal, muta radicalmente el modelo de intervención, desplazando modos anteriormente desplegados desde la observación de la situación irregular y el concepto de “riesgo” como categorías de calificación para determinar la actuación jurisdiccional tutelar en ejercicio del llamado patronato del estado, emergiendo nuevas prácticas cuyo elemento motivador se orienta en la “situación de vulnerabilidad de derechos” de niñas, niños y adolescentes.

49 CARRILLO BASCARY, Miguel, *La protección legal de la vida, reflexiones sobre el concepto de “niño” y sus implicancias normativas*, J:A 1992-I-866

50 MANGIONE MURO, Mirta Hebe, con la colaboración de HAUBENREICH Marta, Cuadernillo Académico Unidad 2 *La Construcción Social de la Infancia* para la Cátedra B de la Residencia de Minoridad y Familia de la Facultad de Derecho UNR- pag:26

Se entiende por vulneración de derechos las acciones u omisiones por parte del Estado a través de sus organismos, la familia, la comunidad o la propia conducta del niño, niña o adolescente, que nieguen, impidan el disfrute o ejercicio de algún derecho.

La nueva normativa internacional introduce en la escena de las infancias, tanto desde el plano de lo legal como el de la praxis, nuevas directrices y definiciones, a saber: ¿qué se entiende por niño?, reconocimiento del niño, niña como sujeto activo de derechos, la desjudicialización de las cuestiones sociales (no criminalización de la pobreza), la subsidiaridad de la intervención del Estado en la vida familiar a partir de la creación de los organismos administrativos, el fortalecimiento familiar, la prioridad de la familia de origen, mayor protagonismo de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones en lo referente a los asuntos que le conciernen, entre otras cuestiones de igual relevancia.

EJE 2

*Convención internacional
Y leyes de protección*

DERECHOS DEL NIÑO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO La Convención y los mecanismos de control

Dra. Marisol B. Burgués^()*

La autora propone un recorrido por el sistema de protección y promoción de los derechos humanos en materia de infancias y adolescencias, haciendo hincapié en los instrumentos legales, supranacionales, sus características y procedimientos, que permiten la defensa de los mismos.

A partir de él puede tenerse cabal comprensión sobre su funcionamiento y los avances que en la materia se han obtenido a partir de nuevos instrumentos legales que han surgido, luego de la aparición de la Convención sobre los Derechos de los niños.

The author proposes a tour of the system of protection and promotion of human rights in matters of childhood and adolescence, emphasizing the legal, supranational instruments, their characteristics and procedures, which allow their defense.

From it, it is possible to have a thorough understanding of its operation and the advances that have been made in the matter of the new legal instruments that have emerged, after the appearance of the Convention on the Rights of children.

^{*} Abogada. Especialista en derecho de Familia y Niñez.

LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCION EN LA CONDICION JURIDICA DEL NIÑO

La cuestión de la protección de la niñez fue motivo de preocupación por la comunidad internacional manifestada a través de varias declaraciones internacionales⁵¹ pero recién con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) es que el tema adquiere mayores garantías porque a diferencia de las anteriores instrumentos internacionales la CDN al consistir en un tratado adquiere fuerza vinculante y genera responsabilidad para los Estados que la ratifican⁵².

La CDN reafirma la condición jurídica del niño⁵³ al reconocerlo como sujeto titular de todos los derechos y garantías del derecho internacional de los derechos humanos que en cuanto persona siempre ha tenido reconocidos más un plus de derechos vinculados a la protección especial que requiere atento a su condición de mayor vulnerabilidad.

Concebir al niño como sujeto de derechos replantea la relación "niño -familia .Estado a partir del rol de mayor protagonismo del niño en función del derecho a ser oídos y la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, y reemplaza los modelos tradicionales de "tutela" por modelos de "asistencia" o "acompañamiento".

Este enfoque de derechos influye en el modelo de protección de la niñez la cual deja de estar librada a la discrecionalidad de los adultos (léase progenitores, Estado y sociedad) sin parámetros objetivos que guíen su accionar en aras de la protección, concebido como un objeto -como sucedía con los modelo tutelar, asistencialista o filantrópico- para estar delimitada por el respecto de sus derechos. Es decir, plantea una asimilación e identificación entre protección y derechos respecto del niño.

IMPLICANCIAS DE LA CDN EN EL ÁMBITO JURIDICO

En nuestro país la CDN fue ratificada en Argentina mediante la ley N° 23.849 el 27 de septiembre de 1990 e incorporada al texto constitucional a partir de la reforma de 1994 (cf. Art. 75 inc. 22), con lo cual a partir de su máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico se constituyó en la pieza angular a partir de la cual debía interpretarse las demás normas que lo integran.

Luego de una larga convivencia reñida entre la máxima jerarquía que ostenta la CDN y las normas inferiores en materia de protección a la niñez basadas en el denominado sistema tutelar regido por el decreto-ley N° 10.903, el 28 de septiembre del año 2015 se sanciona a nivel nacional la Ley N° 26.061, la cual es reglamentada por los Decretos N° 415 y 416 del año 2016.

La mencionada ley nacional redefine el modelo de protección a la niñez adaptándolo a los postulados constitucionales y convencionales en tres cuestiones principales, además de precisar el alcance de los derechos reconocidos en la CDN y en algunos aspectos elevar el estándar de garantía.

Dichas cuestiones principales se refieren a: a) el rol del Estado como garante de los derechos de los niños delimitando las competencias específicas de los poderes que lo integran anteriormente confundidas a partir de la judicialización de las problemáticas de orden social; b) el rol y redefinición de las políticas sociales superando su enfoque organizado solamente alrededor de la oferta de servicios segmentados para la niñez, para priorización de la implementación de políticas universales básicas que se dirigen

51 Declaración de los Derechos del Niño (1924), Tabla de Derechos del Niño (1927), la Declaración de los Derechos del Niño (1959).

52 Los Estados se obligan a respetar los derechos incluidos mediante la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para darles efectividad (cf. art. 4 CDN).

53 Por niño/a o niñas y niños debe entenderse también al niño/es.

a todo el universo de los niños, niñas y sus familias, previendo al mismo tiempo mecanismos jurídicos e institucionales que impiden que estas políticas operen con discriminación, y permiten corregir la oferta insuficiente de servicios o las violaciones a los derechos de la infancia que ocurran en estas áreas, desde un marco de implementación descentralizado y en articulación con la sociedad civil; c) la redefinición del sistema institucional a nivel administrativo para abordar la protección de la niñez y adolescencia a partir de la creación de un sistema de protección integral de derechos que por la característica de integralidad –proveniente de la naturaleza de los derechos humanos- involucra a todos los actores de los diferentes niveles (nacional, provincial y municipal) del Estado y la sociedad civil destinados a la promoción, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de los niños, adolescentes y sus familias, estableciendo medios de actuación frente a situaciones de amenaza y/o vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Así la ley N° 26.061 reglamentaria de la CDN se constituyó en el piso mínimo de protección a partir del cual las jurisdicciones provinciales debían adaptar su normativa y en especial su diseño institucional administrativo de protección.

Como corolario de ello en la Provincia de Santa Fe -al igual que en la mayoría de las jurisdicciones provinciales del país- se sanciona la ley N° 12.967 el 17 de abril del año 2009⁵⁴ que adhiere a la ley N° 26.061 y traduce al ámbito local la implementación del sistema de protección integral de derechos y los procedimientos necesarios de actuación de los organismos públicos frente a la toma de conocimiento de situaciones de amenaza y/o vulneración de derechos.

Los principios rectores que inspiran la CDN y las leyes de protección integral de derechos entre ellos el interés superior de éste, integrado por los principios de capacidad y autonomía progresiva y protección especial, participación y derecho a la defensa, preservación de los vínculos familiares, socio-afectividad, conocimiento de sus orígenes, prioridad de la familia en la responsabilidad de la crianza y desarrollo de sus hijos e igualdad de los progenitores en dicha responsabilidad conjunta, tuvieron su repercusión además en la legislación civil de fondo proveniente del ámbito privado, particularmente en aquellos institutos que rigen las relaciones de familia (capacidad, tutela, filiación, responsabilidad parental y adopción) a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación el 1 de agosto del 2015⁵⁵.

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LA NIÑEZ

El marco jurídico de protección de la niñez y adolescencia no sólo se compone de la CDN sino que acompañan a la misma sus tres protocolos facultativos y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Los protocolos facultativos de la CDN no modifican a la misma sino que se añaden con el fin de reforzarla y complementarla en determinados temas por un lado como la participación de niños en los conflictos armados⁵⁶, la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵⁷ y por otro lado añade un procedimiento para la aplicación y puesta en marcha de la CDN al incluir un procedimiento para la presentación individual de quejas (procedimiento de comunicaciones)⁵⁸.

Dichos protocolos deben interpretarse conforme a la CDN como un todo y son “facultativos” porque no vincula automáticamente a los Estados que ya han ratificado la CDN, sino que tienen sus propios

54 Reglamentada por el Decreto N° 6910 (30/4/2010) y modificada por la ley N° 13237 (28/12/2011).

55 Aprobado por la Ley 26.994. Para un desarrollo del tema ver Burgués, Marisol B. La integración de los principios y derechos del niño en el Código Civil y Comercial de la Nación, SJA 2015/04/08-1; JA 2015-II.

56 Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (aprobado el 25/5/2000) ratificado por Ley 25.616).

57 Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (aprobado el 25/5/2000), ratificado por Ley 25.763.

58 Protocolo facultativo de la convención sobre Los derechos del niño relativo a un procedimiento De comunicaciones (aprobado el 19/12/2011) ratificado por Ley 27.005.

mecanismos de ratificación independientes de la CDN. Los protocolos facultativos a la CDN tienen una nota distintiva ya que por lo general solamente los Estados que ya han aceptado vincularse al tratado original pueden ratificarlos, en cambio los protocolos facultativos a la CDN permiten a los Estados que no son parte de la misma ratificarlos o adherirse a ellos.

El protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados tiene por objetivo fortalecer la aplicación de la CDN y aumentar la protección de los niños y niñas durante los conflictos armados.

En virtud del artículo 38 de la CDN⁵⁹ se exhorta a los gobiernos a que tomen todas las medidas posibles a fin de velar para que ningún niño o niña menor de 15 años participe directamente en las hostilidades. En tal sentido, establece los 15 años como la edad mínima de reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas y la edad de los 18 años como la edad mínima para el reclutamiento obligatorio, exigiendo a los Estados que hagan todo lo posible para evitar que individuos menores de 18 años participen directamente en las hostilidades.

Por su parte, requiere a los Estados que lo ratifiquen: que tomen todas las medidas posibles para asegurar que los miembros de sus Fuerzas Armadas que sean menores de 18 años no participen directamente en las hostilidades; aumenten la edad mínima para el reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas desde los 15 años, pero no exige una edad mínima de 18.

El Protocolo recuerda, sin embargo, que los niños y niñas menores de 18 años tienen derecho a una protección especial y que cualquier reclutamiento voluntario de menores de 18 años debe incluir una serie de garantías suficientes. Además, prohíbe el reclutamiento obligatorio de menores de 18 años.

Obliga a los Estados a tomar también medidas jurídicas para prohibir que los grupos armados independientes recluten y utilicen en un conflicto a niños y niñas menores de 18 años. Y, al ratificarlo los Estados deben realizar una declaración relacionada con la edad a la que las fuerzas armadas nacionales permiten el reclutamiento voluntario, así como las medidas que los Estados tomarán para asegurar que no se ejerza la fuerza o la coerción en este tipo de reclutamiento. Este requisito es especialmente importante porque el protocolo no establece los 18 años como edad mínima para el reclutamiento voluntario en las Fuerzas Armadas, sino solamente para la participación directa en un conflicto armado.

En relación a este tema, Argentina al ratificar la CDN declaró que su deseo de que la misma hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en conflictos armados, tal como lo estipula nuestro derecho interno el cual seguirá aplicando en la materia en función del artículo 41 de la CDN⁶⁰.

Los artículos 34⁶¹ y 35⁶² de la CDN refieren 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.

59 Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. 3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad. 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

60 Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

61 Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

62 Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

El Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía sirve de complemento a la CDN al exigir a los Estados una serie de requisitos precisos para poner fin a la explotación y el abuso sexuales de la infancia. También protege a los niños y niñas de la venta con objetivos no sexuales, como por ejemplo otras formas de trabajo forzado, adopciones ilegales o donación de órganos.

El Protocolo ofrece definiciones de delitos como “venta de niños”, “prostitución infantil” y “pornografía infantil”. Obliga a los gobiernos a criminalizar y castigar las actividades relacionadas con estos delitos. Exige castigos no solamente para quienes ofrecen o entregan niños y niñas para su explotación sexual, transferencia de órganos, obtención de beneficios o trabajos forzados, sino también para todo aquel que acepte a un niño o niña destinado a estas actividades. Protege los derechos y los intereses de las víctimas infantiles estableciendo que los gobiernos deben proporcionar servicios jurídicos y otro tipo de apoyo para estas víctimas. Esta obligación incluye tener en cuenta el interés superior del niño en cualquier tipo de actividad relacionado con el sistema de justicia criminal. Los niños y niñas deben también recibir apoyo médico, psicológico, logístico y financiero que contribuya a su rehabilitación y reintegración.

El texto hace también hincapié en el valor de la cooperación internacional, que es importante para combatir estas actividades que se realizan a menudo más allá de las fronteras nacionales. Y resalta que las campañas de concienciación, de información y de educación públicas contribuyen también a proteger a la infancia contra estas graves conculcaciones de sus derechos.

Por otra parte, entre los otros instrumentos internacionales de derechos humanos que se aplican a los niños, niñas y adolescentes podemos mencionar: la Carta de las Naciones Unidas; la Carta Internacional de Derechos Humanos; la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); el Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional sobre los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (1984); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1990); y la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad (2006).

Especialmente relacionado a los niños, niñas y adolescentes se encuentran los Convenios de la OIT: el Convenio sobre la edad mínima para el trabajo (1973) y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999).

Asimismo cabe mencionar a 4 resoluciones también adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil (Reglas de Beijing); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) que si bien no son directamente vinculantes ni obligatorias para los Estados (no son tratados), constituyen recomendaciones y adquieren una fuerza especial ya que muchos de sus principios se encuentran reflejados en el texto de la CDN y en el caso de las Reglas de Beijing están incorporadas al preámbulo de la misma, y en caso de nuestro país se encuentran incorporadas al texto reglamentario de la Ley N° 26.061 en función del reconocimiento del derecho a la libertad⁶³.

SISTEMA DE ONU PARA LA VIGILANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA CDN.

La supervisión del cumplimiento de los tratados comprende: evaluar si se adoptan y ejecutan medidas orientadas a su observancia, valorar sus resultados, progreso, estancamiento o retroceso para el goce de los derechos y proporcionar a los Estados partes la información conducente para la aplicación del tratado.

El organismo encargado de la supervisión de la CDN es el Comité de Derechos del Niño⁶⁴ (en adelante el Comité) que es un órgano internacional establecido por la CDN para monitorear el progreso en su implementación por parte de los gobiernos.

El Comité se conforma por 18 expertos internacionales independientes con reconocida competencia en el campo de los derechos humanos, elegidos por el término de 4 años por los Estados. Los miembros del Comité son elegidos por los Estados, pero ejercen sus funciones a título personal, es decir, no representan a los gobiernos de sus países ni a ninguna otra organización a la que pertenezcan.

El Comité tiene su propio reglamento. Se reúnen en la Sede de las Naciones Unidas en Ginebra y normalmente mantiene 3 periodos de sesiones ordinarias al año. El Comité puede convocar a sesiones extraordinarias a decisión de éste. En caso que no esté reunido, su Presidente, podrá convocarlas a solicitud de la mayoría de sus miembros o a solicitud de un Estado parte. El Comité tiene funciones de supervisión y de interpretación. En su rol de supervisión emite observaciones finales e interviene en el procedimiento de comunicaciones. En su rol de interpretación emite Observaciones generales y organiza "Días de debate general".

En la función de supervisión el Comité, por un lado examina los informes iniciales y periódicos presentados por los Estados sobre la implementación del CDN y posterior elaboración y aprobación del informe por parte del Comité, denominado observaciones finales, en el que se exponen los reconocimientos, las preocupaciones y las recomendaciones a cada uno de los Estados partes.

Por otro lado, examina las denuncias o comunicaciones de particulares sobre violaciones estatales de la CDN y los protocolos Facultativos; o entre Estados.

En relación a la función de supervisión la CDN⁶⁵ establece que los Estados deben presentar informes a través del Secretario General de las Naciones Unidas sobre toda aquella información sobre las medidas de carácter legislativo, judicial y administrativo que se hayan tomado, como información estadística pertinente, las dificultades, los progresos y los objetivos a futuro. Es decir, información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la CDN en el país de que se trate.

El Comité puede pedir a los Estados partes más información relativa a la aplicación de la CDN que la que los Estados proporcionen. Dichos informes deben presentarse en el plazo de 2 años a partir de la fecha en la que para cada Estado parte haya entrado en vigor la CDN luego cada 5 años. En el proceso de examen de los informes, los miembros del Comité se reúnen para revisar los informes gubernamentales y otros informes presentados por ONG. El proceso de examen de los informes incluye un diálogo con los representantes de los Estados sobre los avances en la implementación (oportunidad para que los Estados reciban el asesoramiento sobre el cumplimiento de sus compromisos internacionales, que les ayude en la aplicación del tratado en el plano nacional).

El informe se examina en una sesión pública. Durante la sesión se presenta el informe y posteriormente la delegación del Estado parte se expone sobre los temas tratados. El Comité podrá formular nuevas preguntas y/o observaciones sobre las respuestas tanto orales como escritas, y la delegación podrá responder. A continuación, el Comité resume sus observaciones pudiendo hacer sugerencias y recomendaciones, luego se invita al Estado parte a hacer una declaración final. Luego de la presentación pública, el Comité en sesión privada elabora un documento de devolución al Estado como se adelantó denominado "observaciones finales".

El Comité puede estimar que la información brindada por el Estado parte es insuficiente o que es necesario aclarar determinadas cuestiones. Puede decidir que las deliberaciones sobre dichos puntos continuarán en un período de sesiones posterior. En este caso, se informará lo decidido al Estado parte y las observaciones tendrán carácter preliminar, y solicitará un nuevo informe o información complementaria al Estado y fijará una fecha para su presentación por escrito.

64 Artículo 43 y ss. de la CDN.

65 Artículo 44 CDN.

En las observaciones finales el Comité expone los reconocimientos, preocupaciones y recomendaciones con conclusiones claras sobre la compatibilidad de leyes y prácticas locales con la CDN.

Una vez aprobadas, las observaciones finales se publican y se ponen a disposición de los Estados. Asimismo el Comité también examina los informes adicionales que deben presentar los Estados de los protocolos de la CDN.

El Comité antes no tenía competencia para recibir denuncias particulares, por lo que no podía resolver casos individuales de violaciones de derechos de niños, niñas y adolescentes protegidos por la CDN.

A partir del 14 de abril de 2014 tiene dicha competencia en función de la entrada en vigor del protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones. Dicha competencia debe ser reconocida por los Estados partes, por lo cual el Comité no ejercerá su competencia respecto de un Estado parte en el protocolo en relación con la violación de los derechos establecidos en un instrumento en que dicho Estado no sea parte y tampoco recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado que no sea parte en el protocolo. Es decir, el protocolo sólo es aplicable a los estados firmantes del Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Pueden denunciar personas o grupo de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado. Cuando se presente una comunicación en nombre de una persona o un grupo de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

La denuncia se puede dirigir contra los Estados partes de la CDN y los protocolos facultativos que también hayan firmado el Protocolo Facultativo relativo al procedimiento de comunicaciones ya que como se expresó sólo resulta aplicable a los Estados firmantes del Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones que además hayan reconocido, la competencia del Comité. La denuncia debe estar motivada en la violación de los derechos protegidos por la CDN o Protocolos facultativos. El Comité ejercerá sus funciones en base al interés superior del niño, los derechos y las opiniones del niño y dando a esas opiniones el debido peso, en consonancia con la edad y la madurez del niño e incluirá en su reglamento salvaguardias para evitar que quienes actúen en nombre de niños los manipulen, y pudiendo negarse a examinar toda comunicación que en su opinión no redunde en el interés superior del niño.

Los Estados deben adoptar todas las medidas que procedan para que las personas sujetas a su jurisdicción no sean objeto de ninguna violación de sus derechos humanos, maltrato o intimidación como consecuencia de haberse comunicado con el Comité o de haber cooperado con él.

En el procedimiento no se revelará públicamente la identidad de ninguna persona o grupo de personas interesados sin su consentimiento expreso. Si existe temor de daño irreparable (por ejemplo en casos de ejecución inminente) antes de que el Comité haya examinado el caso, se puede solicitar la intervención del Comité para detener una acción (u omisión) inminente por parte del Estado que podría causar ese daño.

El Comité, tras recibir una comunicación y antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, podrá en cualquier momento dirigirse al Estado parte de que se trate, para que este la estudie con urgencia, no entrañando juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la comunicación.

La comunicación debe reunir determinadas condiciones de admisibilidad: no puede ser anónima; debe presentarse por escrito y firmada (no se exige forma particular); tienen que haberse agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o que sea improbable que con ellos se logre una reparación efectiva; tienen que presentarse dentro de un plazo de un año desde el agotamiento de los recursos legales nacionales, salvo en los casos en que pueda demostrarse que no ha sido posible hacerlo.

No puede referirse a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o que haya sido o esté siendo examinada en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacional, no es ne-

cesario contar con representación legal; debe aportar información personal básica –presunta víctima- y especificar el Estado parte contra el que va dirigida la denuncia; incluir todos los hechos sobre los que se basa –mejor en orden cronológico, y el trabajo realizado para agotar los mecanismos legales nacionales (incluyendo copias de las sentencias judiciales relevantes y un resumen en uno de los idiomas de trabajo del Comité); debe explicarse en qué sentido los hechos relatados suponen una violación de la normativa; no puede constituir un abuso del derecho presentando una comunicación que sea incompatible con las disposiciones de la CDN y/o de sus protocolos facultativos.

Tiene que estar suficientemente fundamentada y no puede referirse a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado, salvo que esos hechos hayan continuado produciéndose después de esa fecha.

El Comité admitirá o no la denuncia y en su caso la comunica al Estado (en forma confidencial y a la mayor brevedad). El Estado debe presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión e indicar en su caso las medidas correctivas que se hayan adoptado dentro del plazo de 6 meses.

El Comité puede proponer una solución amigable a las partes y en caso de acuerdo finaliza el procedimiento. Para el caso de desacuerdo, el Comité evalúa la denuncia en forma privada y elabora un dictamen con recomendaciones que comunica a las partes interesadas⁶⁶. El Estado debe enviar una respuesta por escrito que incluya información sobre las medidas que haya adoptado o tenga previsto adoptar plazo de 6 meses. El protocolo también prevé la denuncia entre estados⁶⁷.

Como se adelantó el Comité también cumple un rol de interpretaciones a través de la elaboración de observaciones generales que tienen por finalidad ofrecer una interpretación y análisis sobre artículos específicos de la CDN o tratan temas relacionados sobre los derechos del niño y brindar asesoramiento sobre medidas prácticas para su puesta en marcha.

Las observaciones generales constituyen una interpretación autorizada sobre aquello que se espera de los Estados cuando ponen en marcha las obligaciones que figuran en el CDN.

Asimismo dentro de esta función organiza días de debate general para fomentar una mayor comprensión de los contenidos de la CDN, pueden tratar sobre un artículo específico de la CDN o un tema conexo, teniendo por objeto profundizar el entendimiento del contenido y las consecuencias de la CDN. Se realizan de forma bienal y convoca a participar a representantes de los gobiernos, a ONG's, a órganos y organismos especializados de la ONU, a instituciones de derechos humanos, al sector empresarial y a niños, niñas y adolescentes.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DDHH

El sistema interamericano de derechos humanos coexiste con los mecanismos de las Naciones Unidas. Los Estados Americanos, en ejercicio de su soberanía y en el marco de la Organización de Estados Americanos, adoptaron una serie de instrumentos internacionales⁶⁸ que se han convertido en la base

66 Cuando haya solicitado medidas provisionales, acelerará el examen de la comunicación. Al examinar una comunicación en que se denuncien violaciones de derechos económicos sociales y culturales, considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado de acuerdo con el artículo 4 de la CDN.

67 Todo Estado parte en el Protocolo podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones que surgen de cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte: a) La CDN b) los protocolos facultativos. Los Estados tienen que realizar una declaración de competencia del Comité para que intervenga el Comité. EL comité no admitirá comunicaciones que se refieran a un Estado parte que no haya hecho esa declaración, ni comunicaciones procedentes de un Estado parte que no haya hecho esa declaración.

68 La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Carta de la OEA; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención Interamericana para la

de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, conocido como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Entre tales instrumentos de manera particular cabe resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) en su artículo 19 establece que:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos está compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte-IDH) como instituciones de garantía y exigibilidad de los derechos humanos plasmados en los instrumentos jurídicos y actúan para la defensa y reparación de los derechos de las personas a las que les han sido conculcados sus derechos.

La CIDH es uno de los órganos principales y autónomos de la OEA encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano cuya función es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia, detentando para ello con funciones de dimensiones políticas y funciones con una dimensión cuasi judicial.

En el marco de la dimensión política realiza visitas a los Estados y elabora informes acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados.

Dentro de las funciones con dimensión cuasi-judicial recibe y da tratamiento a las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos (siempre que reúnan las condiciones de admisibilidad⁶⁹), examina esas peticiones y puede en su caso presentar demandas ante la Corte-IDH.

Al respecto se encuentra facultada para iniciar un proceso contencioso entre el o los denunciantes y el Estado denunciado. Durante el procedimiento, la CIDH busca que las partes puedan llegar a una solución amistosa y en caso de no arribarse a un acuerdo concluye el proceso de investigación y formula sus conclusiones y recomendaciones en un informe preliminar de carácter reservado.

Dichas recomendaciones son comunicadas al Estado denunciado para que las cumpla en un tiempo de tres meses, que puede ser renovado a solicitud del Estado y por criterio de la CIDH.

En el caso de incumplimiento, y si el Estado ha reconocido la jurisdicción de la Corte-IDH para tramitar casos en su contra, la CIDH puede someter el caso al conocimiento de la Corte IDH.

Si el Estado no ha reconocido la jurisdicción de la Corte-IDH o si la CIDH decide no enviar el caso al conocimiento de ésta, entonces la CIDH analiza el grado de cumplimiento de las recomendaciones y emite un segundo informe, en el que establece sus conclusiones y recomendaciones finales para que el Estado corrija su conducta y repare a la víctima, a lo que dará un seguimiento preciso, pudiendo eventualmente llegar a publicar dicho informe como mecanismo de sanción para el Estado.

Dentro de este marco procedimental está facultada para adoptar medidas cautelares (medidas de protección) frente a situaciones graves y urgentes de sufrimiento de un daño irreparable de algún derecho.

La CIDH realiza su trabajo sobre la base de tres pilares: el sistema de petición Individual; el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados, y la atención a líneas temáticas prioritarias que

Eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad; los Reglamentos y Estatutos de sus órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

69 Debe referirse a la supuesta violación por parte de un Estado de los derechos establecidos en la CADH o en uno de los demás instrumentos mencionados. El peticionario deberá haber agotado todos los recursos legales disponibles en el Estado donde ocurrió la violación y la denuncia ante la CIDH debe presentarse dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de notificación de la decisión final sobre el caso en por parte del tribunal nacional, excepto que se haya negado a la víctima acceder a ellos o si las leyes locales no aseguran el debido proceso para la protección de los derechos o bien el Estado se haya demorado en pronunciar una decisión final sobre el caso sin que exista una razón valedera para ello, es decir, cuando se haya presentado un retardo injustificado. No será necesario La denuncia no deberá estar pendiente de otro procedimiento internacional.

las realiza a través de distintas relatorías especializadas. En relación a la niñez desde el año 1998 cuenta con una Relatoría sobre los Derechos de la Niñez.

La relatoría en las peticiones y casos suministran análisis especializado en la evaluación de las denuncias presentadas ante la CIDH sobre presuntas violaciones de los derechos humanos y apoyan a la CIDH a través de la elaboración de estudios sobre los derechos humanos de la niñez y adolescencia. También contando con el consentimiento del Estado, la Relatoría puede realizar visitas a los países de la región. Durante estas visitas establece contactos con las autoridades del gobierno, con organizaciones de la sociedad civil y con los niños, niñas y adolescentes. Las visitas permiten ampliar el conocimiento sobre los problemas que afectan a los niños, niñas y adolescentes en la región y formular recomendaciones a los Estados a fin de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos. También realiza actividades de promoción sobre la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (organiza seminarios, reuniones especializadas y talleres sobre las obligaciones internacionales asumidas por los Estados).

La Corte-IDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana que tiene funciones contenciosas y consultivas.

Dentro de la función contenciosa se encuentra la resolución de casos⁷⁰ y supervisión de sentencias. Determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la CADH o en otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano; realiza la supervisión de cumplimiento de sentencias; solicita información al Estado sobre las actividades desarrolladas para el cumplimiento de la sentencia en el plazo otorgado por la Corte, así como recaba las observaciones de la CIDH y de las víctimas o sus representantes.

Una vez que cuenta con esa información puede apreciar si hubo cumplimiento de lo resuelto, orientar las acciones del Estado para este fin y cumplir con la obligación de informar a la Asamblea General sobre el estado de cumplimiento de los casos que se tramitan ante ella.

Cuando lo considere pertinente, la Corte convoca al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones y en ésta escuchar el parecer de la CIDH.

El primer antecedente de derechos del niño en el sistema interamericano de derechos humanos fue el caso "niños de la calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, 19/11/1999 en el cual la Corte-IDH integra la CDN a la interpretación del artículo 19 CADH, refiriendo que: "[T]anto la convención americana como la convención sobre los derechos del niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la convención americana".

Por su parte, desde la competencia que tiene en materia consultiva la Corte IDH responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma acerca de la compatibilidad de las normas internas con la CADH y la interpretación de la misma o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

En relación a la niñez ha emitido dos opiniones consultivas la Opinión consultiva OC-17/2002 Condición jurídica y derechos humanos del niño del 28 de agosto de 2002, solicitada por la CIDH (La CIDH pidió a la Corte-IDH que emitiera una opinión sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 PSJCR (garantías judiciales y protección judicial) con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la CADH constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados" en relación a niños; y la Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

70 Siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido su competencia contenciosa. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención Americana, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte-IDH. Sólo los Estados Partes y la CIDH tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte-IDH.

Estas opiniones consultivas no son simples consejos que emite la Corte-IDH, sino la interpretación que ella ha realizado y que es muy probable que siga empleando en posteriores casos, por lo cual revisiten de carácter jurisprudencial y vinculante.

Para finalizar en este recorrido por las funciones de supervisión y vigilancia de los tratados de derechos humanos, cabe mencionar que los pronunciamientos de los organismos internacionales adquieren particular relevancia en nuestro ordenamiento jurídico en razón de la modalidad con que se han incorporado los instrumentos internacionales de derechos humanos a nuestra Constitución Nacional, por la cual se establece que “los tratados con jerarquía constitucional rigen en las condiciones de su vigencia”, resultando así que los mismos son complementados en su interpretación y aplicación por los pronunciamientos de los organismos internacionales de contralor de acuerdo a nuestra jurisprudencia y doctrina nacional⁷¹.

71 CSJN, 07/04/1995, “Girolodi, Horacio D. y otro”, LL, 1995-D-462 y Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos*, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, p. II-27.

PRINCIPIOS RECTORES EN LA CONVENCIÓN Niños, niñas y adolescentes involucrados en procesos administrativos o judiciales

Dra. Judith Galletti^()*

La autora propone un interesantísimo recorrido por algunos principios rectores que establece la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, analizando su alcance, tanto en las medidas administrativas como judiciales que puedan adoptarse. La participación, el derecho a ser oído y la autonomía progresiva, aparecen analizados desde una óptica jurídica interesante, que se propone indagar alcances y características generales, para luego derivar en un análisis minucioso sobre el Sistema de Protección Integral y la aplicación de medidas integrales y excepcionales, todo ello con un gran contenido doctrinario y jurisprudencial que acompaña el relato propuesto. Finalmente, la autora se adentra en dos temas centrales como ser la participación de niños, niñas y adolescentes en los actos médicos que atañen a su salud y en los procesos de declaración de adoptabilidad, retomando los principios rectores antes descriptos, atravesados por el interés superior.

The author proposes a very interesting journey through some guiding principles established by the International Convention on the Rights of the Child, analyzing its scope, both in administrative and judicial measures that may be adopted. Participation, the right to be heard and progressive autonomy, are analyzed from an interesting legal perspective, which aims to investigate general scope and characteristics, and then lead to a thorough analysis of the Comprehensive Protection System and the application of comprehensive measures and exceptional, all with a great doctrinal and jurisprudential content that accompanies the proposed story. Finally, the author delves into two central issues such as the participation of children and adolescents in medical acts that concern their health and in the processes of declaration of adoptability, returning to the guiding principles described above, crossed by the best interest.

^(*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Docente de Derecho civil V de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Trabajo Social y Familia de la Licenciatura en Trabajo Social - UNL. Docente investigadora Nivel 3. Abogada de la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes de la Provincia de Santa Fe.

PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN – DERECHO A SER OÍDO

El Principio de participación tradicionalmente ha sido abordado considerando el derecho del niño a ser oído en los procesos judiciales y administrativos y principalmente en los procesos judiciales en los que se ventilaban conflictos familiares relacionados al cuidado personal y al régimen de comunicación de padres no convivientes o ante casos de restitución internacional de menores.

La jurisprudencia ha ido dando respuesta a los interrogantes planteados en torno a la edad a partir de la cual el niño podía ser escuchado; si debía ser escuchado personalmente por el juez o si se consideraba suficiente que fuera escuchado indirectamente a través de sus representantes o de un órgano apropiado como el asesor de menores, tutor ad-litem o algún miembro del equipo técnico del Juzgado; si el juez interviniente tenía la facultad o el deber de oír al niño; si era exclusivo el lenguaje oral o si podía considerarse asimismo el lenguaje gestual; si quien escucha al niño debía tener alguna calificación técnica; qué efectos tenía la opinión del niño, si tenía fuerza vinculante para el juez o si el juez -en cambio- podía apartarse de lo manifestado por el niño, cuando su deseo fuera contrario a su superior interés; entre muchas otras cuestiones a través de las cuales, se fueron perfilando los límites y asignando contenido concreto al derecho del niño a ser oído en miras a su realización efectiva en los procesos judiciales.

Es así como se entendió que la edad cronológica debía ser puesta en relación con el grado de madurez que haya alcanzado el niño, de acuerdo a sus posibilidades de comunicación, o a las circunstancias de que se trate y que le permitan comprender y evaluar las consecuencias de las decisiones que se tomen.

Mayormente los deseos manifestados por los niños han sido tenidos en cuenta cuando han coincidido con otros elementos aportados en la causa judicial, y en especial cuando esto ha implicado el mantenimiento del statu quo, mas la decisión en última instancia, siempre ha correspondido al magistrado y no al niño, viéndose como disvalioso por ejemplo, que sea el niño exclusivamente quien elija con cuál de sus progenitores quiere vivir.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul en un fallo del 23/02/10 otorgó el cuidado personal provisorio a la madre, pese a haber manifestado el niño su intención de seguir conviviendo con su progenitor. En el caso se había demostrado la personalidad agresiva del padre y el haberle proferido a su esposa y a sus hijos reiterados actos de agresión física y verbal, los que por la dinámica de la estructuración psicológica y familiar, el niño tendía a minimizar o disculpar. El deber de oír al niño -lo que el Tribunal efectuó-, no implica admitir automáticamente lo que aquél pretenda -en el caso continuar conviviendo con el padre- pues se priorizó el interés superior del niño.

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño incorporada al texto de la Constitución de la Nación Argentina por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22, prevé específicamente el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a participar en todo procedimiento judicial, extrajudicial o administrativo que los afecte.

Siguiendo los postulados de la Convención, la Ley de Protección Integral Nacional N° 26.061, las leyes de Protección Integral provinciales y el Código Civil y Comercial de la Nación se han pronunciado en idéntico sentido. Así se prevé el derecho a que las opiniones de niñas, niños y adolescentes deban ser especialmente consideradas a la hora de decidir asuntos que les conciernan y el derecho a la asistencia técnica especializada garantizada mediante la actuación de la figura del abogado del niño.

La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas va más allá y menciona que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados no sólo en los procesos judiciales o administrativos sino también y -fundamentalmente- en los diferentes ámbitos en donde desarrollan su vida, como el ámbito familiar o en las diferentes modalidades alternativas de acogimiento, en

la escuela, en la atención de su salud, en el desarrollo de actividades lúdicas, recreativas, deportivas y culturales, en el lugar de trabajo, entre otras.

En este sentido la Ley 26.061 en su art. 2 establece que "Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos". En el art. 3 al regular el principio rector del interés superior del niño se establecen determinadas pautas a respetar para su concreción efectiva mencionando expresamente "el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta". El interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído constituyen dos principios rectores que se interrelacionan, complementan y deben aplicarse conjuntamente en el caso concreto.

Asimismo el Comité explicita que no debe imponerse ningún límite de edad en el reconocimiento de los Estados del derecho del niño a ser oído, dando siempre por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas, lo cual se relaciona directamente con el principio de autonomía progresiva que indica que las niñas, niños y adolescentes a medida que vayan adquiriendo mayor grado de desarrollo y madurez, irán ejerciendo progresivamente sus derechos.

El Código Civil y Comercial en el art. 26 establece que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. A su vez, al establecer principios generales aplicables a los procesos de familia, en el art. 707 resalta que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente y que su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Asimismo, a lo largo de todo el articulado del Código, al regular cada una de las instituciones del derecho de familia, como la adopción (arts. 595 f, 609 b, 613, 617 b), la responsabilidad parental (arts. 639, 653, 655), la tutela (art. 113), entre otras, vuelve a regular en forma específica el derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes como un derecho fundamental.

A su vez, el derecho del niño a ser oído se relaciona directamente con el derecho a contar con un abogado para hacer efectivo tal derecho tanto en los procesos administrativos como judiciales que lo involucren. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine garantizándose la gratuidad.

El derecho del niño a ser asistido por un abogado especializado en niñez y adolescencia forma parte de un conjunto de derechos y garantías signados por el "principio de participación" que conforman un plexo adecuado para garantizar el respeto de la situación individual de cada niño, su opinión y su participación.

El principio de participación comprende, el derecho del niño a ser oído personalmente y directamente, no a través de sus representantes u de otros órganos. A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de adoptarse una decisión que lo involucre, lo cual no implica que el niño cuente con un derecho absoluto a tomar decisiones por cuenta propia en todos los casos y bajo todas las circunstancias. A la participación activa en todo el procedimiento administrativo o judicial, a ofrecer pruebas y a ser notificado. El derecho a ser asistido por un letrado especializado y la posibilidad de recurrir ante el superior cualquier decisión que lo afecte.

La especialidad del abogado que actúe como abogado del niño y de todos los operadores del sistema requiere de una especial calificación técnica para que dicha actuación no se reduzca a cumplir una mera formalidad procesal.

Todos estos aspectos del Principio de Participación se encuentran detalladamente enumerados en los arts. 25 de la Ley de Protección Integral N° 12.967 de la Provincia de Santa Fe y el art. 27 de la Ley de Protección Integral Nacional N° 26.061.

El Derecho del Niño a ser oído no solo implica una escucha, que muchas veces se pone en práctica solo para cumplir con una mera formalidad. Ser escuchado implica que la opinión del niño sea tenida en cuenta y que el niño pueda tomar por sí decisiones de acuerdo a su edad y grado de madurez.

El derecho a ser escuchado también comprende el derecho a no hablar si el niño no lo desea. A ser escuchado personalmente sin representantes. A la inmediatez con el juzgador. A ser escuchado fundamentalmente en el ámbito familiar y comunitario y no solo como obligación en los procesos administrativos y judiciales.

Las variables de efectividad del derecho del niño a ser oído tienen que ver por un lado con la edad y madurez del niño y por el otro con la voluntad del adulto de escuchar y sopesar su opinión.

El derecho del niño a ser oído no se agota en la participación en los procesos administrativos y judiciales que lo involucren sino que va mucho más allá y alcanza a todos los ámbitos en los que el niño se desenvuelve, en el ámbito familiar, escolar o comunitario en los que se toman decisiones sobre su persona. Ejemplo de ello son las decisiones sobre el cuidado de su salud y de su propio cuerpo y el pleno ejercicio de sus derechos personalísimos que analizaremos seguidamente.

AUTONOMÍA PROGRESIVA - ABOGADO DEL NIÑO

La Convención de los Derechos del Niño en el art. 5 reconoce el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades, reemplazando el paradigma de la incapacidad por el de la autonomía o capacidad progresiva. Determina que la función de los representantes legales será la de impartirles dirección y orientación para que acorde con su evolución vayan ejerciendo ellos sus derechos personalmente.

Al ser concebido el niño como un sujeto pleno de derechos, puede ejercerlos por sí mismo progresivamente de acuerdo a su edad y al grado de autonomía desarrollado. Esto no implica que los padres en ejercicio de la representación legal abduquen de su responsabilidad sino que el principio de la autonomía progresiva impacta en el rol que los adultos desarrollan en relación con sus hijos, debiendo acompañar, guiar y orientarlos.

El nuevo paradigma de la protección integral concibe al niño -en tanto persona- como sujeto titular de derechos fundamentales, abandonando la categoría de la incapacidad y otorgándole autonomía progresiva conforme a su desarrollo y evolución psicofísica para el ejercicio de tales derechos en un marco democrático tanto en el ámbito familiar como en el social.

Es por ello que se entiende que el niño/a goza de una serie de competencias de acuerdo a su fase evolutiva. El término competencia está entendido como discernimiento que permite asimilar determinada información, diferenciar lo bueno de lo malo, prever las consecuencias perjudiciales del obrar y adoptar una decisión evaluando las distintas alternativas, efectuando un balance de los riesgos y beneficios que trae aparejada la decisión adoptada.

El antecedente se lo encuentra en el caso "Gillick" resuelto por la Cámara de los Loes en el año 1986 en el que se resolvió el pedido planteado por una madre que se negaba a que se les suministraran anticonceptivos a sus hijas menores de edad.

A partir de este renombrado caso inglés se distinguió el concepto de capacidad (concepto jurídico) más aplicable al ámbito patrimonial contractual del de competencia (concepto bioético) más aplicable al ámbito de los derechos personalísimos o fundamentales y sobre el cual se construye el concepto de autonomía progresiva.

"Kemelmajer ha traducido la palabra competencia directamente del inglés competency para referirse al discernimiento específico en el ejercicio de los derechos personalísimos. De este modo, el concepto de capacidad queda reservado para el ámbito de los derechos con contenido patrimonial fundamentalmente, siendo para ello necesario contar con un criterio objetivo que funcione de límite⁷²."

En la redacción del Código Civil y Comercial se observan esfuerzos significativos por adecuar disposiciones propias del derecho privado a los estándares del derecho internacional de los Derechos Humanos.

72 MARTÍNEZ ALCORTA, Julio, "La flexibilización de los procesos en materia de familia y capacidad, en Cuaderno Jurídico de Familia, N° 11, oct. 2010, El Derecho, Bs. As., p. 23.

Desde las primeras disposiciones, en su título preliminar, se consignó que una de las fuentes de interpretación de la ley son las disposiciones que surgen de los tratados de Derechos Humanos (Art. 2)

Esto se verifica en la aplicación del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes en reemplazo del binomio rígido capacidad / incapacidad basado exclusivamente en el dato objetivo de la edad.

Se parte de establecer en el Art. 23 una presunción general de capacidad para pasar a regular en el Art. 24 las excepciones a esta regla, incapacidades de ejercicio, entre las que se menciona a la persona que no cuenta con edad y grado de madurez suficiente, quien ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (Art. 26). Esta representación no es excluyente de la voluntad del representado, no es una relación de poder sino que se ejerce en beneficio e interés del representado. A medida que aumenta la autonomía, disminuye la representación de los progenitores (art. 639 inc. b y c).

En el Art. 26 se establece el principio de autonomía progresiva, el derecho a la actuación en juicio con asistencia letrada y el derecho del niño a ser oído en todo proceso judicial que le concierne y a participar en las decisiones sobre su persona.

En carácter de excepción a la regla general de representación, se establece que la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí actos permitidos por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo prestar su consentimiento para determinados actos médicos (art. 26); celebrar contratos de escasa cuantía (art. 684); prestar el consentimiento para la adopción a partir de los 10 años (art. 595); solicitar agregar el apellido del otro progenitor (art. 64) y en el caso de los adolescentes, reconocer hijos (art. 680); ejercer la responsabilidad parental sobre sus hijos menores de edad (art. 644), entre otros.

La actuación en juicio con asistencia letrada quedó restringida a situaciones de conflicto con sus representantes legales, por ejemplo reclamar alimentos (art. 661) o actuar en juicio con anuencia de sus representantes o de manera autónoma (art. 677) o participar en el juicio de adopción con carácter de parte procesal (art. 617). Es de destacar que las Leyes de Protección Integral N° 26.061 y N° 12.967 no efectúan esta restricción, asignando un carácter amplio a la participación de niñas, niños y adolescentes con asistencia letrada en los procesos judiciales o administrativos que los tenga como parte o en los que se discuta cualquier tema que los afecte.

Asimismo las leyes de Protección Integral N° 26.061 y N° 12.967 y el Código Civil y Comercial -en sintonía con la Convención- han garantizado al niño su derecho a designar y ser asistido por un abogado especializado, lo cual supone un verdadero ejercicio de su autonomía.

Por otra parte, otro aspecto del principio de participación tiene que ver con la designación del abogado por el propio niño, lo cual abrió no pocos interrogantes que giraron en torno a la incapacidad de obrar absoluta o relativa del niño (conforme a los arts. 54 y sgtes. del derogado Código Civil) y al principio de capacidad y autonomía progresiva sostenido por la CDN y por el Nuevo Código Civil y Comercial. Se plantearon diversas corrientes de las que surgen por lo menos tres posturas.

La primera de ellas entiende la figura del abogado del niño como garantía del debido proceso y por ende, exigible siempre, cualquiera fuera la edad del niño involucrado.

En segundo término, una corriente intermedia, que se encuentra en consonancia con el principio de autonomía progresiva, entiende que la intervención del abogado no es obligatoria, no estableciéndose una edad determinada en forma arbitraria. El juez tendría una obligación judicial de informar sobre el derecho del niño a la designación de un abogado. Si no hay grado de madurez suficiente, el juez puede designar un tutor ad-litem.

La tercera tesis sostiene que la intervención del abogado del niño dependerá -tanto en los procesos judiciales como administrativos- de que el niño haya cumplido trece años (antes de la sanción del Código Civil y Comercial la edad era 14 años) dado que hasta entonces el niño no tiene capacidad para contratar y por ende discernimiento para actos lícitos, por lo tanto, el abogado deberá ser funcionario público.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los primeros fallos en los que comenzó a debatirse sobre la capacidad del niño para la designación de un abogado que lo represente (GMS c/ JVL del 26/10/10; P.,G.M. c. P.,C.L. del 27/11/12, M.,G. c. P.,C.A. del 26/06/12).

No debe confundirse la capacidad del niño para la designación del abogado con la capacidad para actuar con carácter de parte procesal y ejercer en el proceso todos los derechos que dicha participación implica.

El acceso a la defensa técnica corresponde siempre, independientemente de la edad del niño, superándose la dicotomía "capacidad – incapacidad" del Código Civil derogado. Encontrándose actualmente –por el contrario– directamente vinculado al grado de discernimiento del niño, a su madurez y su estado psicológico para expresarse, comprender, evaluar y adoptar decisiones.

El sentido de la defensa técnica reside en que de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído "si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz" (Morello de Ramírez, María Silvia y Morello, Augusto M., El abogado del niño, ED,164-1180).

Independientemente de la edad que tenga el niño, el Código Civil y Comercial al regular la actuación en juicio establece que en situaciones de conflicto con sus representantes legales el hijo menor de edad puede intervenir judicialmente con asistencia letrada si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, la cual se presume en los adolescentes mayores a 13 años (arts. 26, 677, 679). Podría por ejemplo iniciar una acción reclamando a sus padres el cumplimiento de la obligación alimentaria (art. 661 inc. b).

Ahora bien, en este supuesto y considerando la capacidad del niño para designar al abogado que ejerza su defensa técnica deben distinguirse dos situaciones: a) si es mayor de 13 años podrá designar a su abogado ya que cuenta con discernimiento para actos lícitos y capacidad para realizar determinados actos permitidos y b) si es menor de 13 años, el juez deberá designar a un abogado especializado que actuará con patrocinio letrado o bien lo designará bajo la figura de un tutor especial (art. 109 a).

El Código Civil y Comercial presume la autonomía de los adolescentes (13 años) para la actuación en juicio, la que podrá realizarse de dos maneras, conjuntamente con sus progenitores o de forma autónoma con asistencia letrada (art. 677). A modo de ejemplo el adolescente podría sin intervención de sus representantes legales y con asistencia letrada, iniciar una acción autónoma para conocer los orígenes en la adopción (art. 596); acceder a la identidad del donante en las TRHA por razones fundadas (art. 544 inc. b); solicitar la dispensa judicial para casarse (art. 404); iniciar las acciones referidas al nombre y apellido, como agregar el apellido del otro progenitor (art. 64), cuando carezca de apellido inscribir el apellido que está usando (art. 66), o para el cambio de apellido por justos motivos (art. 69). El adolescente no requiere autorización de sus padres para actuar en juicio en ejercicio de su derecho de defensa en el ámbito penal (art. 680) lo cual se extiende analógicamente a su actuación como querellante en una causa penal.

Constituye una obligación primordial del Estado designar a los niños un abogado que defienda sus intereses particulares, fundamentalmente en los procesos de adopción de medidas excepcionales en los que se ordena la separación del niño de su centro de vida y se decide su alojamiento en ámbitos alternativos o institucionales, en los procesos de declaración de situación de adoptabilidad, guarda pre-adoptiva y adopción, en los procesos de cuidado personal, alimentos y comunicación, en los procesos penales que lo tienen como víctima, haciendo efectivo el acceso a una defensa técnica en respeto del debido proceso legal.

DERECHO A SER OÍDO Y EJERCICIO DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS: SALUD, CUIDADO Y DISPOSICIÓN DE SU PROPIO CUERPO

La concepción del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho pleno lo coloca en posición protagónica cuando están en juego sus derechos personalísimos como el derecho a la salud y a la disposición de su propio cuerpo.

Resulta fundamental el estricto cumplimiento del derecho a ser oído y el respeto por la opinión del niño, niña o adolescente en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos y en los tratamientos

médicos cuando se encuentra en juego el derecho personalísimo a la salud y el cuidado y disposición de su propio cuerpo.

El principio de la autonomía progresiva ha venido a limitar el ejercicio de la responsabilidad parental de los padres en la toma de decisiones en representación de sus hijos menores de edad para dar paso a un sistema que se aparta del binomio capacidad-incapacidad estableciendo capacidades graduales conforme al cual el niño, niña o adolescente se encontraría en condiciones de prestar el consentimiento informado para la realización de tratamientos médicos, incluso en contra de la voluntad de sus representantes legales.

Un claro ejemplo en el que colisiona la voluntad de los representantes legales con la manifestación de voluntad del niño, niña o adolescente, son las situaciones en donde los padres profesan la religión Testigos de Jehová por la que se oponen a que sus hijos reciban transfusiones sanguíneas, las que han sido resueltas por la jurisprudencia señalando que hay que tener en cuenta si es el niño el que profesa la religión o los padres, ya que la salud constituye un derecho personalísimo del niño.

En este sentido, en un conflictivo fallo se ha expresado "si bien los padres ejercen la responsabilidad parental para la protección y formación integral de los hijos, este derecho entra en conflicto con el derecho constitucional de atención y protección a la salud y dignidad personal de la joven y requiere de la tutela jurisdiccional justa y oportuna, motivo por el cual se ha resuelto recurrir a una decisión por subrogación, con sustento en serios y fundados criterios médicos, jurídico-constitucionales-bioéticos, haciéndose lugar a la acción de amparo en razón de haberse exteriorizado la expresa conformidad de la paciente con la intervención quirúrgica proyectada por lo que se autoriza la realización de la transfusión sanguínea en caso de resultar la misma estrictamente necesaria"⁷³.

El ejercicio de la autonomía progresiva posibilita al niño, niña o adolescente ser protagonista de sus propias decisiones. En palabras de Kemelmajer de Carlucci, la dignidad humana se relaciona con la autonomía de la voluntad casi de modo inseparable. La autonomía de la voluntad permite decidir el proyecto autorreferencial, y la dignidad humana supone respeto a lo que la persona quiere y decide, como proyecto de vida o como acto⁷⁴.

En esta línea argumental, el Código Civil y Comercial establece un sistema para la determinación de la capacidad que combina un criterio fijo y objetivo –la edad-, con un criterio flexible y subjetivo, basado en la consideración del grado de madurez suficiente para adoptar decisiones de acuerdo a la menor o mayor complejidad del acto médico.

Conforme al art. 26 del CCC, entre 13 y 16 años el adolescente podrá decidir por sí mismo la realización de tratamientos no invasivos que no comprometan su salud, sin riesgo para la vida o integridad física. El concepto de invasividad encierra gravedad más riesgo de vida o salud conforme a evidencia científica. Por ejemplo serían actos no invasivos: vacunación, extracción de sangre, radiografías ecografías, sutura, yeso, etc.

Para tratamientos invasivos que comprometan su salud, con riesgo para la vida o integridad física se requerirá el consentimiento del adolescente y la asistencia (asentimiento) -no la representación- de los progenitores, siendo suficiente el asentimiento de uno de ellos cuando haya doble filiación. En caso de conflicto, prima el interés superior y la opinión médica sobre las consecuencias del acto. Por Ejemplo: una operación quirúrgica, una cirugía estética reparadora, recibir un órgano, la interrupción legal del embarazo, etc.

A partir de los 16 años se considera que el adolescente tiene capacidad como si fuera un adulto para decidir sobre actos médicos sobre el cuidado de su propio cuerpo, por ejemplo una cirugía estética reparadora. Para los actos que exceden el cuidado del propio cuerpo por ejemplo una cirugía estética no reparadora o la realización de un tatuaje requerirá la edad de 18 años.

73 Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 1 de Transición de Mar del Plata, H.I.G.A., 09/09/05.

74 KEMELMAGER DE CARLUCCI, Aída, "Dignidad y Autonomía progresiva de los niños", *Derechos del Paciente*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2010-3, Rubinzal – Culzoni Editores).

Para los actos de disposición del propio cuerpo el art. 56 del CCC nos remite a las leyes especiales. La ley de transplante de órganos requiere para la donación de órganos que el dador del órgano tenga la edad de 18 años excepto cuando se trate de médula ósea, supuesto en el que niños, niñas o adolescentes pueden ser donantes siempre que cuenten con autorización paterna y el receptor sea un pariente.

En la ley de donación de sangre se requiere la edad de 16 años con más autorización paterna y en la ley de reproducción médicamente asistida para la donación de material genético se requiere la edad de 18 años.

PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN DEL NIÑO COMO VÍCTIMA EN PROCESOS PENALES

A la luz de la CDN y las leyes de protección integral, la participación del niño, niña o adolescente en los procesos penales cuando ha sido víctima de violencia familiar o abuso sexual infantil no puede cuestionarse, tanto si ha actuado como denunciante, como testigo e incluso como querellante. Sin embargo la palabra del niño muchas veces es puesta en tela de juicio, se dice que el niño fantasea, que ha sido influenciado, que miente, evaluándose su competencia y cuestionándose su credibilidad.

Es así como los integrantes de los servicios sociales u operadores del sistema judicial, en cuanto intérpretes de la palabra del niño, muchas veces se debaten entre dos fuegos, el abuso sexual infantil (ASI) y el síndrome de alienación parental (SAP). "A diario, todos los adultos que profesional u ocasionalmente acogen la palabra de los niños oscilan entre la infravaloración y la supervaloración."⁷⁵

Hay muchas formas de infravalorar una situación de maltrato: cuando se acusa a los niños de mentir, o no se relacionan sus síntomas o su comportamiento con un posible maltrato⁷⁶.

Virginia Berlinerblau sostiene que la credibilidad se refiere a la veracidad y precisión del niño, indicando seguidamente algunos de los factores que influyen favorablemente la credibilidad en el niño, como ser: conocimiento sexual inapropiado para la edad, relato espontáneo, descripción detallada, relato consistente y mantenido en el tiempo, entre otros⁷⁷.

En el mismo sentido, en casos en los que se ha cuestionado la credibilidad del relato del niño, la jurisprudencia ha valorado su palabra, poniéndola en relación junto a otros elementos de la causa, como los dibujos realizados, los informes de psicólogos, las declaraciones de testigos, las constataciones físicas que le dan verosimilitud al relato del niño y que mediante la valoración del conjunto de pruebas permiten tener por acreditado el abuso sexual.

El abuso sexual infantil es un delito que se comete en privado, en un ámbito de confianza del niño, generalmente familiar, y en secreto, por lo que las dificultades probatorias se incrementan, siendo excepcional la presencia de signos físicos y de testigos, donde el relato del niño como prueba en el proceso cobra una importancia trascendental.

El relato de los niños sobre el abuso muchas veces a la luz de otras disciplinas, no deja lugar a dudas, sin embargo para el proceso penal no es considerado suficiente y permanentemente se buscan otras pruebas físicas consideradas más contundentes como ser informes o pericias médicas que acrediten objetivamente el hecho del abuso, cuando es sabido que estos signos físicos aparecen en menos del 50% de los chicos abusados. Otras veces se busca algún rasgo psicopatológico que fundamente las conductas perversas mantenidas por el abusador, cuando en la mayoría de los casos el relato del niño es el único indicador específico del abuso. En estas situaciones suelen confrontarse estas pruebas con el relato quedando el niño sospechado lo cual genera una nueva victimización⁷⁸.

75 ELIACHEFF, Caroline y SOULEZ LARIVIERE, Daniel, "El tiempo de las víctimas", Akal Pensamiento crítico, Madrid, 2009, pág. 99.

76 ELIACHEFF, Caroline y SOULEZ LARIVIERE, Daniel, ob cit., pág. 100.

77 BERLINERBLAU, Virginia, "Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil", en *Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas*.

78 INTEBI, Irene, "Proteger, reparar, penalizar: evaluación de las sospechas de abuso sexual infantil", Granica, 2011.

Es común que los niños sean sometidos a sucesivas evaluaciones, aún cuando obran pruebas suficientes del hecho que se investiga, priorizándose los derechos del victimario en lugar de los derechos del niño⁷⁹.

La re-victimización supone exponer al niño a relatos repetidos ante distintos adultos, profesionales o no, quienes muchas veces no poseen la formación necesaria para entrevistar al niño, o no se hace un correcto registro de sus dichos o estos no son luego valorados en la etapa judicial.

Resulta fundamental contar con una adecuada preparación previa del niño que va a declarar, que esa declaración sea tomada por psicólogos especializados, utilizando los medios técnicos y en un ámbito adecuado como la Cámara Gesell, evitando la repetición de la declaración.

A su vez es de gran importancia que sean especialmente valoradas las manifestaciones del niño en sede extrajudicial como ser en la policía, la escuela, el consultorio, por ser estas declaraciones más cercanas en el tiempo y por lo tanto más espontáneas que las producidas en el ámbito del proceso judicial.

El tiempo de espera entre el momento en el que el niño logra contar lo que le sucedió y el que transcurre hasta que presta declaración en el proceso, sumado al del dictado de la sentencia, produce en el niño angustia y desazón, lo que vive como una injusticia, muy lejos de la celeridad procesal que deberían tener estos procesos en los que las víctimas son niños.

A pesar del incremento constante de denuncias y de la consideración del niño como sujeto de derechos a luz del paradigma de protección integral, la palabra del niño aún continúa siendo cuestionada e infravalorada como prueba de delitos penales de los que el niño ha sido víctima.

SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL –MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El dictado de la Ley Nacional N° 26.061 y de la Ley de la Provincia de Santa Fe N° 12.967 -ambas enmarcadas en la Doctrina de la Protección Integral de Derechos- han fijado la necesidad de la conformación del Sistema de Protección Integral de Derechos en la Provincia de Santa Fe, objetivo que a pesar de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño y de su jerarquía constitucional, aún no se había alcanzado.

El cambio paradigmático de la Doctrina de la Situación Irregular a la de la Protección Integral no se produjo inmediatamente con el dictado de la nueva legislación. Desafortunadamente las leyes no tienen la virtualidad de producir cambios inmediatos en la realidad, aunque sí constituyen una herramienta indispensable para ello.

Aún continúa viva en la sociedad toda la cultura del derecho moderno, la cual convive en lo formal con el nuevo paradigma de la protección integral, obstaculizando la efectiva realización de los derechos.

En los hechos el grueso de los operadores continuó indiferente a los cambios que la Convención proponía. Algunos grupos involucrados con el abordaje de las problemáticas de la niñez incorporaron el dúctil discurso de la Convención misturándolo con nociones, principios y normas vigentes hasta ese momento, haciendo más difusa su propuesta y solo algunos actores sociales se comprometieron con la puesta en práctica del nuevo paradigma.

Para la conformación y puesta en funcionamiento del Sistema de Protección Integral de Derechos no fue necesario barajar y dar de nuevo, desterrando absolutamente todos los organismos, dispositivos y servicios que hasta el dictado de la nueva legislación venían abordando la problemática de la niñez en la Provincia. No todos los organismos existentes, así como los dispositivos y programas, ni los abordajes y las intervenciones caminaban por la senda de la situación irregular.

El objetivo consistió en que la adecuación no se limite solo al aspecto normativo sino que el cambio normativo operado se vea reflejado en la praxis de las intervenciones de todos y cada uno de los actores que forman parte del Sistema.

79 ROSANSKI, Carlos Alberto, "Abuso sexual infantil: denunciar o silenciar", 2003.

Esto requirió el diseño, la coordinación e implementación de una política pública de niñez destinada a la promoción, protección y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a través de una concertación articulada de acciones de la Provincia, los Municipios y Comunas y las Organizaciones de la Sociedad Civil.

Implicó transitar un proceso de adecuación en el que convivan viejas y nuevas prácticas, marcando claramente las líneas rectoras a seguir en todas y cada una de las intervenciones.

Por lo demás, la tarea de la conformación del Sistema requirió la identificación de los nuevos actores con la consiguiente asunción de nuevas responsabilidades así como también la redefinición de las competencias de los anteriores. Desterrar las antiguas prácticas a la vez que implementar una nueva manera de pensar y de actuar.

Significó también la elaboración y puesta en práctica de programas y dispositivos orientados a garantizar el abordaje de la complejidad que presentan las situaciones con una lógica territorial; la construcción de un discurso sobre la niñez que interpele las prácticas institucionales hasta el momento establecidas; la instalación de la temática de la niñez en la agenda pública; la corresponsabilidad con cada una de las áreas del Estado provincial; la definición del abordaje de las situaciones en un primer y segundo nivel de intervención y la articulación con los miembros del Poder Judicial.

En definitiva, la creación de una nueva institucionalidad que se construyano solo con la adecuación de la normativa sino fundamentalmente con el fortalecimiento y creación de órganos protectivos, con la jerarquización y revalorización de las áreas sociales y con la descentralización y creación de áreas locales de protección.

El proceso de avance en la construcción del Sistema no fue uniforme en todo el territorio provincial sino que por el contrario la disímil realidad hizo que se pusieran en práctica distintas estrategias en cada región.

Por otra parte, actualmente no puede decirse que el proceso de construcción e implementación del Sistema se encuentre concluido ni mucho menos, por el contrario, aún resta mucho por hacer y de lo hecho, mucho por modificar y mejorar. Fundamentalmente se requiere el fortalecimiento de los órganos de protección tanto en los niveles locales como en el segundo nivel de intervención, dotando a los mismos de recursos tanto humanos como materiales, de capacitación y especialización, mejorando y optimizando el cumplimiento de sus funciones para cumplir adecuadamente y en tiempos razonables con los postulados convencionales constitucionales de protección integral e interés superior del niño.

El art. 29 de la Ley Provincial N° 12.967 establece que el Sistema de Protección Integral de Derechos se encuentra conformado por los organismos públicos y las Organizaciones No Gubernamentales de niñez y adolescencia.

Los organismos públicos son todos aquellos pertenecientes tanto al Estado Provincial como Municipal y Comunal, ya sea a través de la intervención de las áreas específicas de niñez como a través de educación, justicia, seguridad, salud, etc. Cuando se habla del Sistema Provincial se refiere al Estado en su conjunto y no sólo de las áreas y organismos específicos de protección de la niñez.

La protección integral implica la protección de la persona del niño integralmente considerado e integrado en su ámbito familiar.

Esto requiere la puesta en funcionamiento del Sistema marcando claramente quiénes lo componen y cómo se organizan y articulan las intervenciones, así como también, cómo se asumen y comparten las responsabilidades.

La Ley N° 12.967 identifica a los miembros del Sistema, organiza niveles local, regional y provincial teniendo en cuenta el ámbito de actuación territorial.

En la Provincia de Santa Fe, el órgano de aplicación de la Ley N° 12.967 es la Subsecretaría de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia con sede en la ciudad de Santa Fe. También forman parte del

Sistema los Municipios y Comunas los que intervienen a través de los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos conforme a lo establecido en el art. 30; el Consejo Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes y la Defensoría Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, concebida esta última como órgano de contralor del funcionamiento del Sistema.

La participación del Estado en su conjunto se encuentra comprometida a través de la puesta en marcha de políticas básicas universales y -ante situaciones concretas de amenaza o vulneración de derechos- a través de la adopción y aplicación de medidas de protección integral y de medidas de protección excepcional.

A su vez, el funcionamiento del Sistema se organiza en dos niveles de intervención: en el ámbito local el primer nivel y en el ámbito regional y provincial el segundo nivel de intervención.

En el Primer Nivel se encuentran los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos, los establecimientos educativos, los efectores de salud y de seguridad, los Centros de Acción Familiar dependientes del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Santa Fe, los Jardines Municipales en la ciudad de Santa Fe, las Organizaciones No Gubernamentales, así como otras instituciones de la sociedad civil que trabajan la problemática de niñez y demás instituciones que se encuentren en el ámbito territorial de cada Municipio o Comuna de la Provincia.

El primer nivel es el que interviene en primera instancia en razón de la proximidad con la problemática a abordar, ante una situación de falta de cuidados parentales o de indocumentación, la escuela o los equipos socioeducativos ante una situación de desescolarización, el centro de salud ante una situación de abandono de tratamiento médico entre muchas otras. La actuación de todos los organismos que se encuentran en el primer nivel de intervención se prevé en forma articulada, compartiendo responsabilidades entre los distintos organismos que intervengan. Las líneas rectoras de la intervención territorial son la intervención articulada sin derivación, la asunción conjunta de responsabilidades desde la competencia, el acceso a la información así como la respuesta eficaz desde la mínima intervención.

El primer nivel de intervención garantiza políticas básicas universales para la niñez (acceso irrestricto a la educación, acceso irrestricto a la salud, trabajo decente para los adultos, vivienda digna, etc.). Promueve acciones tendientes al fortalecimiento familiar; favorece la permanencia y promoción de las niñas, niños y adolescentes en sus centros de vida y garantiza la incorporación a programas de promoción y protección de derechos. Para ello adopta y aplica medidas de protección integral de derechos.

En el segundo nivel se encuentra la Subsecretaría de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia, las Direcciones Provinciales de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia y las Delegaciones Regionales a quienes compete -en forma exclusiva- la adopción de las medidas de protección excepcionales que implican la separación transitoria del niño de su centro de vida ante una situación grave de vulneración de derechos.

El segundo nivel interviene en articulación con el primer nivel, en segunda instancia y en razón de la complejidad de la situación a abordar garantizando el pleno goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes o la restitución de los mismos ante la vulneración; el acceso a programas, dispositivos y servicios que posibiliten el ejercicio efectivo de los derechos; garantiza la contención de niños, niñas y adolescentes en ámbitos de cuidados familiares alternativos o en última instancia y por el menor tiempo posible, en ámbitos de cuidados institucionales. Para ello adopta medidas de protección integral y de protección excepcional y las aplica en articulación con otros organismos del Sistema hasta su resolución definitiva.

En la Provincia de Santa Fe, conforme a la Ley N° 12.967, a todos los actores del Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos les compete el diseño y puesta en práctica de todas las estrategias de protección previas a la adopción, es decir, todas aquellas que tengan que ver con garantizar la permanencia de las niñas y niños en sus familias de origen a través del dictado y aplicación de medidas de

protección integral, restituyendo a los mismos el goce y ejercicio de los derechos amenazados o vulnerados o la reparación de sus consecuencias (arts. 51, 54, 55, 56, 57 Ley N° 12967).

Cuando la permanencia de las niñas y niños en su ámbito familiar implique una grave vulneración de sus derechos, a través del dictado y aplicación de medidas de protección excepcional, podrán separárselos provisoriamente del medio familiar o de sus centros de vida (arts. 51, 52, 53, 58, 59 y ss. Ley N° 12.967).

Estas medidas materializan la directriz de la CDN respecto de los «cuidados especiales que el niño requiere en su condición de tal» y dispuestos por el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige que para su tutela se requieren medidas especiales de protección. La CIDH señala que «no sólo se debe proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de protección, conforme el art. 19 de la Convención Americana» (oc, 17).

Para la adopción de una medida de protección excepcional se requerirá el agotamiento de las medidas de protección integral, lo cual implica que las mismas han sido insuficientes para la restitución de derechos o bien, que no han sido adecuadas para tal fin en el caso concreto. Se adoptarán ante circunstancias graves que causen un perjuicio inmediato en la integridad psicofísica del niño, niña o adolescente o bien ante situaciones de amenaza o padecimiento de abuso en sentido amplio o maltrato, sea que provengan del medio familiar conviviente y/o centro de vida y/o de quienes tengan un ostensible trato familiar y/o del lugar de alojamiento donde se encuentre/n.

La medida de protección excepcional será de aplicación urgente cuando la separación sea el único medio de resguardar el derecho a la vida y a la integridad psicofísica de la niña, niño o adolescente y no resultare posible o conveniente la exclusión del hogar del agresor conforme a lo establecido en la Ley de Violencia Familiar a través de la aplicación de medidas auto-satisfactivas.

La intervención no será sustitutiva del grupo familiar debiéndose preservar la convivencia entre los hermanos y no puede consistir en privación de libertad, ni tampoco adoptarse ante la falta de recursos económicos, físicos, o de políticas o programas.

Las medidas de protección excepcional en cuanto tales, deben ser sometidas a un control de legalidad efectuado por jueces con competencia en materia de familia. La separación de las niñas y niños de su ámbito familiar debe ser provisoria, por un tiempo limitado y determinado, no superior a 90 días con posibilidad de ser prorrogada por igual término hasta un máximo de 180 días (art. 607 inc. c del Código Civil y Comercial). Es de destacar que estos plazos son "máximos", es decir, que tanto en la medida como en su prórroga podrían fijarse plazos menores a los máximos establecidos legalmente.

El control de legalidad debe versar sobre el debido respeto de las garantías constitucionales y del debido proceso fundamentalmente del proceso administrativo por el que se adoptó la medida. Según la Ley 13.237 que modificó en parte a la Ley 12.967, el control de legalidad implica además del control del cumplimiento de los plazos legales, el control de la razonabilidad de la medida en cuanto a los contenidos sustanciales de la misma y el cumplimiento del principio de proporcionalidad, esto es, si se encuentran agotadas las medidas de protección, la relación proporcional con el caso, la idoneidad de la medida, si esta conlleva más beneficios que perjuicios para el niño, entre otros elementos que el juez deberá evaluar. En este sentido, en un fallo de Mar del Plata del 28/03/11 se rechazó la legalidad de la medida en razón de que se había separado a un niño de 6 años de su madre porque esta se encontraba en situación de calle. En otro fallo de Río Gallegos del 27/01/11 el rechazo de la medida se fundó en que se alojó al niño a 700 Km de distancia de su centro de vida. Del mismo modo en otro fallo de Chubut del 7/7/2006 en el que se había alojado al niño a 180 Km de distancia de su familia. En Santa Fe en un fallo del Tribunal Colegiado de Familia N° 2 del 24/10/17 se decidió el cese de las medidas excepcionales y la revinculación progresiva con la madre contrariamente a lo solicitado por la Dirección Provincial que solicitaba la declaración de la situación de adoptabilidad.

Es de destacar que los fallos que se mencionan son excepcionales ya que no han sido muchas las situaciones en las que el juez haya rechazado la legalidad de la medida excepcional, por el contrario la mayoría de las mismas han sido aceptadas sin modificaciones.

Este período en que las niñas, niños y adolescentes se encuentran separados de sus familias posibilita el trabajo de los profesionales de los equipos interdisciplinarios para coadyuvar a superar las causas que motivaron la separación tendiendo a su revinculación.

Más esta intervención no debe prolongarse indefinidamente. Por el contrario, fracasados dichos intentos y agotada toda posibilidad de revinculación, corresponde resolver definitivamente la medida de protección excepcional dentro del plazo máximo de 180 días.

Los plazos constituyen un elemento importante de los procesos formales que muchas veces poco tienen que ver con los plazos y los tiempos reales en la vida de las niñas, niños y adolescentes. En este sentido cobran un valor trascendental los tiempos del niño; los tiempos de la evaluación de los equipos en la consideración del agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; los tiempos del proceso administrativo y judicial; el tiempo de institucionalización o alojamiento con familias alternativas; los tiempos de la toma de las decisiones; los tiempos de la familia de origen y -en su caso también- los tiempos de los pretensos adoptantes.

Sabido es que el proceso judicial demanda el cumplimiento de pasos procesales con notificaciones y etapas recursorias que implicarán "tiempo" y sabido es también que este tiempo de proceso se traducirá en los niños en largos tiempos de espera.

El tiempo de los niños no es el mismo que el de los adultos. Los largos períodos de institucionalización producen en los niños un alto impacto en la construcción de su subjetividad y un daño muchas veces irreparable.

UNICEF ha llevado adelante distintos esfuerzos a escala global, regional y nacional para dimensionar el tema, aportar en la búsqueda de soluciones y sensibilizar a los Estados y la sociedad sobre los impactos de las instituciones en la vida de los niños y niñas. El ejemplo más reciente es el Llamamiento a los Estados a poner fin a la internación de los niños menores de 3 años, realizado por UNICEF y sus aliados y apoyado por varios gobiernos de la región.

La excepcionalidad de la institucionalización se fundamenta en la existencia de un importante consenso científico sobre el impacto negativo de la institucionalización en el desarrollo de los niños, así como sobre los riesgos que tienen los niños institucionalizados de sufrir distintos tipos de violencia.

Con relación al primero de los aspectos referidos, la Organización Mundial de la Salud ha sido muy clara al afirmar que las instituciones de cuidado residencial tienen un impacto negativo en la salud y el desarrollo de los niños y que deben ser sustituidas por otras modalidades de cuidado de alta calidad. En especial, esto responde a que en muchos casos la falta de atención personalizada en esas instituciones apareja una ausencia de vínculo emocional entre los niños y las personas a su cargo, además de una carencia de estímulo e interacción, aspectos que provocan retrasos en el desarrollo.

Una institucionalización precoz y prolongada tiene efectos perjudiciales sobre la salud y el desarrollo físico y cognitivo del niño, que pueden llegar a ser irreversibles⁸⁰. Es por ello que, siendo respetuosos de la legalidad, entendemos que las respuestas desde el campo legal y judicial deben ser acordes y respetuosas de las necesidades de los niños y de su superior interés.

Todo individuo tiene derecho a no estar sujeto a un proceso judicial en forma prolongada, debiendo prevalecer la garantía constitucional del debido proceso legal (art. 18 C.N.) a través de la tramitación de un proceso en tiempos razonables.

80 Chaves Cavalcante, Lília Iêda, et al., "Institucionalização e reinserção familiar de crianças e adolescentes", *Mal-estar e Subjetividade*, vol. X, n.o 4, Universidade de Fortaleza, diciembre de 2010, pp. 1147-1172; Chaves Cavalcante, Lília Iêda, et al., "Institucionalização precoce e prolongada de crianças: discutindo aspectos decisivos para o desenvolvimento", *Aletheia*, n.o 25, Universidade Luterana do Brasil, junio de 2007, p. 21.

Cuando de niños se trata, la celeridad en la resolución definitiva de su situación fáctica y legal constituye además un imperativo ético. El niño no puede esperar los tiempos del proceso que concluyen con el dictado de una sentencia para ver satisfecho su derecho a vivir en familia.

“La jerarquía de los derechos vulnerados (...) y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible -entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces.” “Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los de los mayores, y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta.”⁸¹

El tiempo constituye un regulador de identidades ya que muchas veces opera como forjador de lazos afectivos familiares que –teniendo en miras el interés superior del niño- tornan desaconsejable la separación del niño del ámbito transitorio de cuidado. El plazo debe ser razonable y es allí en donde el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva (Art. 8 Convención Americana de Derechos Humanos) posibilita una tutela procesal diferenciada con la adopción de medidas urgentes anticipatorias para cuya procedencia debe atenderse a la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales, la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, entre otras.

En esta tesitura “especialmente la doctrina judicial se va inclinando, cada vez más, por comprender que todo ha cambiado y que consecuentemente también debe mutar el proceso civil. Y algo más: ha tomado conciencia de la ola creciente de exigencia de los justiciables en punto a que el Servicio de Justicia sea eficiente para así surtir adecuadamente las necesidades de aquellos. Casi se podría decir que mientras ayer se vivía una jurisprudencia de conceptos hoy pugna por hacerse fuerte una jurisprudencia “de necesidades”⁸²

Es allí en donde se instrumenta la garantía de la tutela judicial efectiva en tiempo útil. (Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Art. 75 inc. 22 C.N.).

“La tutela o sentencia anticipada es una de las vías más aptas para hacer realidad un proceso urgente, que venga a servir especiales necesidades de los justiciables que a veces no pueden ni deben soportar los “tiempos normales del proceso”⁸³

El instituto de la tutela anticipada o cautelar material se presenta como una posibilidad efectiva y concreta de una real satisfacción del derecho de los niños a vivir en un ámbito familiar, en especial cuando su situación ya ha sido resuelta en la etapa administrativa con adecuado control de legalidad en sede judicial.

La resolución definitiva de la medida excepcional, al igual que aquella por la que se adopta la medida, se efectúa por acto administrativo fundado, que debe ser debidamente notificado a los progenitores de las niñas, niños y adolescentes y es pasible de recurso de revocatoria en sede administrativa y debe ser también sometida a control de legalidad por ante los Jueces con competencia en materia de Familia (art. 66 bis Ley N° 12967 reformada por Ley N° 13.237).

En dicha disposición, además de resolverse definitivamente la medida de protección excepcional, se sugiere al Juzgado con competencia en materia de familia que intervino en el control de legalidad, la

81 Del voto de la Dra. Kogan en Ac. 56.535, sent. del 26/10/1999; Ac. 71.303, sent. del 12/4/2000; Ac. 78.726, sent. Del 19/2/2002, cit. por Schneider, Mariel “El tiempo como factor de respeto al interés superior del niño”, en Revista de Derecho de Familia, 2011, V, pág. 101.

82 Peyrano, Jorge, “Tendencias y Proyecciones de la Doctrina de la Tutela Anticipada”. El resaltado nos pertenece.

83 Idem.

declaración de la situación de adoptabilidad (art. 66 bis Ley N° 12967 reformada por Ley N° 13.237 y art. 607 inc. c) CCC) o la privación de la responsabilidad parental, guarda, tutela u otras figuras que brinden un marco legal adecuado al vínculo entre el niño y el adulto responsable de su cuidado. También la resolución definitiva podría implicar el cese y la revinculación del niño, niña o adolescente con su familia de origen.

El dictado de la resolución definitiva de la medida excepcional no implica el cese de la intervención del órgano administrativo. Por el contrario, la situación será abordada por un equipo que construirá estrategias de trabajo en pos de la vinculación a una familia alternativa y definitiva, triangulando su intervención con el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y el Juzgado de Familia interviniente (art. 66 bis Ley 12967 reformada por Ley N° 13.237).

La mutación del modelo de intervención tendiente a la restitución de derechos vulnerados y a que el niño permanezca en su centro de vida ha dejado a la adopción como una última alternativa conforme a la normativa convencional constitucional.

La institución de la Adopción tiene una íntima vinculación con el Sistema de Protección Integral ya que es a partir del fracaso de las medidas excepcionales (art. 607 inc. c) CCC) que se produce -en mayor medida- el ingreso de las situaciones al sistema de adopción. Más escasas son las situaciones de niños sin filiación establecida o padres fallecidos (niños huérfanos) (art. 607 inc. a) CCC) o por decisión de los padres en uso de la autonomía de la voluntad (art. 607 inc. b) CCC). El Sistema de Protección Integral constituye mayormente la puerta de entrada a la Adopción.

DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD

En el plano normativo, Argentina ha recorrido un largo camino desde la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a su derecho interno, el dictado de leyes nacionales y provinciales que organizaron y pusieron en funcionamiento el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la creación de Registros Únicos de Aspirantes a Guarda con fines pre-adoptivos, hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial que terminó de aggiornar la normativa civil a los postulados convencionales constitucionales.

Es sabido que una de las soluciones más nobles al problema de las niñas y niños sin cuidados parentales es a través del instituto de la adopción y por ello debe tener un sistema organizado y controlado por el Estado, donde los aspirantes a la adopción tengan mayor transparencia y una mayor cantidad de posibilidades y las niñas y niños tengan a su vez, mayor cantidad de personas que quieran adoptarlos.

La adopción es una institución legal y no una política social, que debe ser utilizada cuando la permanencia de la niña o niño en su familia de origen implique un grave riesgo y vulneración de sus derechos. A fin de responder a la carencia de rol familiar, la adopción se convierte en una alternativa posible dentro del marco legal vigente.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 17 sobre la «Condición Jurídica del Niño (agosto 2002) ha sido clara al señalar que los niños no deben ser considerados «objetos de protección segregativa «sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se le otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...», en consecuencia gozan de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales como los adultos más los derechos a la recreación y a la protección prioritaria por su condición de personas que están creciendo.

En la Provincia de Santa Fe, en el Poder Ejecutivo, en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social, la Subsecretaría de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia, es el órgano administrativo de protección con competencia para el dictado de medidas excepcionales y su resolución definitiva y por otro lado, en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Registro Único de Aspirantes a Guarda

con Fines de Adopción (RUAGA) es el organismo al que compete la registración y evaluación de los pretensos adoptantes. En el Poder Judicial, a los juzgados con competencia en materia de familia que controlaron la legalidad de la medida de protección excepcional y su resolución definitiva, les compete luego la declaración de la situación de adoptabilidad y el otorgamiento posterior de la guarda con fines adoptivos a los pretensos adoptantes previamente seleccionados por el RUAGA y el dictado de la sentencia de adopción.

La adecuada y ordenada intervención de estos organismos permite en aquellos casos en los que no sea posible el retorno de las niñas, niños y adolescentes a su familia de origen, que pueda resolverse en forma definitiva su situación legal emplazándolos en una familia alternativa generalmente a través de la adopción o de la tutela.

La Ley N° 13.237 de 2011 modificó parcialmente la Ley N° 12.967 de Protección Integral regulando el proceso de declaración del estado de adoptabilidad (arts. 66 bis, ter, quater). Allí se establece que el juez interviniente, si ratifica la resolución definitiva de la medida excepcional, debe citar a los padres, tutores, guardadores o responsables para comparecer a estar a derecho, expedirse y ofrecer pruebas en el plazo de 10 días, debiendo resolver sin más ante la falta de contestación. Por el contrario si estos comparecieran y se opusieran procede el nombramiento de tutor especial para la niña, niño o adolescente a quien se correrá traslado por 10 días para contestar tanto sobre la medida propuesta como sobre la oposición formulada con ofrecimiento de pruebas. Si no hubiere oferta probatoria se dictará sentencia en el plazo de 5 días. Si se ofrecen pruebas se fija audiencia de vista de causa, conforme al art. 413 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, dictándose sentencia en un plazo de 5 días. Finalmente se prevé que una vez que fuera declarado el estado de adoptabilidad se procederá conforme a lo previsto por la Ley N° 13.093 que prevé el funcionamiento del RUAGA, a los fines de que este organismo proponga una terna de posibles adoptantes para que el juez pueda conceder la guarda con fines de adopción.

A su vez, el Código Civil y Comercial prevé en el art. 607 la declaración judicial de la situación de adoptabilidad la que se dicta en tres supuestos. En todos se prevé una intervención previa del órgano administrativo competente.

El primero supone que la niña o niño no tienen filiación establecida o sus padres han fallecido y el órgano administrativo no ha hallado familiares de origen en un plazo máximo de 30 días prorrogables por igual término por razón fundada.

El segundo supone que los padres han decidido libre e informadamente entregar a la niña, niño o adolescente en adopción, habiendo el órgano administrativo agotado las posibilidades de que los mismos permanezcan en sus familias de origen o ampliada en el plazo máximo de 90 días.

El tercero coincide con el supuesto que se venía analizando anteriormente -que es el que mayormente se aplica- y consiste en que han fracasado las medidas excepcionales tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan con sus familias de origen o ampliada en un plazo máximo de 180 días.

El juez competente será el que haya intervenido en el proceso de legalidad de la medida de protección excepcional o el del centro de vida del niño.

Los sujetos del procedimiento con carácter de parte son el niño, niña o adolescente con edad y grado de madurez suficiente quien deberá comparecer con asistencia letrada -el Abogado del Niño- y los padres o representantes legales del niño, niña o adolescente en ejercicio de su derecho de defensa y en respeto de la garantía del debido proceso.

Posteriormente los padres ya no participarán en el otorgamiento de la guarda con fines pre-adoptivos, dado que no es un proceso autónomo sino que sólo está dirigido a la elección del guardador conforme a pautas no taxativas como la idoneidad, aptitudes, edad, motivaciones, expectativas, respeto por el derecho a la identidad y origen del niño entre otras, así como tampoco participarán los padres del

proceso de adopción propiamente dicho.

El órgano administrativo participa de todo el procedimiento y si bien no tiene específicamente el carácter de parte procesal, es quien insta e impulsa el procedimiento y dada su intervención previa en el dictado de las medidas excepcionales acompaña los legajos y toda la documentación de su intervención. El Ministerio Público tiene una participación complementaria conforme a lo regulado en el art. 103 del CCC. El juez también puede escuchar a otros parientes o referentes afectivos del niño, niña o adolescente.

Se prevé una entrevista personal obligatoria del juez con los padres y separadamente con el niño, niña o adolescente. Se entiende que con dicha entrevista y la posibilidad de recurrir la decisión judicial que se adopte, se zanja adecuadamente el derecho de defensa de los padres, evitando dilaciones innecesarias y posibilitando una adecuada resolución de la situación de la niña, niño o adolescente. La notificación ficta a los padres procede con algunas limitaciones.

Dicha entrevista con el niño tiene carácter obligatorio dado que posibilita el ejercicio del derecho del niño a ser oído cualquiera sea su edad lo cual forma parte de su defensa formal y además, si el niño tiene edad y grado de madurez suficiente, tendrá derecho a una defensa técnica, asistencia letrada a través de la figura del Abogado del Niño.

El juez debe ordenar en la sentencia la remisión de los legajos del registro de adoptantes y del órgano administrativo para proceder al dictado de la guarda con fines de adopción. La sentencia de declaración de la situación de adoptabilidad equivale a la de privación de la responsabilidad parental y es apelable sin efecto suspensivo.

El art. 607 última parte establece que "la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste."

Este mandato legal en consonancia con la normativa internacional constitucional coloca a la adopción como última alternativa priorizando los vínculos familiares o afectivos.

La noción de referente afectivo se encuentra en el art. 7 del decreto 415/06 por el que se reglamenta la Ley 26.061 al establecer que "Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección."

La jurisprudencia se ha pronunciado en relación a la figura del referente afectivo cuando este se opone a la declaración de la situación de adoptabilidad, ensayando distintas soluciones.

En algunos fallos se optó por resolver la privación de la responsabilidad parental otorgando la tutela y en otros la guarda pre-adoptiva a quien fuera el referente afectivo del niño. En este sentido en un emblemático caso resuelto por el Juzgado de 1° instancia de Villa Cura Brochero en fecha 27/03/17 se ratificó la medida de protección excepcional y se rechazó la solicitud de declaración de la situación de adoptabilidad haciendo lugar a la oposición formulada por el referente afectivo (docente de computación del niño), se declaró la privación de responsabilidad parental y se emplazó al referente afectivo a iniciar el trámite de guarda pre-adoptiva. Por su parte, el Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de Villaguay, en un fallo del 14/09/16, hizo lugar al pedido de oposición a la situación de adoptabilidad del referente afectivo, ordenó la privación de la responsabilidad parental y otorgó la tutela.

A su vez, el art. 607 última parte del CCC debe ser interpretado en función de la prohibición establecida en el art. 611 respecto de la entrega directa o guarda de hecho, prohibición que sólo exceptúa a parientes -recordamos que en el anteproyecto también se exceptuaban a terceros- y cuyo incumplimiento podría traer serias consecuencias como la separación del niño de quien detente una guarda de hecho.

La rigidez de esta severa prohibición se explica en función de la intención del legislador de desterrar aquellas prácticas instaladas bajo el marco legal del Código derogado y que muchas veces daban lugar a la entrega de hecho de un niño con un pseudo consentimiento de su madre -quien la mayoría de las

veces se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad- para luego iniciar un procedimiento de guarda pre-adoptiva que terminaba otorgando legalidad a dicha entrega.

Este proceder coexistía paralelamente con el funcionamiento de los Registros de Adoptantes que -como es de suponer- intervenía en pocas situaciones dado que del otro modo se lograba una adopción con mayor rapidez para los adoptantes, eludiendo cualquier posible evaluación por ningún organismo especializado. De esta manera, bastaba con la entrega directa del niño con más el consentimiento de la madre otorgado en sede judicial en el marco del proceso de guarda pre-adoptiva en el que si bien, los adoptantes debían acreditar solvencia económica y moral para detentar la guarda, la evaluación de su idoneidad era posterior, cuando el niño ya se encontraba bajo su cuidado, lo cual podía ser de larga data, dependiendo de cuando los pretensos guardadores decidieran iniciar la guarda pre-adoptiva.

Esta práctica que ahora el nuevo Código prohíbe se justificaba en el derecho de la madre a elegir a los adoptantes de su hijo, cosa que rara vez sucedía porque excepcionalmente había una relación previa entre la madre y los pretensos adoptantes. Por el contrario, eran intermediarios con un accionar legalmente dudoso quienes conectaban a ambos miembros de la relación.

Conforme a lo regulado en los arts. 600 y 634 inc. h) del CCC la actuación de los Registros de Pretensos Adoptantes constituye un requisito esencial y su falta de intervención es sancionada con la nulidad absoluta, lo cual coloca a los Registros en la única puerta de entrada al instituto de la adopción. Dicho de otro modo, a partir del nuevo Código Civil y Comercial, quien pretenda adoptar a un niño, niña o adolescente deberá inscribirse indefectiblemente en el Registro sin que quepa legalmente otra opción.

Esta posición adoptada por el Código vigente motivó rápidamente declaraciones de inconstitucionalidad de los arts. 600, 611 y 634 inc. h) por entender que la normativa cuestionada dejaba fuera a aquellas situaciones en las que la guarda de hecho o entrega directa en favor de pretensos guardadores que no tenían vínculo de parentesco, tenía carácter legítimo; o bien porque se encontraba sustentada en una real decisión de la madre quien tenía conocimiento previo de la familia guardadora aunque no fueran parientes; o bien, porque la guarda de hecho se encontraba afianzada en el tiempo transcurrido y había generado un vínculo entre el niño y sus guardadores de hecho y, de producirse la separación, esta afectaría indefectiblemente al niño siendo contraria a su superior interés. La sanción que la ley impone a los guardadores de hecho choca contra el principio del superior interés del niño en cuanto máxima legal que impone considerar su interés en toda decisión que se adopte.

Algunos fallos se han pronunciado por la inconstitucionalidad de los arts. 600, 634 inc b) que ordenan la inscripción en el Registro de Adoptantes por considerar que no puede considerarse un requisito con rigor estrictamente ritual. Así también declaran la inconstitucionalidad de los arts. 611, 609 y 613, atendiendo a la situación fáctica y a los vínculos afectivos generados con la familia cuidadora.

Idénticos fundamentos han sido utilizados cuando el niño ha sido entregado por su madre a la familia pretensa guardadora como cuando se trata de una familia de acogimiento o familia solidaria quienes habían acogido al niño en virtud de una medida de protección excepcional, habiéndose transformado por el transcurso del tiempo- de una situación transitoria en definitiva.

En este sentido se han pronunciado el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 07/06/16 L.A. s/ Guarda Pre-adoptiva, el Juzgado de Familia y Penal de Menores de Villaguay, 08/11/16, R.M.C.Y.D.J.S. s/ Guarda con Fines de Adopción, el Juzgado de Familia N° 6 de Morón, 16/03/17, G.B. s/ Protección y Guarda de Personas, la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, Provincia de Bs. As., 17/04/18, S.C.E. s/ guarda con fines de adopción, el Tribunal Colegiado de Familia N° 2 de Santa Fe, 17/09/18, SDNAF c/ C.V.N. s/ Resolución definitiva medida excepcional y control de legalidad, entre otros.

La Convención de los Derechos del Niño ha fijado en los arts. 3.1 y 21 una pauta: "el superior interés del niño", que funciona como correctora y moderadora de las normas legales que se consideren contrarias a los intereses de los niños, pauta de la cual no podrán apartarse todos aquellos que tomen decisiones respecto de los mismos.

Una correcta interpretación de los derechos fundamentales en juego, tanto los de los niños, niñas y adolescentes como los de sus progenitores, obligan a efectuar un análisis complejo de la situación de desigualdad en la que éstos se encuentran, desigualdad provocada por el estado de pobreza y marginalidad, por lo que lejos de encontrar soluciones apriorísticas, deberá buscarse el mejor camino a través de la puesta en marcha de políticas públicas adecuadas que permitan una inclusión económica y socio cultural para la concreción del conjunto de principios de libertad, protección de los débiles, solidaridad, igualdad e identidad consagrados en los instrumentos internacionales.

*EL NIÑO, LA NIÑA Y EL ADOLESCENTE
EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
De la protección al reconocimiento de derechos*

Dra. Noelia A. Díez ()*

El texto propone un recorrido por los artículos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que reconocen la protección de los derechos a niños, niñas y adolescentes, e incorpora además los supuestos de adoptabilidad. Si bien no pretende hacer un análisis de toda la norma nacional, hace hincapié en aquellos artículos que determinan conceptos claves como autonomía progresiva, interés superior, adolescencia, todos ellos que en realidad se encontraban previamente plasmados en la Convención sobre los Derechos de los Niños y que a partir de la nueva norma, pasan a encontrar su recepción y en muchos casos también una definición, no sin generar al mismo tiempo, algunas contradicciones con normas precedentes, que también es analizado en el texto.

The text proposes a tour of the articles of the new Civil and Commercial Code of the Nation that recognize the protection of the rights of children and adolescents, and also incorporates the assumptions of adoptability. Although it does not intend to make an analysis of the entire national norm, it emphasizes those articles that determine key concepts such as progressive autonomy, superior interest, adolescence, all of which were actually previously embodied in the Convention on the Rights of Children and that from the new norm, they begin to find their reception and in many cases also a definition, not without generating at the same time, some contradictions with previous norms, which is also analyzed in the text.

(*) Abogada. Docente en la Residencia de Minoridad y Familia. Facultad de Derecho.

La infancia y su protección han sido categorías indisolublemente ligadas desde el mismo momento que se descubre a la primera. Descubrimiento que se produce, como sostiene Philippe Aries, a fines del siglo XVIII y principios del XIX y que lleva a la emergencia de un moderno sentimiento de infancia, que no obstante a sus grandes variaciones, aún es posible rastrear en las actuales concepciones acerca de la niñez.

Estas dos categorías son construcciones sociales dinámicas, variables culturalmente. También son categorías eminentemente políticas, en tanto remiten a sistemas clasificatorios de edades, a partir de las cuales se imponen divisiones del mundo social y a valores en torno a qué es concebible y/o adecuado para quienes integran esa categoría y para quienes son imaginados como los responsables de su cuidado y educación⁸⁴.

Ahora bien, si la protección de la infancia es un tópico al que se ha aludido desde el momento mismo de su "intervención", es preciso señalar que las formas de intervención social a las que dio lugar esa noción se han visto frecuentemente atravesadas por distintas disputas en torno a su legitimidad, a las formas que asumiría esa protección, así como respecto de quienes serían los agentes privilegiados para hacerla efectiva. Ello ha conducido a la instrumentación de distintos dispositivos y mecanismos que durante el siglo XX han estado guiados por el lema del "bienestar de la infancia"⁸⁵

Bajo ese lema se crearon diferentes instituciones y organismos, tales como los juzgados de menores, institutos y hogares y arreglos de previsión social, se idearon diferentes medidas y tratamientos, se expandieron y consolidaron una serie de saberes sobre el niño/a y surgieron especialistas y expertos, a la vez que nuevos dispositivos y distintos "problemas" fueron construidos.

Si se colocan aquí estas cuestiones es porque posibilitan pensar en las actuales formas de intervención social y en la retórica de derechos de los niños/as y adolescentes como productos -no acabados ni completos- de largos procesos en los que una diversidad de actores ha reclamado para sí la legitimidad para intervenir y han intentado imponer sus posturas en relación a lo que entendían y entienden es "lo mejor" para un niño. Vistos desde esta perspectiva, esos procesos aun cuando tengan un correlato material en la sanción de nuevas leyes o en la creación de nuevas instituciones, no se reducen a ello. A contrario, es posible notar que estos procesos sólo se comprenden si los inscribimos en la arena de la política y de las prácticas reales y efectivas que dan cuerpo a aquello que ha denominado cómo "protección de la infancia". Y ello porque entre otras cosas, la definición de la protección de los niños y niñas constituye una superficie en la que se disputan distintos proyectos respecto de las formas legítimas de inclusión social y de reproducción de la propia sociedad⁸⁶.

La retórica de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la Argentina, así como en otros países de la región, se expandió con fuerza una vez sancionada la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el año 1989. El derrotero legislativo termina cuando se sanciona la ley 26.061 en el año 2005.

Esta nueva norma reemplaza a la cuestionada Ley de patronato de menores del año 1919, y postula la creación de un sistema integral de protección de derechos que debe estar conformado por planes,

84 COLANGELO, Adelaida; "La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones perspectivas del abordaje" Serie Encuentros y Seminarios, 2005, disponible en: www.me.gov.ar/curriform/publica/oei_20031128/ponencia_colangelo.pdf

85 VILLALTA, Carla y LLOBET, Valeria (2004). "Los heterogéneos significados de la Protección. Un análisis de los nuevos circuitos y dispositivos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes", Abeledo Perrot. Revista Derecho de Familia N° 64, Pág. 293.

86 LLOBET, Valeria. (2010) ¿Fábricas de niños? "Las instituciones para menores en la era de los derechos". Novedades Educativas. Buenos Aires.

programas, políticas, organismos administrativos y judiciales, medidas de protección integral y medidas de protección excepcionales. Estipula en esta última medida y como última ratio, la separación de los niños, niñas o adolescentes de su grupo familiar, no pudiendo originarse en la falta de recursos económicos y debiendo ser adoptada por la autoridad de aplicación competente en cada jurisdicción y no por el ámbito judicial que solo se lo limita a un control de legalidad y razonabilidad.

El primer nudo cognitivo a revelar en la temática sobre los derechos del niño/a es justamente su delimitación conceptual, pues el conjunto de textos – desde la perspectiva jurídica que abordan el tema – ofrece un concepto de infancia predeterminado y unívoco con características universales. A ello debe añadirse la definición basada en el criterio de la edad límite que separa a las personas en menores y mayores, heredada de la codificación decimonónica y todavía presente en algunas legislaciones civiles.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación define al “menor de edad” y al “adolescente”. El primero es aquel que no ha cumplido 18 años y se asemeja a la definición de niño de la CIDN y como adolescente entiende al que cumplió 13 años hasta los 18 años. Como antecedente, en la última definición encontramos algunas legislaciones provinciales en materia de protección de niños, niñas y adolescentes que ya definían a la adolescencia como una etapa especial de la niñez comprendida entre los doce y dieciocho años de edad⁸⁷.

Se han incorporado los principios de la CIDN tales como: el derecho del niño/a de ser oído (art. 26, 595, 707), el interés superior del niño (15 menciones), el derecho de no discriminación (aplicable a toda la infancia), el derecho a la vida.

También ha incorporado la autonomía progresiva por capacidad, que se tiene cuando el niño/a cuenta con la edad y grado de madurez suficiente. Se puede decir que el concepto de “desarrollo evolutivo” es uno de los rasgos más innovadores que toma de la CIDN. Niños, niñas y adolescentes son sujetos con discernimiento progresivo, con verdadera necesidad de gozar de autonomía en determinados ámbitos, pues solo así se garantiza el libre desarrollo de la personalidad, todo lo cual justifica, correlativamente, el ejercicio progresivo de sus derechos y obligaciones.

El concepto de autonomía progresiva respeta al niño como sujeto de derecho. El Centro de investigaciones Innocenti sostiene que las facultades de niños, niñas y adolescentes involucran tres nociones: 1) “evolución” focalizada en las ideas de desarrollo, competencia y gradualidad 2) “participación”. Solo se transfiere el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la medida en que estos no tengan madurez y 3) “protección” referido al grado de protagonismo por parte de la familia y el Estado que debe disminuir en la medida en que haya una mayor autonomía.

Precisamente la noción de autonomía progresiva atiende a pautas reales y concretas: es el grado de madurez de cada niño lo que permitirá al juez, al médico y otros profesionales, reconocer si la decisión del niño proviene de una voluntad libre o condicionada.

La pauta de la edad y grado de madurez se encuentra ampliamente recogida en el NCCyC en los arts. 24, 26, 64, 66, 113, 404, 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 639, 679, 690, 707, entre otros.

Se presume que el adolescente (entre 13 y 16 años) tiene aptitud para decidir por sí respecto de sus tratamientos no invasivos, que no comprometan su salud o provoquen un riesgo grave en la vida o en su integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos, 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. A partir de los 16 el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Un aspecto importante de la autonomía progresiva es el derecho de los niños, niñas o adolescentes a ejercer las facultades derivadas de su condición de padre o madre, o sea, el derecho de ejercer, aunque con limitaciones, las facultades y deberes que emanan de la responsabilidad parental (art. 644).

87 Ley 4347 Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia y decreto reglamentario en la provincia de Chubut.

En este sentido se abandona el término “patria potestad” y se lo reemplaza por “responsabilidad parental”, entendiéndolo tal como el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad no emancipados. Por tratarse de un conjunto de derechos y deberes se trata de una función.

La finalidad de la responsabilidad parental es el desarrollo integral del niño, niña o adolescente en todas sus potencialidades. Para lograr ese objetivo los padres deben escucharlos, tener en cuenta sus elecciones y otorgarle una capacidad progresiva de acuerdo a su grado de madurez. En este aspecto la letra del Código plasma lo establecido por la CIDN y las leyes nacionales y provinciales de protección integral de niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, era necesario que la norma estableciera que el objetivo de la responsabilidad parental es el pleno desarrollo del niño porque la CIDN expresamente establece en su art. 18.1 que los Estados parte 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. Esta disposición se integra con el art. 27 en cuanto prescribe la obligación de los padres y del Estado de proporcionar al niño las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Los principios de responsabilidad parental son: 1. El interés superior del niño, 2. La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. 3. El derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según edad y grado de madurez.

Además, autoriza a que posea asistencia letrada propia (abogado/a del niño/a) en diversas situaciones, como por ejemplo cuando haya conflicto de intereses con sus representantes legales (art. 109 inc. C) Está autorizado a participar y a ser oído en todo proceso judicial en que sea parte. Ello en concordancia a la CIDN y las leyes de protección de infancia y adolescencia 26.061/ 12.967 en cuanto a se refiere a las garantías mínimas del procedimiento, arts. 27 y 25 respectivamente. Para la valoración de la opinión del niño, niña o adolescente deberá necesariamente, tomarse en cuenta diversas circunstancias como ser la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, las motivaciones de sus preferencias entre otras, debiendo en cada caso examinarse cuál es el camino idóneo para poder equilibrar sus deseos con las demás pautas.

En aras de la protección del niño, niña, adolescente y en sintonía con la doctrina de la protección integral, se establece la prohibición del castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente al mismo. Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

En el año 2006, el Comité de los Derechos del Niño publica una Observación General sobre el derecho del niño contra los castigos corporales y otras sanciones crueles o degradantes, reafirmando la obligación que han contraído los gobiernos de prohibir y eliminar todas las formas de castigo corporal en todos los entornos, incluido el hogar familiar y ofreciendo recomendaciones detalladas sobre la reforma legal y otras medidas necesarias. En octubre de 2006, el informe para el estudio de la violencia contra los niños, encargado por el Secretario General de las Naciones Unidas, fue presentado a la Asamblea General. En él se urge a los estados a prohibir el castigo corporal de los niños en todas sus manifestaciones y en todos sus entornos, fijándose el año 2009 como fecha objetivo. El artículo 647 adecua nuestra legislación a esta recomendación.

Otra reforma importante que introduce es el tema de adopción, que se rige por los principios de: interés superior, respeto por el derecho a la identidad, agotamiento de las posibilidades de permanecer en la familia de origen o ampliada, preservación de los vínculos fraternos, derecho a conocer los orígenes, derecho a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los 10 años (art. 595)

Por otro lado, hace mención a la “declaración judicial de situación de adoptabilidad” (art. 607) como requisito de procedencia de la adopción de una persona menor de edad no emancipada y la participación obligatoria del organismo de protección en materia de niñez (sub Secretaria de niñez, adolescen-

cia y familia, y/o Direcciones provinciales y/o Delegaciones Regionales), mediante la adopción de una medida de protección excepcional de derechos en los tres supuestos que contempla y de los cuales se hará referencia posteriormente.

Sin embargo, es necesario problematizar este estatuido en cuanto a quienes sostienen que se trata de un proceso administrativo/ judicial que equivale a una doble intervención mixta en lo que respecta a medida de protección excepcional y al control de legalidad y razonabilidad. Por el contrario, no siempre se puede determinar con precisión y anticipadamente que ese procedimiento sea parte indiscutible de la consecuente y/o posible situación de adoptabilidad, debido a que las medidas de protección excepcional tienen por finalidad revincular a los niños, niñas y adolescentes con su grupo familiar de origen del cual se los ha separado. Lo que no hay que negar es que sirve como un elemento más y ordenador del proceso/camino hacia la adopción.

Además el cuerpo normativo en este texto hace mención a la terminología "situación" y ya no a "estado" de adoptabilidad, excluyendo vocabularios arraigados en la doctrina de la situación irregular y que en términos de Marisa Herrera, el juez es quien debe declarar la existencia de una situación fáctica: situación en la que el niño se encuentra ante la necesidad de ser adoptado para pasar recién a estar emplazado conforme a su nuevo estado, como consecuencia del dictado de la sentencia de adopción⁸⁸.

Retornando a los supuestos de situación de adoptabilidad, el código determina tres:

1. Cuando las medidas de protección excepcionales tendientes a que un niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de 180 días. Vencido el plazo, si las causas que originaron la separación persisten, el organismo administrativo debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad.

Este inciso es el que con mayor precisión establece una relación entre el sistema de protección integral de los derechos de NN A y la legislación civil. Empero, se produce una encrucijada en cuanto a los plazos procesales de duración de las medidas de protección excepcional. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece 180 días que sigue a la regla del Decreto reglamentario 415/06 de la Ley 26.061 que establece 90 días prorrogables por otros 90 días. En cambio, en nuestra legislación provincial (12.967) se ha establecido mediante la modificación⁸⁹ al artículo 51 la duración del plazo máximo de medida de protección excepcional a un año y seis meses ya que antes hablaba de un año y medio⁹⁰.

Entonces, ¿cuál de las normas será de aplicación en la Provincia de Santa Fe? Todo este procedimiento administrativo - judicial es contemplado en la Ley nacional 26.061 como en las leyes provinciales y sus decretos reglamentarios, profundizándose en esta última los aspectos procedimentales en los que la ley nacional por limitaciones de índole constitucional no puede avanzar, atribución consagrada por Constitución Nacional (Art. 5, 75 inc 12 y 121). Por lo que la doctrina sostiene por una parte, que tal como lo ha establecido la Corte ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar⁹¹, pues de este modo se unifica con reglas generales/ principios procesales el tratamiento de esta materia a lo largo de todo el país, como así también da efectivo cumplimiento a sus derechos, dejando las cuestiones procedimentales específicas a cargo de las provincias, quienes a su vez deberán adaptarlas a lo dispuesto por este código. Por otro lado, el artículo 705 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se refiere al ámbito de aplicación de las normas del mismo sosteniendo que "... las disposiciones de este título son aplicables a los procesos en materia de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos".

88 FERNÁNDEZ, Silvia E. (2013) Adopciones. Personas, Tiempos y Procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción- Derecho de Familia. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Op, Cit. Marisa Herera. "El régimen Adoptivo", pág.19.

89 Ley Provincial N° 13.237. Modificatoria a la Ley Provincial N° 12.967

90 La diferencia no es menor, puesto que el término "medio" no es un término o plazo procesal.

91 Conf. Fallos; 138:157; 136:154

2. Cuando un niño, niña o adolescente no tenga filiación establecida (progenitores desconocidos y/o no reconocientes) o sus padres fallecieron (huérfanos/as) y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada.

Ante estas situaciones que se mencionan se privilegia el vínculo biológico. El plazo se reduce a los fines de evitar una incertidumbre socio-jurídica y en consecuencia habiéndose agotado dicho plazo sin localizar a los familiares de origen se culmina con la declaración de la situación de adoptabilidad.

Este inciso deja abierta algunas cuestiones y se plantean a modo de interrogantes: ¿Quién es el organismo administrativo competente: servicio local o autoridad de aplicación? y ¿hasta dónde llega la competencia del organismo administrativo en las acciones que pueda realizar en lo referente a la búsqueda y/o localización de paradero de los familiares del niño, niña y adolescente? No obstante se entiende que ante estas situaciones indefectiblemente se deben abordar de manera integral y desde los diferentes organismos administrativos en materia de niñez y/o judiciales.

3- Cuando los padres toman la decisión libre e informada de que el niño, niña sea adoptado, manifestación que será considerada válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de su nacimiento. Salvo si algún familiar o referente afectivo del niño, niña y adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

El consentimiento libre e informado campea todo el CCyC en temas de familia, salud y en especial a lo referente a los derechos personalísimos.

En cuanto al plazo mencionado (45 días) respeta la etapa del puerperio que es el período transcurrido desde el momento del parto hasta que los órganos genitales, sus funciones y el estado general de la mujer vuelven a su estado ordinario anterior al parto, para considerar válida la manifestación.

Por otra parte, excepción que presenta la norma, pone de manifiesto una evidente coalición de derechos entre los derechos humanos básicos de la mujer (decidir) y el derecho del niño a vivir y desarrollarse con su familia de origen, siendo el juez quien deba resolver tal encrucijada.

A su vez el nuevo código en el tema de adopción simple al referirse a los efectos que produce, el art. 627 inc b) "la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño...d) el adoptado que cuenta con edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sean adicionándoles o anteponiéndole el apellido del adoptante a uno de ellos"

En suma y a modo de cierre aun cuando los cambios y modificaciones introducidas en nuestra legislación resultan fundamentales al ejercicio de los derechos humanos de los niños, niñas o adolescentes, es necesario pensar en fortalecer los mecanismos de protección efectiva de derechos, producir un cambio en el ámbito de las relaciones sociales y fortalecer los espacios de participación, involucrando a la ciudadanía en la gestión y articulando acciones y diferentes recursos (Abogabir y Rodríguez, 2000).

MEDIDAS DE PROTECCIÓN EXCEPCIONAL

Análisis de caso abordado por Equipo Interdisciplinario

Dra. María de los Ángeles Nicosía^()*

El texto propone el abordaje de un caso real, que describe las características socioeconómicas de muchas familias, con fuertes componentes de violencia intrafamiliar, con abusos sexuales y agresiones, que derivan en una serie de acciones administrativas y judiciales, que finalmente implicarán la toma de una medida excepcional. En el mismo, la autora da cuenta de los pasos administrativos que se deben adoptar, genera alertas respecto a la posible vulneración de nuevos derechos si no se trabaja de manera cuidadosa, interdisciplinaria y en el marco de la ley y deja al descubierto algunas faltas –en algunos casos de gravedad- que presenta el actual sistema que aborda esta temática.

The text proposes the approach of a real case, which describes the socioeconomic characteristics of many families, with strong components of domestic violence, sexual abuse and aggressions, which result in a series of administrative and judicial actions, which will eventually involve taking an exceptional measure. In it, the author gives an account of the administrative steps that must be taken, generates alerts regarding the possible violation of new rights if one does not work in a careful, interdisciplinary way and within the framework of the law and exposes some faults - in some cases of seriousness - which presents the current system that addresses this issue.

^(*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Profesora Universitaria. Docente en la Catedra B de la Residencia de Minoridad y Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

A partir del paradigma de la protección integral de derechos de la infancia instaurado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por la República Argentina en el año 1990, el Estado argentino se vio compelido a adecuar su legislación interna, con el fin de que fuera acorde a los principios y derechos reconocidos por esta teoría. Es de recordar, que hasta ese momento se había conformado un régimen administrativo y judicial que dio lugar al llamado patronato de estado con lineamientos totalmente disímiles.

Ese cambio en la mirada de la infancia, implicó que las niñas y los niños dejen de ser considerados como objetos que deben ser tutelados, incapaces de opinar o de participar en los asuntos que son de su interés, dando lugar a la idea del niño, niña o adolescente sujeto titular de derechos civiles, económicos, sociales y culturales, a los cuales se les reconoce la calidad de personas, con autonomía y capacidad progresiva y con un plus de protección que les otorga el hecho de ser personas en desarrollo. Consecuentemente, esta nueva perspectiva modifica el rol de los adultos en el acompañamiento de niñas, niños y adolescentes durante su desarrollo cognitivo.

En función de esto las leyes nacionales y provinciales receptan al niño/a sujeto de derecho y crean un nuevo sistema de promoción y de protección de derechos con la implementación de una serie de políticas públicas destinadas a la infancia y adolescencia, en pos de que esas prerrogativas reconocidas sean respetadas y efectivizadas. Así se creó un nuevo sistema administrativo pensado en función de lo prescripto por las leyes contando con medidas y procedimientos específicos, tendientes a la preservación y reparación de derechos vulnerados.

En este orden de ideas, es de aclarar que si bien la familia es la principal responsable en el cuidado de los niños y niñas que integran su grupo familiar, el Estado debe otorgarles a las mismas la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente esas responsabilidades dentro de la comunidad, a fin de que los progenitores o tutores puedan brindar los cuidados atinentes para que esa persona pueda desarrollar sus potencialidades en un ambiente de contención. Al respecto expresa Cecilia Grosman "...los derechos del niño establecidos en la Convención implican responsabilidades para los padres y para el Estado. Los primeros tienen la misión de criar y educar a sus hijos, pero, al mismo tiempo, el Estado debe prestar a los padres la asistencia apropiada para el desempeño de tales funciones..."⁹²

De tal modo, cuando antedicha contención o cuidados están ausentes, siendo inminente la posibilidad o la existencia de hechos que vulneren alguno de los derechos de esas niñas o niños y sean expuestos a situaciones de riesgo contra su integridad física o psíquica, la legislación prevé como medida de última ratio la separación temporal del centro de vida. La herramienta brindada para resguardar a esos niños se denomina Medida de Protección Excepcional⁹³; la cual es de carácter extremo cuando no se hubieran podido revertir de otro modo las causas fundantes del riesgo o cuando es tal la gravedad de los hechos que no hay otra forma de salvaguardar al niño o niña víctima.

Es de trascendental importancia una adecuada y diligente labor profesional de equipos interdisci-

92 Grosman, Cecilia. Los derechos del niño en la familia. La ley, creencias y realidades. Publicado en *Vivir en familia*. Wainerman, Catalina (compiladora). Pag.106. Unicef/Losada. 1994.

93 Ley 12.967. Artículo 51 (modificado por Ley N° 13237) "Las medidas de protección excepcional son aquellas medidas subsidiarias y temporales que importan la privación de la niña, niño o adolescente del medio familiar o de su centro de vida en el que se encuentra cuando el interés superior de éstos así lo requiera. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias y solo proceden cuando la aplicación de las medidas de protección integral resulte insuficientes o inadecuadas para su situación particular".

plinarios, con capacidad y recursos para el abordaje de las situaciones que se presenten, a fin de que la realización del trabajo y de la estrategia planteada, sean direccionados a la restauración de los derechos vulnerados. La realidad muestra que dependerá de varios factores al momento y durante el desarrollo de la aplicación de la medida excepcional el logro de la reparación de las consecuencias acaecidas.

En éste escrito se analiza el abordaje interdisciplinario de un caso real en el que se adopta Medida de Protección Excepcional para evitar que se continúen vulnerando derechos de una adolescente y hermanas, como también se identificarán las diferentes intervenciones que el equipo interdisciplinario efectuó en pos de la reparación de las consecuencias que los hechos traumáticos ocasionaron en las niñas víctimas de abuso y violencia en el propio ámbito familiar. Todo ello a la luz de la doctrina y la normativa aplicable.

DESCRIPCIÓN DEL CASO

El centro de vida de las niñas cuya situación se analiza, se ubicaba en la zona sur de la ciudad de Rosario, en un barrio con viviendas muy precarias. Allí residía la familia integrada por dos adultos que convivían en concubinato desde hacía aproximadamente nueve años, la progenitora(M) y su pareja(J), la edad de ambos oscilaba entre treinta y treinta y seis años, junto a dos niñas, hijas de ambos (S de seis años, P de ocho años) y dos adolescentes, hijas de M de una relación anterior (R de catorce y A de dieciséis años) no reconocidas por su progenitor y del cual se desconocía la identidad del mismo. Es dable aclarar, que en el comienzo de la intervención los integrantes de este grupo familiar eran seis, pero con posterioridad se suma una hija más.

La economía familiar se caracterizaba por una escases de recursos, con esfuerzo y ayuda de efectivos territoriales cubrían sus necesidades básicas, dado que el único sostén económico provenía de J. Los magros ingresos eran obtenidos con tareas de pintura esporádicas, tipo "changas", por ello desde el centro de salud de la zona se les había tramitado las asignaciones familiares ya que las niñas asistían a la institución escolar del barrioy también almorzaban en el comedor escolar.

El nivel educativo de los adultos no cubría el nivel básico, al punto que la mujer no estaba alfabetizada, solo podía escribir su nombre a modo de firma, necesitando concurrir a entrevistas o realizar trámites con otra persona que pudiera leerle lo que firmaba o explicarle cuando no lograba comprender lo que se le transmitía. El hombre del grupo familiar por su parte, contaba con estudio primario y mayor facilidad de comprensión y comunicación. Las niñas se encontraban escolarizadas, las más pequeñas con muchas dificultades de aprendizaje. Una de las adolescentes con más recursos y facilidad de estudio presentaba un mejor rendimiento escolar, mientras que la otra adolescente por padecer un retraso mental leve asistía a una escuela especial.

Se observaba culturalmente instaurada la idea del rol de la mujer con características bien marcadas de un modelo patriarcal, el hombre proveedor imponiendo las pautas de convivencia. Frente a ello la mujer totalmente sumisa, debiendo permanecer en la casa al cuidado de las hijas y cumpliendo los quehaceres domésticos, no pudiendo cuestionar las directivas, mucho menos plantearse la validez de las mismas. Lo referido se traducía en que el grupo familiar debía acatar lo que aquel imponía, aun cuando ello afectara la integridad psicofísica de las hijas y de la propia mujer.

Con respecto a la existencia de familia ampliada, se desconocía si había familiares por línea paterna, atento nunca haberse podido obtener datos o referencia de existencia sobre la misma, el hombre se mostraba siempre reticente a ser entrevistado por profesionales. En cambio fue posible indagar y contactar con familia ampliada materna. La mujer contaba con un hermano que vivía en la ciudad de Villa Gobernador Gálvez con su esposa e hijos, quienes mantenían contacto con la mujer y sus sobrinas siempre fuera de la vivienda familiar.

En el barrio la progenitora y las niñas eran estimadas y habían creado lazos afectivos con algunas familias vecinas que las ayudaban económicamente y brindaban cierta contención, ya que incluso a una

de las niñas llegaron a darle alojamiento por un tiempo. De igual forma, se encontraban referenciadas con varias instituciones territoriales como escuela, centro de salud y hospital.

PEDIDO DE ADOPCIÓN DE MEDIDA DE PROTECCIÓN EXCEPCIONAL

El pedido de intervención se presenta ante la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante Dirección de Niñez), por parte de docentes de la institución escolar a la que concurría la adolescente R y es derivado al equipo interdisciplinario correspondiente a los fines del abordaje de la situación.

El informe mediante el cual se solicitaba un abordaje urgente por parte del segundo nivel de intervención, daba cuenta que había concurrido a la escuela una vecina de la alumna, manifestando que la adolescente se encontraba viviendo en su casa hacía unos días y que le habría contado que había sido abusada por su padrastro. Asimismo, en entrevistas con la psicóloga de la escuela, la alumna había podido expresar que en los últimos años se escapaba a casas de vecinos por los maltratos y abusos que sufría en su hogar.

Asimismo, el centro de salud interviniente también remite informe de sus intervenciones con el grupo familiar. De la entrevista con la progenitora se puede leer textualmente: "M relata con mucha precariedad y con un discurso lleno de contradicciones, en síntesis, que R viviría en la casa de una vecina de nombre K, que ella estaría de acuerdo con eso, que esto sucede porque J 'toma mucho se pone muy borracho y violento (...) pero que eso no estaría sucediendo más'. Además, relata que ella hace tiempo que no vive más con ellos, con mucha naturalidad. En el mismo sentido manifiesta ante la pregunta de porqué se sigue sosteniendo esta convivencia, ella devuelve que estas cosas no pasan más y que ella 'nunca deja a las chicas solas con el'".

A raíz de lo informado se evalúa la necesidad de la adopción urgente de una Medida de Protección Excepcional a los fines de proteger la integridad psicofísica de la víctima, siendo la adolescente alojada en una institución del Sistema Proteccional hasta tanto se pudiera indagar la existencia de familia ampliada que pudiera brindarle los cuidados necesarios y alojamiento.

Es de recordar que como se expresa en el Tratado de Familia, al comentar el art. 607 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación "...En cambio, hay otra gran cantidad –y bien diversa– de situaciones en las cuales la vulneración de derechos es más compleja y de gravedad y en las que, en el interés superior del niño, es necesario separar al niño de su grupo familiar y ello acontece a través de las llamadas "medidas excepcionales", que según lo define la propia ley 26.061: "Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen (art. 39)."⁹⁴

No obstante esta primera intervención, adoptando medida excepcional tendiente al resguardo de R de manera urgente, se continuó evaluando la situación del grupo familiar, sobre todo por las otras tres niñas que seguían conviviendo en el grupo familiar con el supuesto abusador y la inminencia del riesgo a que acontecieran nuevos hechos de violencia.

INTERVENCIONES. ANÁLISIS NORMATIVO Y DOCTRINARIO

La situación analizada comprendía violencia de género por parte del Sr. J dirigida hacia la progenitora de las niñas y abuso sexual infantil (ASI) sufrido por R, lo que resultaba aún de mayor gravedad,

94 Kemelmajer de Carlucci, Aída. Herrera, Marisa. Lloveras, Nora, "Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014". Tomo III. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2014, pág. 250.

por ser la víctima una persona menor de edad y el abusador el adulto que debía impartirle cuidados y protección.

Las intervenciones que se llevaron a cabo por parte del equipo interviniente estuvieron orientadas a cubrir diferentes líneas de actuación, las cuales a lo largo del presente trabajo se irán ampliando:

A.- El equipo interdisciplinario de la Dirección de Niñez luego de la efectivización de la medida, procedió a la elaboración de un plan de acción tendiente a acompañar y trabajar con R en pos de la reparación de las consecuencias de la vulneración de derechos de la cual había sido víctima. Presentándose las actuaciones administrativas al Tribunal Colegiado de Familia competente a los fines del debido control de legalidad y razonabilidad de la Medida Excepcional adoptada.

B.- Dado la existencia de un hecho con apariencia de delito como era el abuso sexual infantil se procedió a la correspondiente denuncia penal ante el Ministerio Público de la Acusación, Oficina de Delitos contra la Integridad Sexual, a fin de la correspondiente investigación y consecuente sanción al imputado.

C.- Y en tercer lugar se derivó y articuló con el Área de Género de la Municipalidad de Rosario para que los mismos pudieran acompañar y trabajar con la Sra. M con el propósito de que la misma pudiera comprender la gravedad de los hechos acaecidos, asumir su condición de víctima del maltrato que se sucedía en el interior de la vivienda y pudiera asumir la importancia de denunciar y excluir del hogar a su pareja, lo que permitiría que su hija pudiera retornar a vivir con ella y evitar la adopción de Medida Excepcional respecto de sus otras hijas.

Es de resaltar que existe todo un plexo normativo aplicable al caso de estudio, siendo de fundamental importancia conocerlo a los fines de brindar un adecuado asesoramiento y acompañamiento de las víctimas de ASI y de violencia de género, máxime si nos encontramos ante el caso de personas menores de edad, que muchas veces no cuentan con adultos referentes del grupo familiar que contengan tal situación traumática.

A nivel internacional y con jerarquía constitucional contamos con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual en su art. 19 establece que los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres.

La Ley Nacional Nº 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, en su art. 4 brinda un concepto de violencia al decir: "Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal". Y a continuación, en el art. 5 entre los tipos de violencia, enumera a la violencia sexual a la cual define como cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.

Asimismo, la Ley de violencia familiar de la Provincia de Santa Fe Nº 11529, enumera como clases de violencia a la sexual, otorgando al juez competente en materia de familia la facultad de aplicar Medidas Autosatisfactivas (art. 5) mediante las cuales puede ordenar la exclusión del hogar del agresor e inclusive de ser necesario prohibir el acercamiento del mismo a la vivienda familiar y/o donde se encuentre la víctima.

La Ley de promoción y protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes de la Provincia de Santa Fe (Nº 12.967) en su art. 10 reconoce a los niños el derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral, agregando que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a no ser sometidos a ninguna forma de abusos.

Finalmente el Código Penal en su art 19 tipifica y pena los delitos contra la integridad sexual. En los casos de violencia física los delitos de lesiones están tipificados desde el art. 89 al 91 y el art 80 incluye el

femicidio. Es importante recordar que en el año 2018 se ha modificado el art 72 del Código Penal, mediante Ley Nº 27.455, declarando que los delitos contra la integridad sexual cuando fueren cometidos contra una persona menor de 18 años de edad son perseguibles de oficio, no requiriéndose que sean instados por sus representantes legales.

Sin duda es de celebrar la existencia de tan basta legislación en pos de la protección de víctimas de violencia de género y sobre todo en los casos de ASI, ya que los efectos que tiene un delito de tales características sobre una persona menor de edad, sujeto en desarrollo, al ser cometido por quien debería estar velando por su bienestar, son devastadores. En este sentido Bettina Calvi refiere "El traumatismo que genera el abuso sexual en la infancia se presenta como devastador de la subjetividad. El efecto de la imposibilidad de simbolizar impregna al sujeto, sumado a fuertes sensaciones de inermidad, de un terror sin nombre, la percepción de que los recursos disponibles no alcanzarán para proteger al psiquismo del derrumbe y la imposibilidad de imaginar un futuro construido sobre los inútiles pilares de un presente desorganizante"⁹⁵

Es de mencionar que la adolescente luego de ese primer paso tan importante como fue relatar a su vecina lo que venía padeciendo con su padrastro, pudo dar cuenta que los hechos de abuso se venían sucediendo desde que tenía aproximadamente nueve años, es decir, el terror que le tenía a J la llevaba a mantener oculto lo que ocurría. Esta idea del silencio impregnando estas situaciones de abuso intrafamiliar es explicada por Jelin al expresar, "... la familia es un espacio paradójico: es el lugar del afecto y la intimidad. Es también el lugar privilegiado para el ejercicio de violencia. Pero la violencia entre miembros de la misma familia es algo de lo que no se habla. Es secreto y vergonzoso, escapa al conocimiento público. Los únicos testigos son los propios miembros de la familia, que mantienen el silencio por preservar la imagen familiar armónica y libre de conflictos, o por miedo a represalias."⁹⁶

R logra quebrar ese pacto de silencio seis años después, cuando supera ese terror que la inmovilizaba, empezando por resguardarse, no permaneciendo en la vivienda familiar hasta finalmente poder ponerlo en palabras. "Hay horrores y terrores que no tienen palabras que puedan representarlos y que además, difícilmente encuentren oídos que puedan escucharlos y comprenderlos, de modo que el sobreviviente de un drama, en principio, necesita un largo período de tiempo para realizar un trabajo psíquico silencioso"⁹⁷ de tal forma, no solo necesitó tiempo para visibilizar lo que venía padeciendo durante años, sino también para procesar y reparar las consecuencias de los abusos sufridos.

Como Graciela Jofré dice, cuando el niño quiebra esa "ley de silencio conmueve el entramado perverso construido por el abusador sexual infantil. Por eso el abusador procurará por todos los medios a su alcance volver a silenciar a ese niño y atacará a todo aquel que permita y crea el relato infantil del abuso. Su impunidad está en el silencio, la negación y la retractación y la no credibilidad del relato de la víctima"⁹⁸

Por lo antedicho, es de fundamental importancia que quienes sean los receptores de la escucha, crean en la palabra de la niña o el niño, den lugar a un lazo de confianza y contención necesarios para que el relato pueda fluir sin ser cuestionado o interrumpido. Para ello será necesario que el adulto rápidamente busque el lugar más adecuado para que esto se dé, un ámbito de intimidad, de privacidad, donde no haya interrupciones o circulación de otras personas que puedan provocar incomodidades o arrepentimientos en el transcurso del relato de la víctima.

Pero no basta con que los profesionales solo procedan a escuchar lo narrado por la niña/o víctima de violencia intrafamiliar, sino que también es fundamental la respuesta que puedan brindar ante ese relato. Porque sin lugar a dudas el poder poner en palabras lo que estaba sufriendo la víctima implica un pedido de ayuda que no puede ser desoído por el o las personas intervinientes.

95 Calvi, Bettina, "Abuso sexual en la infancia. Efectos psíquicos". Ed. Lugar. Bs. As. 2012. Pág. 33.

96 Jelin, Elizabeth. "Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales". CEPAL. 2005. Pág.13.

97 Calvi, Bettina. "Traumatismos e Historias. Los modos de destitución de la subjetividad". Ensayo. Pág.6.

98 Jofré, Graciela Dora. "Víctimas inocentes y la IN-JUSTICIA". Diario digital femenino. Pág.2.

De tal forma, ante lo expresado por R era fundamental la respuesta que se le diera desde las instituciones y organismos que tomaron conocimiento de ese hecho aberrante que se venía sucediendo durante tanto tiempo; al respecto Bettina Calvi ha dicho "Sostenemos que la respuesta del entorno frente a la palabra del niño o de la niña que denuncia por ejemplo una situación de abuso, será determinante en la magnitud de sus efectos traumáticos. Sólo así podría considerarse el trauma ligado a una práctica de recomposición metabólica de la subjetividad singular que permita incluir lo nuevo. Dicha recomposición supondría un trabajo de simbolización historizante, productora de sentido."⁹⁹

En tal sentido, fue acertada la actuación y es de remarcar el compromiso de las docentes que acompañaron en el proceso de contener a la alumna y de anotar al órgano de aplicación de la ley los hechos acaecidos para que este procediera a efectuar la denuncia penal. Es de aclarar que, si bien la institución escolar podría haber procedido a denunciar, no puede desconocerse que al ser la escuela un efector territorial se encuentran más expuesto a estar ubicado en el barrio, con la posibilidad continua que tienen las docentes de seguir viendo al agresor hasta tanto la justicia ordene la detención del mismo. Por ello era pertinente que el segundo nivel, es decir la Dirección de Niñez, procediera a formalizar la denuncia penal.

Es dable remarcar, que es esencial que los profesionales que tomen contacto con víctimas de abuso y/o violencia de género entiendan la importancia de la denuncia en el ámbito penal, por dos motivos. Por un lado, porque es una obligación fijada por ley para el profesional¹⁰⁰ y porque cumple una función reparadora para la psiquis de la víctima.

Sobre la denuncia se han expresado diferentes autores, Viar relata que la misma "Cumple una función protectora y preventiva: protectora frente al peligro o el riesgo actual en que se encuentra la persona menor de edad; preventiva porque debe evitar el acaecimiento de nuevos peligros, riesgos o daños en aquella."¹⁰¹, por su parte Calvi refiere "... una cuestión fundamental a considerar lo constituye el acto de la denuncia, es decir el quiebre del pacto de silencio al que los abusadores someten a sus víctimas. La denuncia, ese pasaje de lo privado a lo público, implica el primer acto de resistencia frente a la violencia del abusador."¹⁰²

Siguiendo el mismo orden de ideas, los profesionales actuantes en casos de ASI deben tener presente que "la característica central de la violencia y especialmente la violencia sistemática del abuso es que tiene efecto arrasador sobre la subjetividad. Luego, el hecho violento es en sí mismo un hecho traumático que deja marcas físicas y un profundo dolor psíquico."¹⁰³ Tener esto presente permite no perder de vista que con cada una de las intervenciones o acciones o palabras que se empleen se tendrá injerencia en la vida del niño/a o adolescente, debiéndose de manera imperiosa evitar sumar mayores marcas negativas en la subjetividad de esa persona vulnerable.

Ocurre que muchas veces en pos de lograr dar respuesta a las víctimas y de hacer respetar el derecho a ser escuchados que tienen niñas, niños y adolescentes, se abren diferentes espacios para dar lugar a que se expresen, sin considerar si quieren éstos/as ejercer ese derecho, si ya lo han hecho con anterioridad, si la persona que escucha está formada en la disciplina adecuada para contener lo que se pueda desplegar o si es el momento adecuado para que se expliquen (ya que pensada la estrategia como un todo que incluye la cuestión penal, tal vez sea necesario esperar a la concreción de la Cámara Gesell, prueba fundante por excelencia).

99 Calvi, Bettina. *Traumatismos e Historias. Los modos de destitución de la subjetividad*. Ensayo. Pág.2.

100 Ley N° 12.967. Art. 27. - DEBER DE COMUNICAR. Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público de cualquiera de los tres poderes que tuviere conocimiento de la amenaza o vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes en razón del desempeño de su cargo, debe comunicar dicha circunstancia a la autoridad administrativa o judicial de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión.

101 Viar, Juan Pablo. "Abuso sexual infantil: aspectos jurídicos legales", en Volnovich, Jorge (compilador) *Abuso sexual en la infancia 2. Campo de análisis e intervención*. Grupo Editorial Lumen. Bs. As. 2014. Pág. 59.

102 Calvi, Bettina. *Abuso sexual en la infancia. Efectos psíquicos*. Ed. Lugar. Bs. As. 2012. Pág. 50.

103 Ídem. Pág. 49.

El norte que debe guiar a los distintos actores es la no revictimización y el pleno respeto de la calidad de sujetos de derechos de niñas y niños víctimas de ASI. Al respecto la Regla de Brasilia N° 12 expresa que se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo, procurarán que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).

Es dable mencionar que "Las personas obligadas a denunciar no investigan el hecho, sino que lo sospechan razonablemente; la investigación acerca de si un niño, una niña o un/a adolescente sufrió abuso sexual por parte de algún integrante de su grupo familiar es exclusiva atribución de la justicia."¹⁰⁴ En el devenir de las diversas actuaciones, donde se van sumando diversos profesionales, no debe perderse de vista las funciones de cada uno y la necesidad de un trabajo articulado, en red, evitando superposiciones de trabajo innecesarias, todo ello a los fines de que las acciones instauradas sean organizadas, prolijas y fundamentalmente respetuosas de los derechos humanos de las personas a las cuales van dirigidas.

Precedentemente, se mencionaba que la progenitora de las niñas era víctima de violencia de género, lo cual surgía de las diversas actuaciones administrativas. Sumado al riesgo inminente que corrían las otras hijas conviviendo con el supuesto abusador se evaluó pertinente, con el acompañamiento del área de género de la Municipalidad de Rosario, que era imperioso que M pudiera hacer la denuncia de abuso ante la fiscalía y solicitar la exclusión del hogar de J, lo que posibilitaría su resguardo, el de sus otras hijas y que R pudiera retornar a convivir con ellas.

Luego de varias entrevistas, la progenitora accede a presentarse ante el Ministerio Público de la Acusación a instar la denuncia siendo acompañada por un abogado, a la par de que se le gestionara para ella y sus hijas A, P y S el ingreso a una casa de resguardo hasta tanto se efectivizara la exclusión del hogar del agresor.

Un dato relevante en el análisis de esta situación familiar tan compleja, es que al momento del ingreso de la progenitora a la oficina del fiscal, se le indica que debe hacerlo sola, no permitiéndose el acceso ni del abogado del organismo administrativo, ni de la vecina que la acompañaba. Es llamativa la falta de consideración de la singularidad de la persona que iba a ser entrevistada e instar la denuncia, no solo porque M presentaba ciertas dificultades de comprensión y de lecto escritura, sino también por su condición de víctima y la contención que necesitaba por el peso que para ella implicaba denunciar a J. Lo dicho muestra a las claras las dificultades del verdadero acceso a la justicia de los más vulnerables.

La progenitora no quiso instar la acción (hoy con la reforma precitada no sería necesario que el organismo administrativo salve esta omisión) lo cual era esperable. Para esta mujer perder a su pareja era una carga que no estaba dispuesta a soportar, Eva Giberti con absoluta claridad expresa "Dado que el afecto no ha aparecido como algo nuevo, no surgen contenidos de conciencia capaz de cualificarlos ni una subjetividad como producto de esa conciencia inicial. Suponemos que éste es un estado de posible aparición y desarrollo en estas mujeres que no se atreven a denunciar. No obstante subjetividad y conciencia pueden ser recuperadas posteriormente. Estas apreciaciones parecen coincidir con las historias tempranas de estas mujeres que han soportado durante años, inclusive en la infancia, malos tratos de diversa índole coronados por golpes reiterados, todo ellos incluido como "esperable" en el sentido de lo que puede suceder sin que ellas, inermes, puedan hacer consiente el peligro además de la violación de sus derechos. Lo cual también compromete a sus hijos."¹⁰⁵

Los intentos de abordaje de la situación de M por parte del equipo del Área de Género fueron infructuosos, agravando el cuadro el hecho que R en las entrevistas comienza a relatar otros episodios de abuso que habrían sido presenciados por sus hermanas, expresando su preocupación por las mismas.

104 Ídem. Pág. 64

105 Giberti, Eva. *Psicoanálisis y víctimas Violencia conyugal: un modelo de intervención en terreno*. Revista de Psicología (UNLP). ISSN 2422-572X. Número 14. Agosto 2014. Págs. 11 y 12

Ante la imposibilidad de M de excluir al agresor del hogar y no pudiendo apreciar el riesgo en el que se encontraban sus hijas, se decide adoptar una medida de protección excepcional en relación a las tres hijas restantes (P, S y A), las cuales también fueron alojadas en un hogar del sistema proteccional.

M continuó reclamando la responsabilidad parental de sus hijas, pero la misma en ninguna entrevista posterior volvió a reconocer la existencia de los hechos de abuso y de maltrato proferidos por J. Era tal su negación que inclusive en encuentros supervisados con sus hijas, recriminaba y culpaba a R de que no pudieran vivir con ella y de que estuvieran separadas, por lo que los mismos debieron ser suspendidos.

Es interesante un análisis efectuado por Marcela Lagarde y de los Ríos en torno a la concepción de amor, tal vez en el caso de M de manera inconsciente "La opresión de las mujeres encuentra en el amor uno de sus cimientos. La entrega, la servidumbre, el sacrificio y la obediencia, así como la amorosa sumisión a otros, conforman la desigualdad por amor y son formas extremas de opresión amorosa."¹⁰⁶ "Así, amor y poder han sido un continuum para la mayoría de las amorosas, una experiencia indisoluble e inevitable. Para los hombres el amor es poder en sí, una forma de incrementar megalomanías y narcisismos, así como de ejercer su dominio sobre las mujeres y sobre el mundo. Este amor contiene la desigualdad y la jerarquía como componentes sociales de género. Por ello, las parejas diseñadas para este amor son disparejas."¹⁰⁷

A tal punto la progenitora estaba inmersa en este tipo de "amor" que le impedía apreciar el daño físico y subjetivo que su pareja le había impartido a ella, a sus hijas y en mayor medida a R, culpabilizando de la separación del grupo familiar a ésta y no al agresor, único y verdadero responsable.

Por otro lado, entendiendo como parte importante de la reparación de derechos para las víctimas de ASI, fue seguida la causa penal con los aportes necesarios en continua comunicación con el equipo de la Oficina de Delitos Sexuales del Ministerio Público de la Acusación, brindando acompañamiento a R en cada una de las instancias de producción de prueba que tuvo que transitar, desde la pericial del médico forense, diversas entrevistas con la psicóloga hasta finalmente la tan esperada Cámara Gesell, la cual tuvo lugar dos años después del comienzo de la intervención. A los seis meses y mediante cédula judicial el Ministerio Público de la Acusación notifica que el Sr. J había sido condenado a nueve años de pena privativa de la libertad, de cumplimiento efectivo.

Actualmente, la adolescente ha cumplido la mayoría de edad y convive con su madrina, quien había sido propuesta como tutora al momento de la resolución definitiva de la Medida Excepcional, continúa estudiando; A es mayor de edad, pero dado su retraso leve convive con su tío materno y la familia de éste, concurriendo a talleres de oficio y las dos niñas más pequeñas han sido declaradas en situación de adoptabilidad. Se ha intentado vinculaciones con familias propuestas por el RUAGA (Registro Único de Aspirantes a Guardas con fines de Adopción) las cuales no han prosperado por lo que continúan alojadas en un Centro Residencial.

Actualmente la Sra. M y J tienen una hija en común, que continúa al cuidado de la progenitora no habiéndose evaluado territorialmente que se encuentre en riesgo. Mantiene contacto fluido con J, quien se encuentra detenido.

Del análisis del presente caso, surge necesario remarcarla primacía de creer en el relato de las niñas y niños, de no poner en tela de juicio la palabra de la víctima, porque "si no se produce esta indispensable reparación institucional que parte del escuchar y creer a la víctima tampoco permitirá a esa niña, a ese niño el acceso a la otra reparación la terapéutica. Esta es la tragedia potenciada de las niñas y niños víctimas de abuso sexual infantil cuando no son creídos en sus relatos, cuando se los revictimiza en el sistema de justicia, aquella que pretende llamarse "justicia" sobre la vida y la existencia futura de ese niño."¹⁰⁸

106 Lagarde y de los Ríos, Marcela. "Amor y sexualidad, una mirada feminista". Curso de Verano. Universidad Menéndez Pelayo. Septiembre. 2008. Pág.2.

107 Idem. Pág.3.

108 Jofré, Graciela Dora. "Víctimas inocentes y la IN-JUSTICIA". Diario digital femenino. Pág.2.

CONCLUSIONES

1.- La Medida de Protección Excepcional, como su nombre lo indica debe ser aplicada en casos de extrema vulneración de derechos y como última ratio. Nunca puede ser empleada para subsanar la falta de políticas públicas o la ausencia del Estado en la asignación de recursos económicos destinados al fortalecimiento de las familias a fin de que puedan cumplir con las responsabilidades parentales instauradas por ley.

Una situación de ASI, como el caso de marras, o el maltrato infantil intrafamiliar, constituyen hechos de extrema gravedad donde la adopción de este tipo de medidas es necesaria para poner fin a esos hechos que arriesgan la integridad psicofísica de las víctimas y poder trabajar con las víctimas en la recuperación de los efectos del hecho traumático sufrido.

Es primordial la capacitación de los profesionales que intervengan en situaciones de vulneración de derechos de niñas y niños, atento a que los mismos serán quienes deberán contener, acompañar y asesorar a las víctimas. El desenvolvimiento idóneo de los diferentes profesionales intervinientes es necesario en pos de una verdadera reparación de derechos. Esa formación debe incluir inexorablemente la interdisciplina dada la necesidad de la mirada de los diferentes saberes para brindar una respuesta integradora.

2.- Cuando una niña, niño o adolescente debe ser separado de su centro de vida, el alojamiento en un Centro Residencial (Hogar) debe ser la última opción; previamente deben haberse agotado las posibilidades de búsqueda de familia ampliada o de referentes afectivos que puedan estar alojando y brindando los cuidados necesarios a esa niña o niño que ha sido vulnerado en sus derechos. Esto es trascendental, caso contrario sumado a la vivencia traumática que han sufrido en el propio seno familiar se le agrega el desarraigo de su cotidianeidad (escuela, barrio, familiares, amigos, etc.) y con el fin de resguardar a esa niña o niño, se seguirá vulnerando derechos, con la gravedad de que en este punto la misma sería proferida por parte de organismos estatales.

3.- No se puede dejar de considerar que para dar una verdadera respuesta respetuosa de los derechos de niñas, niños y adolescentes es necesaria la implementación de políticas públicas tendientes a la efectivización de todos y cada uno de los derechos que se le reconocen en el plexo normativo.

El acceso a la salud, a la educación, a una alimentación adecuada, a una vivienda, al juego, son algunos de los derechos que necesitan un claro lineamiento, diagramación, implementación y control de políticas de Estado que den respuesta a las necesidades básicas de la infancia y la adolescencia y fundamentalmente destinadas a aquel sector de la población con mayores dificultades sociales y económicas para brindarle a sus hijos la satisfacción real de tales necesidades.

También y no menos importante, en el supuesto puntual de víctimas de ASI, es menester implementar protocolos de acción de los diferentes profesionales que aborden la situación de las y los niños víctimas de abuso. Donde la escucha sea respetuosa del interés superior. Donde los espacios que deban transitar las personas menores de edad sean los apropiados para contener, para que se sientan cómodos para ejercer su derecho a expresarse y no se les cause un perjuicio emocional y es necesaria mayor celeridad en la resolución de las causas penales donde se imputan a un mayor como presunto autor del delito contra la integridad sexual. Paradójicamente muchas veces ocurre que las víctimas de abuso, pasan más tiempo en una institución del sistema proteccional (cuando no hay familia ampliada que pueda alojarlas) que lo que el presunto autor se encuentra privado de su libertad, percibiéndose en muchos casos que el Estado termina castigando a la víctima.

4.- Finalmente, si bien se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de la infancia desde el punto de vista normativo y se han implementado en la Provincia de Santa Fe algunas políticas tendientes a dar respuesta a las vulneraciones de derechos sufridas por las infancias y las adolescencias, queda un largo camino por transitar y muchas acciones por implementar. No obstante, es de resaltar la impor-

tancia de los espacios interdisciplinarios de debate y de formación de profesionales que trabajan en la temática de los derechos de niñas, niños y adolescentes, puesto que en definitiva es lo que posibilita que las intervenciones sean acordes a derecho y cumplan con su función reparadora, sumado a que las voces de los diversos actores que implementan estrategias de abordaje de situaciones problemáticas ejercen presión en la agenda política para que el tema en análisis no quede solo en la letra de la ley, sino que se vea plasmado en la realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- CALVI, Bettina. Abuso sexual en la infancia. Efectos psíquicos. Ed. Lugar. Bs. As. 2012.
- CALVI, Bettina. Traumatismos e Historias. Los modos de destitución de la subjetividad. Ensayo.
- FERNÁNDEZ BOCCARDO, Marta. Mujeres que callan. Ed. Entreideas. Bs. As. 2da reimpresión. 2016.
- GIBERTI, Eva. Psicoanálisis y víctimas Violencia conyugal: un modelo de intervención en terreno. Revista de Psicología (UNLP). Número 14. Agosto 2014. <http://sedici.unlp.edu.ar>
- GROSMAN, Cecilia - MESTERMAN, Silvia. Maltrato al menor. El lado oscuro de la escena familiar. Ed. Universidad. Bs. As. 1992.
- INTEBI, Irene. Proteger, reparar, penalizar. Evaluación de las sospechas de abuso sexual infantil. Ed. Gránica. Bs. As, Mexico, Santiago, Montevideo, 2013.
- JELIN, Elizabeth. Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales. Hacia una nueva agenda de políticas públicas. CEPAL. 2005.
- JOFRÉ, Graciela Dora. Víctimas inocentes y la IN-JUSTICIA. Diario digital femenino.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Herrera, Marisa. Lloveras, Nora. Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014. Tomo III. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2014.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. Amor y sexualidad, una mirada feminista. Curso de Verano. Universidad Menéndez Pelayo. Septiembre. 2008.
- REBOLLO PAZ, María Cristina. El abuso de autoridad de la justicia ante el abuso sexual infantil. <http://www.elpsicoanalitico.com.ar/num10/sociedad-rebollo-paz-abuso-sexual-infanti-intrafamiliar.php>
- VOLNOVICH, Jorge (compilador) Abuso sexual en la infancia 2. Campo de análisis e intervención. Grupo Editorial Lumen. Bs. As. 2014.

EJE 3

Infancias y sistema penal

LA TRAMPA MORTAL DE LAS BUENAS INTENCIONES

Justicia Penal Juvenil: pasado y futuro

Dra. María Dolores Aguirre Guarrochena ()*

El presente trabajo realiza un verdadero análisis histórico sobre la evolución en materia de justicia penal juvenil. En él queda bien delimitado el debate doctrinario, que acompañó la evolución histórica y que no ha podido ser zanjado hasta la fecha. Partiendo de la premisa de que el término niñez es parte de una construcción social, la autora realiza un desarrollo doctrinal e histórico de cómo evolucionó la justicia penal juvenil, los debates que aún están pendientes y los resultados que hasta la fecha ha arrojado la aplicación de la legislación vigente. Con una mirada centrada en el niño/adolescente, teniendo en cuenta las particularidades socioculturales de la región latinoamericana, se describe el proceso histórico que dio origen al régimen de la minoridad, para acabar en el desarrollo del funcionamiento en la Provincia de Santa Fe y los debates nacionales sobre la baja de la edad de imputabilidad.

This paper carries out a true historical analysis of the evolution in juvenile criminal justice. It is well defined in the doctrinal debate, which accompanied the historical evolution and has not been settled to date. Starting from the premise that the term childhood is part of a social construction, the author carries out a doctrinal and historical development of how juvenile criminal justice evolved, the debates that are still pending and the results that the application of the current legislation. With a look focused on the child / adolescent, taking into account the socio-cultural particularities of the Latin American region, the historical process that gave rise to the minority regime is described, to end the development of the operation in the Province of Santa Fe and the national debates on the decline in the age of imputability.

(*) Jueza de Menores. Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.

Antes de adentrarse en el estudio de las leyes que rigieron en Argentina la materia infanto juvenil, es necesario puntualizar algunos aspectos previos de orden filosófico, político, social y cultural dentro de los cuales deben contextualizarse aquellas.

Para empezar, es necesario decir que no se puede hablar de derecho penal sin hablar del poder. En efecto, se dice que el derecho penal -entendido como saber penal- parte de una determinada decisión ideológica que lo precede y que a su vez, le da su sentido y condiciona su desarrollo: o el derecho penal sirve para limitar el poder o, por el contrario sirve para legitimarlo¹⁰⁹.

Esta decisión ideológica no es antojadiza. En Argentina surge del programa constitucional y de tratados internacionales de Derechos Humanos que tienen aquella misma jerarquía, entre los cuales se encuentra la Convención de los Derechos del Niño. En síntesis, puede decirse que la decisión política que le da contenido al derecho penal surge de la Constitución y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional, los cuales asignan a este una función limitadora del poder punitivo del Estado.

Desde esa perspectiva, el presente trabajo se propone analizar dos aspectos: la creación de una categoría especial de sujetos (los niños/niñas y adolescentes¹¹⁰) como construcción histórica, socio-política y cultural y la selectividad del sistema penal en relación a este particular colectivo.

INFANCIA Y ADOLESCENCIA COMO CONSTRUCCIÓN SOCIAL

Como ya lo señalaron algunos autores, la infancia/adolescencia no alude a una entidad ontológica, a-histórica ni universal, sino que es el resultado de una construcción social y por lo tanto, histórica y cultural¹¹¹.

Precisamente cuanto más "natural" se presenta algo -y quién puede dudar de que la infancia es percibida como una "etapa natural" de la vida de un ser humano-, tanto más es indicativo de la existencia de un sistema de poder en el que una de las partes terminó por imponerse (al punto de no necesitar el ejercicio expreso de modo cotidiano, por considerarse algo "natural"). Ya los griegos planteaban jerarquías "naturales" del hombre en relación a la mujer, del amo en relación al esclavo y del adulto en relación al niño¹¹².

Debido a esta visión de la categoría de la infancia -como producto social, cultural y político- Emilio García Méndez afirma que "la historia de la infancia es la historia de su control"¹¹³, aludiendo a que los mecanismos sociales de creación del concepto de infancia se corresponden a los mismos mecanismos que llevaron adelante tanto el control social informal como formal de dicho grupo social, lo cual constituye una correspondencia muy notable aún hasta nuestros días, tal como este trabajo pretende evidenciar.

No se alude aquí al complejo proceso histórico-político-cultural que dio origen a esta construcción social por exceder el marco del tema propuesto y por constituir un tema en sí. Simplemente este trabajo se limita a marcar el nacimiento del movimiento de los Reformadores como uno de los hitos más tras-

109 Conf. Erbetta, Daniel, *"Proceso formativo de la teoría del delito"*, UNR Editora, Rosario, 2006, pág. 20.

110 Si bien el concepto de adolescencia es más tardío que el de niñez, los utilizaremos a ambos de modo conjunto, dado que la distinción de aquéllos excede el marco que se propone el presente trabajo.

111 Conf. García Méndez, Emilio, *"Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina"*, disponible en Internet, sin nota editorial.

112 Aristóteles, *"Política"*.

113 García Méndez, Emilio, op. cit.

cendentes en esta construcción en tanto grupo político que desarrolló tareas de control social informal de modo tan efectivo que puede decirse que es el antecedente inmediato de la primera experiencia institucional de control social formal que le siguió: el tribunal de Illinois. Luego, se hará hincapié en el proceso histórico y cultural que se dio en Latinoamérica y particularmente en Argentina.

EL MOVIMIENTO DE LOS REFORMADORES

Este movimiento surge en el Siglo XIX, en Estados Unidos de América. Se trata de un movimiento moralista de clase media y alta, en gran medida formado por mujeres, que encontraron con esta acción social un método de interacción, construcción de prestigio y ascenso de clase.

Anthony Platt describe el modo como se autopercebían los integrantes de este grupo social en estos términos: "la denominación 'salvadores del niño' se emplea para designar a un grupo de reformadores 'desinteresados' que veían su causa como caso de conciencia y moral, y no favorecían a ninguna clase ni ningún interés político en particular. Los salvadores del niño se consideraban a sí mismos altruistas y humanitarios, dedicados a salvar a quienes tenían un lugar menos afortunado en el orden social. Su interés en la 'pureza', la 'salvación', la 'inocencia', la 'corrupción' y la 'protección' reflejaba una fe firme en la rectitud de su misión"¹¹⁴.

Pese a que los integrantes de este movimiento se autopercebían como políticamente neutrales, lo cierto es que no lo eran. Se trató de un grupo político inserto en un país industrializado y en un contexto de expansión capitalista -sin que nada de ello fuera cuestionado-, desarrollando tareas de beneficencia y al mismo tiempo, de control social informal. Haciendo un análisis social y político de este grupo, Platt expresa que "el movimiento pro salvación del niño no era una empresa humanitaria en ayuda de la clase obrera y frente al orden establecido. Al contrario, su impulso procedía primordialmente de la clase media y superior, que contribuyeron a la invención de nuevas formas de control social para proteger su poderío y sus privilegios"¹¹⁵. En consecuencia, las tareas de protección de la infancia llevadas adelante por los Reformadores no se desarrollaban en un contexto políticamente neutro, sino que en todas estas acciones subyace la ideología de la defensa social: la protección sólo se concibe en clave de segregación del grupo pretendidamente "protegido".

Queda en claro entonces que el movimiento de los Reformadores desarrollaron tareas de control social informal sobre un grupo social excluido de los réditos económicos del sistema industrial capitalista, autoconvencidos de sus más incuestionables "buenas intenciones".

Hacia fines de aquel siglo, los Reformadores logran visibilizar esta categoría social de la infancia y adolescencia como "problema", contribuyendo de modo decisivo en el proceso de su construcción social.

CREACIÓN DEL PRIMER TRIBUNAL DE MENORES – ILLINOIS (1899)

La tarea de visibilización de la niñez/adolescencia -concretamente, de la niñez/adolescencia pobre de los grandes centros urbanos- como "problema" social llevada adelante por los Reformadores, sumado a la agudización de los conflictos y reclamos sociales nacidos como consecuencia de las desigualdades del capitalismo en expansión y a la carencia de leyes laborales protectorias¹¹⁶ genera un contexto en el cual es necesario encontrar un marco jurídico de contención para abordar aquellos casos puntuales críticos que resultaban del sistema económico social imperante.

Así es como nace el primer juzgado de menores en 1899, en el Estado de Illinois (EEUU). Nada es

114 Platt, Anthony M., *"Los 'Salvadores del Niño' o la invención de la delincuencia"*, editorial Siglo XXI, 3a. Edición en español, 1997, México, pág. 31.

115 Platt, Anthony M., op cit, pág. 21.

116 No está de más recordar que el Constitucionalismo Social, que incorpora una perspectiva protectoria de las clases trabajadoras, tiene su primera expresión en Latinoamérica, de la mano del hermano país de México, en 1917.

casual: Illinois constituye el segundo centro industrial más importante de aquel país (luego de Los Ángeles) y el segundo centro financiero más importante (después de Nueva York). Inclusive, no está de más recordar que la ciudad más poblada de este Estado es Chicago y su área metropolitana. Este es el contexto socio-político, cultural y económico en el cual se crea el primer Juzgado de menores del mundo, la primer experiencia mundial de control social formal de la infancia/adolescencia.

Esta nueva institucionalidad consagra la figura de un juez -una especie de "buen padre de familia", respecto del cual se dan por descontadas las "buenas intenciones"- dotándolo de poderes de carácter discrecional que serían ejercidos "en beneficio del menor"; pero sin cuestionar siquiera mínimamente lo obvio: en qué consiste ese "beneficio" ni cómo puede saberlo aquel juez.

Aquellos sujetos puntuales en los que el sistema social hacía crisis y que, por lo tanto, darían lugar a la intervención de este nuevo dispositivo estatal dispuesto "en su beneficio", serían "los menores" en términos de construcción socio-política. Al decir de Emilio García Méndez, "aquella porción de infancia/adolescencia que con motivo de su conducta o de su condición social entrara en contacto con este mecanismo de caridad/represión, se convertiría en "menor"¹¹⁷, es decir, en "objeto" en manos de una compleja red de operadores que decidirían por él, en "su beneficio".

Desde una lectura actual puede advertirse que el origen de los juzgados de menores responde a una cultura de judicialización de las políticas sociales, sustituyéndolas por normas jurídicas laxas que habilitaban pseudo-soluciones puntuales, sin modificar las causas que motivaban estos casos. La universalidad y transversalidad de las políticas públicas en materia de infancia/adolescencia -nacidas como consecuencia del giro copernicano provocado por la Convención de los Derechos del Niño- no estaba presente en el pensamiento político de esta época y era ejercida selectivamente por aquellos operadores del fuero de menores en casos puntuales de vulneración de derechos sociales básicos (particularmente en relación a la infancia/adolescencia pobre), con el convencimiento de estar inspirados en "buenas intenciones" y de ser la solución adecuada que debía darse a esos casos.

IMPORTACIÓN DE ESTAS IDEAS EN AMÉRICA LATINA

Como sucede en muchas ocasiones (más de las deseables, podría decirse) y en otras áreas del derecho, estas ideas fueron importadas en América Latina, aunque debiendo traducirlas a la tradición cultural y jurídica continental europea, que presenta profundas diferencias con la tradición jurídica anglosajona. A diferencia de esta última (que se estructura sobre la base del precedente judicial), para la tradición jurídica continental europea es preciso contar con una hipótesis legal que autorice la intervención del juez.

Para resolver este obstáculo -que no existía en la tradición anglosajona, como fácil es advertir- se recurrió a un criterio de intervención lo suficientemente amplio que pudiera abarcar el abanico de situaciones de la infancia/adolescencia excluida de las políticas sociales básicas. De este modo se le agrega a la figura del "menor" (que ya existía como concepto social) el aditamento "en situación irregular". Este concepto jurídico (en realidad, esta definición política) habilitaría la actuación de este complejo mecanismo institucional de los juzgados de menores el ejercicio de poderes discrecionales y la compensación, a través de normas jurídicas, de las carencias de las políticas sociales básicas.

El goce de los derechos de la infancia/adolescencia no era integral: en muchas ocasiones se limitaban algunos derechos (básicamente, la libertad) con la intención declamada de garantizar otros. De este modo y pese a que aquellos operadores sociales no lo visibilizaron de este modo, estando en juego la libertad de las personas en relación a un poder que decide sobre ella, entra a tallar el derecho penal -en su finalidad limitadora del poder, como antes se adelantó-, sea cual fuere la denominación que se le pretenda otorgar.

117 García Méndez, Emilio, op cit.

EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA INFANCIA/ADOLESCENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

En Argentina hubo dos grandes etapas de reformas jurídicas en lo que se refiere al derecho de la infancia/adolescencia:

- Una primera etapa (de 1919 a 1989), iniciada a partir de la sanción de la Ley de patronato de menores, que introduce la especialidad del derecho de menores y crea en el país un nuevo tipo de institucionalidad: la “justicia de menores”.
- Una segunda etapa (desde 1989 hasta el presente): iniciada a partir de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, incorporada luego a la Constitución Nacional en 1994 (art. 75 inc. 22) como uno de los diez tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que a partir de ese momento gozaban de jerarquía constitucional.

PRIMERA ETAPA	1919 – 1989	Ley 10.903: Ley de patronato o Ley Agote
		Decreto-ley 22.278/22.803: Régimen Penal de la Minoridad
SEGUNDA ETAPA	1989 hasta nuestros días	Convención de los Derechos del Niño Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes Leyes provinciales que adscriben a la ley nacional 26.061.

Si analizamos estas dos etapas en clave de procesos histórico-políticos, podremos visibilizar de qué modo se siguió construyendo el concepto social de infancia/adolescencia.

PRIMERA ETAPA (1919 – 1989)

Las primeras décadas del siglo XX están signadas por profundos cambios sociales, económicos y políticos producidos en los países centrales y en los periféricos como consecuencia de la expansión del capitalismo. Surgen nuevos grupos sociales y políticos y consecuentemente, la puesta en marcha de nuevas estrategias de identificación, clasificación y control estatal de la población. Concretamente en Argentina, se advierte la preocupación de las clases dirigentes por las masas urbanas de trabajadores e inmigrantes, que tan bien se encuentra reseñada en el libro *Las multitudes argentinas* de José María Ramos Mejía.

De esta etapa puede citarse algunos hechos históricos y políticos ocurridos en Argentina que aportan una clave de lectura para interpretar el contexto social, político, económico y cultural:

- el primer centenario de la Revolución de Mayo (1910) se celebra bajo estado de sitio a la par de que el modelo agroexportador estaba en pleno apogeo, dando una imagen de pujanza y progreso del país.
- unos años antes (1902) se sancionó la Ley de residencia, que permitía al gobierno expulsar a inmigrantes sin juicio previo. La ley fue utilizada por sucesivos gobiernos argentinos para reprimir la organización sindical de los trabajadores, expulsando principalmente a anarquistas y socialistas, generalmente italianos, españoles y polacos. Esta ley surgió a partir de un pedido formulado por la Unión Industrial Argentina y sectores terratenientes argentinos, es decir, es el fruto de la preocupación de la élite dirigente de Buenos Aires ante las masas urbanas de trabajadores e inmigrantes. Se trata de una ley claramente inscripta dentro de la ideología de la defensa social.

- La huelga de las escobas o huelga de inquilinos (1907): En agosto de este año se organizó un movimiento popular contra la suba de los alquileres en las casas de inquilinatos o conventillos de Buenos Aires y otras ciudades argentinas. La huelga duró aproximadamente tres meses y tuvo una notable adhesión de más de dos mil inquilinatos. La huelga de inquilinos tendrá como protagonistas a mujeres, niños y jóvenes resistiendo los desalojos con escobas y agua hirviendo. Durante la represión desplegada en ese período, fue asesinado por las tropas comandadas por Ramón Falcón un adolescente de 15 años, Miguel Pepe, a quien se lo vio arengando. Para el pensamiento político hegemónico de aquella época, este adolescente era uno de los tantos niños pobres que vivía en ese ambiente de descomposición social y que desembocaría inexorablemente en la delincuencia.
- La semana trágica (1919): en enero de ese año, durante el gobierno de Hipólito Yrigoyen, ochocientos trabajadores de los talleres metalúrgicos Pedro Vasena e hijos protagonizaron una de las más importantes manifestaciones obreras contra las malas condiciones de trabajo en la historia de la República Argentina. Luego de varios días de luchas los trabajadores consiguieron aumentos de sueldos, reducción de la jornada laboral, descanso dominical y reincorporación de obreros despedidos al costoso precio de cientos de obreros muertos y heridos, cuyo número exacto resulta aún desconocido.

Este pequeño grupo de hechos históricos permite delinear dos aspectos sociopolíticos. Por un lado, el nacimiento de un nuevo sujeto social: las masas. Por otro lado, la construcción del "otro" en esta época¹¹⁸: los inmigrantes, las mujeres, los niños y los trabajadores, sobre todo aquellos que reclamaban por mejores condiciones laborales que años más tarde consagraría el constitucionalismo social¹¹⁹. La ideología de la defensa social reclama el derecho de la sociedad de vivir seguros y tranquilos y para ello es necesario neutralizar a ese "otro" peligroso.

Específicamente en materia de infancia/adolescencia, podemos citar en este período dos leyes pilares que conformaron el control social formal de este sector social: la ley 10.903 de Patronato de Menores (Ley Agote) y la ley 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad.

LEY DE PATRONATO DE MENORES O LEY AGOTE (LEY 10.903)

En 1919 se sanciona la ley de Patronato de Menores o Ley Agote. Luis Agote fue un médico que tuvo activa participación política en la República Argentina. Se desempeñó como Diputado Nacional por el Partido Conservador elegido por la Provincia de Buenos Aires durante dos períodos: en 1910 y en 1916, amén de otros cargos públicos vinculados con el área de salud. Al igual que otros médicos de su época que tuvieron participación política, su actuación se inscribe dentro del higienismo, corriente política que pone el acento en la "higiene" para la prevención de enfermedades sociales. La figura del profesional médico ocupa lugares en la construcción del espacio público (Luis Agote, José María Ramos Mejía, José Ingenieros¹²⁰). Es una época fuertemente signada por la ideología positivista.

En 1919, casi inmediatamente después de la Semana Trágica -de la que se responsabiliza a los "chicuelos" y "pilluelos" que eran los primeros en presentarse donde hubiera desorden o ataque a la propiedad privada-, Luis Agote desempolva un viejo proyecto de su autoría de diez años atrás: el relativo a la infancia/adolescencia vista como problemática social, influido evidentemente por el Movimiento de los Salvadores del Niño. La ley 10.903 finalmente se sanciona en septiembre de ese año.

118 Este ejercicio de la construcción del Otro podemos rastrearlo a lo largo de la historia argentina, llegando a remontarnos a algunas de las más trascendentes obras de literatura política de nuestro país, tales como *El Matadero*, de Esteban Echeverría y *Civilización y Barbarie*, de Domingo Faustino Sarmiento y llega a extenderse hasta el presente, con la imagen de "la grieta", acuñada en estos tiempos no ya por libros sino por los medios masivos de comunicación social.

119 En Argentina, el Constitucionalismo Social encuentra su expresión en la Constitución de 1949, durante la primer presidencia de Juan Domingo Perón.

120 Resulta honesto admitir que José Ingenieros resulta difícil de encasillar exclusivamente dentro de esta corriente, dado que ha participado activamente en todos los movimientos políticos de su tiempo.

La síntesis ideológica de la ley 10.903 puede interpretarse fácilmente a partir de la lectura de sus artículos 14 y 15:

“Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la capital de la República y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo a una persona honesta pariente o no, o a un establecimiento de beneficencia, privado o público o a un reformatorio público de menores” (art. 14, los resaltados no pertenecen al texto original).

“Los mismos jueces, cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral y en la misma forma establecida en el artículo anterior” (art. 15, los resaltados no pertenecen al texto original).

En otras palabras, no era necesario que la persona menor de edad cometiera un delito -conducta típica, antijurídica y culpable- para motivar la intervención estatal. Alcanzaba simplemente con que este sujeto fuera víctima de un hecho de estas características. En todos los casos, el “abandono material o moral” o el “peligro moral” eran suficiente motivo para provocar la actuación del juez de menores y toda la maquinaria institucional, con consecuencias francamente impredecibles y por tiempo indeterminado.

En tal sentido, el art. 21 de la ley establecía que “se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones y objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”.

Mediante esta ley se trataba de lograr menores “sanos, higiénicos y productivos”, tal como expresara uno de los diputados durante el debate parlamentario.

En esta etapa se instala una lógica que no se abandonará jamás: la asimilación casi mecánica de “pobres-desviados-delincuentes-peligrosos” que es la base sobre la que se formularán todas las políticas sociales orientadas al control socio-penal de la población a lo largo del siglo.

De la mano de esta ley se van instalando todas aquellas instituciones vinculadas a los organismos técnico-administrativos y judiciales con competencia en menores¹²¹. El proceso de expansión del patronato y de creación de tribunales de menores se extendió hasta 1960, conformando todo el sistema de control social formal sobre la población infanto-juvenil e influyendo claramente en la definición político-social de la infancia/adolescencia.

Se trata de una legislación claramente adscripta a la Escuela Positiva -en auge a principios del siglo XX- y a la ideología de la defensa social, en franca oposición ideológica con los debates que por aquella época también se daban en relación al futuro Código Penal, que termina sancionándose en 1921. En efecto, apenas dos años después de la sanción de la ley de Patronato, se dicta el Código Penal argentino de 1921 (que se venía discutiendo desde 1916) que, con variantes, se mantiene hasta hoy. Se trata de un código que adscribe -en términos generales- a la Escuela Clásica (con algunas pocas concesiones a la Escuela Positiva, en auge en aquella época), consagrando un derecho penal de acto y fundamentando

121 Buenos Aires: 1937; Mendoza: 1939; Santa Fe: 1938; Córdoba: 1939; San Juan: 1959, entre otras.

el reproche en la culpabilidad del autor. Como puede apreciarse, ambas leyes responden a escuelas penales diferentes -con lógicas opuestas, por cierto- pese a haberse sancionado con muy poca diferencia temporal y pese, asimismo, a haber sido discutidas en forma prácticamente contemporánea.

La ley de Patronato rige las intervenciones del control social formal de la niñez/adolescencia argentina durante casi cien años y es derogada en el año 2005, cuando se sanciona, en septiembre, la ley 26.061, durante la presidencia del Dr. Néstor Kirchner. Su larga vigencia explica, en parte, la dificultad actual por concretar el nuevo paradigma de la protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes -al que se hace referencia más adelante- y, en parte, una cierta y solapada "defensa" nostálgica de las instituciones y soluciones que se brindaban en aquella época, que a veces se escucha en el diálogo social.

RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD (DECRETO-LEY 22.278):

A principios de la década del 70, se acentúa en Argentina la crisis social y política que se venía desarrollando desde décadas anteriores. Se quiebra el Estado de Bienestar nacido como consecuencia del constitucionalismo social. El ajuste fiscal, el achicamiento del gasto social, junto con la reducción drástica de oportunidades de trabajo y la precarización laboral -como consecuencia de una irrestricta apertura a los mercados internacionales y a las importaciones de productos manufacturados- contribuyeron a ampliar los sectores desfavorecidos, en especial la niñez/adolescencia.

El 24 de marzo de 1976 se produce el golpe cívico-militar, con devastadoras consecuencias humanas y sociales por las graves violaciones a los Derechos Humanos acontecidas en ese período. No se desarrollará aquí este importante acontecimiento histórico-político (a pesar de su innegable trascendencia en este tema) porque se asume que probablemente nuestras lectoras y lectores lo tienen inscripto como historia personal.

De esta etapa data el Decreto-ley 22.278 (año 1980) que fijaba la edad de responsabilidad penal en los 14 años. Esta normativa fue apenas modificada en mayo de 1983 -poco antes de la apertura democrática, producida en diciembre de ese mismo año- a través del Decreto-ley 22.803, elevando el límite de responsabilidad penal a los 16 años¹²² y manteniendo invariable el resto del articulado.

Para el desarrollo de esta normativa, se mantiene en este trabajo el término "menor", no sólo porque es el empleado expresamente en el texto, sino porque también obedece a la ideología subyacente que la inspira, es decir, al paradigma de la situación irregular. Amén de ello, es preferible no maquillar las leyes con términos políticamente correctos, pero que perpetúan prácticas consagradas bajo otro paradigma, algo relativamente frecuente en esta materia.

Este decreto-ley clasifica a los menores en dos grupos:

MENORES NO PUNIBLES (ART. 1):

En este grupo quedan comprendidos todos aquellos sujetos que no hayan cumplido los 16 años de edad y además, todos los sujetos que no hayan cumplido los 18 años de edad a quienes se acuse de delitos de mínima significación penal (delitos de acción privada, delitos reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación).

¹²² Sobre este punto, resulta interesante lo señalado por Florencia Gentile -socióloga argentina contemporánea- durante una conferencia a la que recientemente hemos asistido: si se analiza la historia argentina y las diversas leyes que regularon la edad de la responsabilidad penal juvenil, se puede advertir una notable correspondencia entre momentos histórico-políticos de apertura y promoción de derechos con leyes que elevan la edad de la responsabilidad penal y, contrariamente, momentos histórico-políticos de crisis y restricciones de derechos sociales con leyes que disminuyen la edad de la responsabilidad penal. Si bien en mayo de 1983 aún se encontraba en ejercicio del poder la dictadura cívico-militar, Argentina se encontraba en los albores de una inminente democracia y venía de la feroz derrota que significó la Guerra de Malvinas, lo cual minó el poder detentado por los dictadores.

De este modo, quedan incluidos en este grupo todas las personas menores de 16 años (sin distinciones) y también aquellas personas menores de 18 años acusadas de cometer delitos tales como hurto, violación de domicilio, resistencia a la autoridad, daño, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuere el cónyuge, entre otros. En este punto vale la pena aclarar que estos delitos se identifican a partir de la escala penal considerada en abstracto en el tipo penal.

MENORES PUNIBLES (ART. 2)

En este grupo quedan comprendidos todos aquellos sujetos que no hayan cumplido 18 años de edad acusados de haber cometido un delito no enumerado en el artículo anterior.

Esta es la normativa actual que rige en Argentina, lo cual denota la dificultad habida durante la democracia argentina para debatir un régimen de justicia penal juvenil que sea acorde a los estándares internacionales a los que el país ha adherido. Pese a que hubo diversos intentos durante algunos gobiernos democráticos, los mismos se vieron frustrados por ocupar el debate alrededor de la edad de punibilidad -o responsabilidad penal-, el eje central (y, a veces, único)¹²³.

Actualmente, el Decreto-ley 22.278 coexiste normativamente con la Convención de los Derechos del Niño -que se verá más adelante en este mismo trabajo-, con la ley nacional 26.061 (de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes) y con todas las leyes provinciales que se dictaron como consecuencia del impacto provocado por el nuevo paradigma de protección integral. Ello ha llevado a que autores como Emilio García Méndez acuñara la expresión "esquizofrenia jurídica" para denotar la vigencia simultánea de dos paradigmas con lógicas y concepciones francamente opuestas: el paradigma de la situación irregular y el de la protección integral de derechos.

La justicia penal juvenil no es ajena a la apuntada "esquizofrenia". Si bien el Decreto-ley 22.278 sigue vigente, el notable impacto producido por la Convención de los Derechos del Niño obligó a los y las operadoras a interpretar convencionalmente aquella normativa, generando una serie de prácticas y de relaciones inter-institucionales (no exentas de "buenas intenciones") difíciles de sistematizar debido a su diversidad y a la variedad de interpretaciones.

Es por este motivo que, obligadamente, se intentará desarrollar esta ley en líneas generales, dado que muchas de sus normas e institutos han desaparecido de las prácticas cotidianas o bien se encuentran francamente atemperadas.

Hecha tal aclaración, puede decirse que tratándose de menores no punibles acusados de cometer un delito, el caso no da origen a un proceso penal en sentido estricto: no hay acusación (en términos procesales penales). Tampoco interviene un órgano acusador (fiscalías u otras denominaciones que se le asignan). Las y los Jueces de Menores¹²⁴ ordenan medidas investigativas que permitan conocer la materialidad del hecho y la participación del sujeto menor de edad. Pero concretamente respecto de la persona del acusado, los Jueces de Menores no disponen de medida alguna -pese al texto expreso de los artículos 1 y 3 del Decreto-ley 22.278-, sino que ello origina la intervención al organismo administrativo de protección y promoción de derechos¹²⁵. Una vez finalizada la investigación de la materialidad del hecho y la participación del acusado, se dispone el archivo de las actuaciones con fundamento en la condición de "menor no punible" del mismo, sin que este antecedente pueda ser utilizado posteriormente para disponer ningún tipo de medida penal a su respecto¹²⁶.

123 El concepto de responsabilidad penal ha sido confundido con el de "inimputabilidad", siendo que responden a cuestiones bien diferentes. No se analizará aquí este riquísimo aspecto por exceder el tema propuesto.

124 Esa es la denominación que aún se emplea en la Provincia de Santa Fe, en virtud de la ley 11.452 (Código Procesal de Menores). En otras provincias argentinas, se emplea la denominación de Jueces de Garantías o Jueces de Responsabilidad Penal Juvenil.

125 En la Provincia de Santa Fe, es la Dirección Provincial de Niñez. En la Provincia de Santa Fe, en todos estos casos también interviene la Asesoría de Menores, en virtud del Código Procesal de Menores, ley provincial 11.452.

126 Vale la pena aclarar que esta es la interpretación y la práctica mayoritaria que se observa en la Provincia de Santa Fe. No obs-

Tratándose de menores punibles acusados de cometer un delito, la práctica es otra: se origina un auténtico proceso penal¹²⁷. Se formula una acusación en sentido técnico -a fin de que el acusado conozca a ciencia cierta de qué se lo acusa- y en el proceso interviene un órgano acusador, la defensa y la Asesoría de Menores¹²⁸.

No se desarrollará aquí las particularidades del proceso penal juvenil santafesino, por entender que esta publicación tiene pretensiones que exceden el territorio provincial y por existir una importante cantidad de diseños procesales en esta área -con notables diferencias entre sí- en las diversas provincias que componen la República Argentina. Simplemente, se limita el análisis a señalar algunas particularidades que surgen de la normativa de fondo, esto es, el art. 4 del decreto-ley 22.278.

Una de esas particularidades lo constituye la cesura de juicio en los procesos penales seguidos a menores punibles. En efecto, en estos procesos se dictan dos sentencias de fondo, en las que se analizan diversos aspectos: una sentencia declarativa de responsabilidad (en la que se analiza la conducta traída a fallo desde la perspectiva de la teoría del delito y el eventual grado de participación observada en el sujeto acusado) y otra sentencia, posterior, en la cual se decide si corresponde aplicar o no una pena al imputado. Ambas sentencias se encuentran precedidas por un debate entre las partes y por el dictamen de la Asesoría de Menores¹²⁹.

En alguna ocasión anterior, se ha expresado expresado que “a nuestro entender, la cesura de juicio es una característica valiosa de los procesos seguidos a personas menores de edad, dado que permite evaluar separadamente el juicio acerca de la existencia del delito y la participación en él del imputado de la necesidad o no de imponer una sanción penal, dando lugar a debates bien diferenciados. En otras palabras; la cesura de juicio implica una mayor exigencia de análisis a la hora de decidir la eventual aplicación de una sanción penal, habilitando un debate previo y expreso en tal sentido”¹³⁰.

Otra de las particularidades del proceso penal juvenil -que también deriva del art. 4 del Decreto-ley 22.278- está dada por la posibilidad de aplicar al acusado la escala penal reducida prevista para la tentativa pese a que el delito atribuido se encuentre consumado o, incluso, la posibilidad de absolverlo. Se entiende que ello constituye una facultad de los y las magistradas del fuero de menores y no un derecho del imputado, por lo que su aplicación no es automática. Esta facultad se aplica teniendo en consideración los logros obtenidos durante el desarrollo de la medida socio-educativa¹³¹ o, incluso, los alcanzados luego de ella. A tal conclusión se arriba -pese a que ello no surge del texto expreso de la ley- argumentando que si el logro no fue directamente motivado por el desarrollo de la medida socio-educativa,

tante, en otras provincias argentinas se investiga la materialidad del hecho y, eventualmente, se dictan resoluciones desincriminantes en caso de que se constate que el acusado no tuvo participación en el hecho o media otra causal absolutoria.

127 En la Provincia de Santa Fe, rige un sistema de enjuiciamiento penal para adultos desde febrero de 2014 (que implementa el sistema acusatorio y adversarial), restando aún la implementación respecto de la Justicia Penal Juvenil. Ello genera graves inconvenientes no sólo por ser el primero de aquellos sistemas acorde al mandato constitucional, sino también por existir un importante número de casos en los cuales intervienen en el mismo hecho presuntamente delictivo personas mayores y menores de edad. Ello da lugar no sólo a dobles investigaciones sino (y esto es lo peor) a diferentes tratamientos procesales a los diversos sujetos, de acuerdo a su edad (con institutos procesales adversariales mucho más restringidos en perjuicio de las personas menores de edad, constatable en las prácticas cotidianas).

128 Respecto de las funciones de las Asesorías de Menores, tanto en los procesos con menores punibles como en los procesos con menores no punibles, existe un amplio debate, aún no zanjado, respecto de su verdadera naturaleza y necesidad. El presente trabajo se limita a mencionar la intervención de estos funcionarios, sin otras consideraciones que puedan merecer.

129 Como puede advertirse, la responsabilidad penal del acusado y la aplicación de una pena se resuelven en una única sentencia, si se trata de un imputado mayor de edad.

130 Aguirre Guarrochena, María Dolores, “Justicia Penal Juvenil: ¿especialidad o enmascaramiento de un sentido común paternalista?”, Editorial Juris, Rosario, 2017, pág. 57.

131 Pese a lo que se viene desarrollando, no puede dejarse de señalar que el término “medida socio-educativa” no deja de ofrecer tensiones por constituir, eventualmente, un nuevo eufemismo para no nombrar el viejo “tratamiento tutelar”, atento a que un nuevo nombre no modifica la naturaleza jurídica ni el contenido de aquél.

cativa -o gracias a ella- lo cierto es que la persona ha logrado concebir un proyecto de vida personal valioso para sí mismo y para los demás, por lo que la resocialización (que es el fin de la pena, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente¹³²), se encuentra alcanzado, tornando por lo tanto estéril la aplicación de una pena por carecer de todo sentido.

SEGUNDA ETAPA (DESDE 1989 HASTA NUESTROS DÍAS)

El 20 de noviembre de 1989, Naciones Unidas adopta la Convención de los Derechos del Niño, luego de diez años de intensos debates. La misma entra en vigor el 2 de septiembre de 1990, de acuerdo a su artículo 49. Este Tratado de Derechos Humanos provoca un giro copernicano en la construcción socio-política del concepto de infancia: de la consideración del niño o niña como "objeto" de la caridad/represión, los mismos pasan a ser considerados sujetos de derechos.

Limitando el análisis específicamente a la temática penal juvenil, la CDN supone la vigencia de todos los derechos y garantías de los que gozan las personas adultas a lo que se agrega un plus de derechos. Dicho de otro modo, los principios de conducta, legalidad, culpabilidad, inocencia y debido proceso deben regir por igual en los procesos penales de adultos o de adolescentes dado que resulta un standard mínimo de garantías reconocido para todo el género humano.

En un intento de sintetizar los principales cambios que provoca este Tratado, podemos decir que el mismo implica:

- Pasar de la palabra sustituida de los niños/adolescentes (suplantada por la de los adultos que actuaban "en su beneficio") al derecho de los niños/adolescentes a ser oídos.
- Pasar de la aplicación selectiva de soluciones supletorias en aquellos casos puntuales en los que el sistema hacía crisis a implementar políticas públicas, destinadas a toda la niñez y adolescencia, es decir, universales y transversales.
- Pasar de la judicialización de la problemática social a la desjudicialización de la cuestión, colocando la gestión de la misma en manos de órganos administrativos.
- Pasar de la vigencia parcial de derechos (a costa de otros, principalmente la libertad) a la vigencia simultánea de todos los derechos.
- Pasar de un proceso penal con fuertes rasgos inquisitivos a un proceso penal de corte acusatorio, con clara diferenciación de los órganos de la acción y de la jurisdicción.
- La prohibición de la pena de muerte a personas que cometieron delitos cuando eran menores de edad.
- La prohibición de aplicar prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación a personas que cometieron delitos cuando eran menores de edad.

No obstante, ya se ha adelantado que en Argentina no se ha sancionado aún una normativa penal juvenil acorde a estos parámetros, a la vez que pueden encontrarse realidades socio-políticas que todavía dificultan dar el paso de una vigencia formal a una vigencia real de esta nueva concepción de niñez/adolescencia nacida a partir de la Convención de los Derechos del Niño.

¹³² Artículo 5 punto 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 10 punto 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 1 de la ley 24.660.

DEBATE ACTUAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Actualmente, en Argentina se vuelve a debatir acerca de la determinación de la edad de la responsabilidad penal, aspecto que no escapa al tema que se viene analizando, esto es, la construcción social de la infancia y los mecanismos sociales de control social formal e informal que inciden en la misma, a lo que cabe agregar la presencia de nuevos actores que influyen en este proceso, tales como los medios de comunicación.

En líneas generales, en los medios de comunicación se utilizan argumentos emocionales a partir de casos aislados que presentan ciertas características específicas (crueldad, espectacularidad, dolor, morbo). Se intenta formar una opinión pública adecuada al avance del poder punitivo, a partir de prejuicios y conceptos erróneos (tales como otorgar a la niñez carácter ontológico o "natural", desconociendo que en realidad se trata de una construcción social).

A modo de simple muestra, resulta interesante citar un informe elaborado por UNICEF Argentina sobre prensa escrita, realizado durante todo el curso del año 2008¹³³. Según este informe, en las notas relativas a Educación, Deportes y Recreación el índice de términos peyorativos no supera el 2,5 %; en las notas referidas a chicos en situación de calle o implicados en episodios de violencia, el índice de términos peyorativos ronda el 30% y en las notas relativas a adolescentes en conflicto con la ley penal, ese porcentaje se eleva al 65%¹³⁴.

Esta "criminología mediática", tal como la denomina el Profesor Dr. Eugenio Zaffaroni, pretende o persigue la construcción de un "otro monstruoso" capaz de realizar las peores atrocidades. Se construye un "enemigo", a quien convendría "encerrarlo" (si es posible, para siempre) para que deje de ser un "problema" para la sociedad. Todo lo que el poder punitivo haga actualmente respecto de esos sujetos es poco, casi nada. Las principales víctimas de estas estrategias mediáticas son los varones jóvenes, pobres¹³⁵ o habitantes de barrios suburbanos, con algunos niveles de atraso escolar y precaria inserción laboral¹³⁶.

En este contexto social, político y económico argentino -que claramente influye en la percepción de la categoría infancia/adolescencia- se inserta la discusión sobre la denominada "baja de la edad de la punibilidad", pretendiendo llevarla a 14 ó 15 años, pese a que los delitos cometidos por personas menores de 18 años son estadísticamente insignificantes en relación al total de delitos cometidos en la República Argentina¹³⁷. La infancia/adolescencia, en tanto construcción social, sigue modificándose en un proceso colectivo que llega hasta el presente y que interpela a toda la ciudadanía. Se es parte de ese

133 UNICEF Argentina "El encierro mediático. Cómo hablan los diarios sobre los chicos en conflicto con la ley penal", disponible en Internet en www.unicef.org/argentina/publicaciones

134 Este estudio se realizó durante el curso del año 2008, analizando artículos de contenido informativo publicados en once medios de alcance nacional y once medios de alcance provincial de la República Argentina. La rigurosidad de la muestra analizada -que sólo incluía artículos de contenido informativo y excluía otras publicaciones tales como cartas de lectores o editoriales, entre otros- da cuenta de la seriedad del trabajo y, en consecuencia, de su confiabilidad.

135 Según estimaciones oficiales, la pobreza subió al 35,4 por ciento y ya alcanza a 15,9 millones de argentinos. Dato extraído del artículo periodístico de infobae del 30 de septiembre de 2019.

136 Valga como dato que la desocupación en Argentina en el segundo trimestre de 2018 ascendió al 9,6%, lo que significó casi un punto respecto del mismo período de 2017 (8,7%), de acuerdo a estadísticas oficiales del INDEC. Datos publicados en <http://www.ambito.com/934301-crecimiento-la-desocupacion-al-96-en-el-segundo-trimestre-es-la-tasa-mas-alta-en-la-era-macri>. De acuerdo al artículo citado, "si las cifras del organismo se proyectan a nivel país, cerca de 1.900.000 personas están sin trabajo y 2.100.000 se encuentran subocupadas".

137 Tratándose de un país federal, en Argentina existen tantos Poderes Judiciales como cantidad de provincias, a lo que debe sumarse el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Poder Judicial Federal. En consecuencia, la realización de estadísticas es una tarea ardua y compleja, por la falta de uniformidad en los criterios para agrupar la información. De todos modos, según un informe del Sistema Nacional de Información Criminal dependiente del Ministerio de Seguridad de la Nación, sobre el total de denuncias radicadas en comisarías en el año 2015, sólo el 10% identificaron al presunto autor de ese hecho. De ese porcentaje, el 26% serían personas menores de edad. Dato extraído de <https://www.lanacion.com.ar/1982397-segun-el-ministerio-de-justicia-el-26-de-los-delitos-es-cometido-por-menores>. En ese mismo artículo periodístico se expresa que "los pocos estudios que se conocen indican que los menores de 18 años tienen intervención en menos del 5% de los crímenes violentos".

proceso de modo inevitable, probablemente retroalimentándolo en un sentido o en otro. Por lo tanto, la postura crítica permanente es un deber ético que exige leer los acontecimientos sociales con perspectiva histórica y, a la vez, relevar aquellas características sociales que tornan más vulnerables a algunos grupos de sujetos a ser captados por el sistema punitivo. Pero, sobre todo, es necesario estar atentos a la trampa mortal de las “buenas intenciones” que muchas veces ronda la justicia penal juvenil: la historia demuestra que el proceso penal jamás ha significado un bien para persona alguna.

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Entre el intento de proteger y el deseo de castigar

*Dra. Olga L. Salanueva**
*Lic. Inés Berisso***

Las autoras se proponen trabajar la justicia penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires, desde una perspectiva crítica, que interpele los fundamentos legales y las prácticas reales a la hora de aplicar el sistema penal para adolescentes. El antagonismo entre los dos verbos que guían el presente trabajo, “proteger” y “castigar” vislumbran un conflicto de intereses y de posturas ideológicas que no intenta ser resuelto en el texto, sino más bien, planteado como incógnita a resolver a partir del debate crítico de la experiencia lograda.

The authors intend to work on juvenile criminal justice in the Province of Buenos Aires, from a critical perspective, that challenges the legal foundations and real practices when applying the criminal system for adolescents. The antagonism between the two verbs that guide the present work, “protect” and “punish” envision a conflict of interests and ideological positions that are not intended to be resolved in the text, but rather, raised as unknown to be resolved from the critical debate of the experience gained.

* Profesora extraordinaria en grado de emérita FCJyS.-UNLP. Directora de la Maestría en sociología jurídica. Docente investigadora cat.l.

** Socióloga UBA- Profesora adjunta interina en Introducción al pensamiento científico-FCJyS- UNLP y docente ordinaria de Metodología de la investigación social 1.FAHCE- UNLP

I. PROTEGER

Una extensa y muy calificada bibliografía existe sobre el tema de la niñez y adolescencia a nivel nacional e internacional. El tratamiento riguroso articulando los hechos y el derecho constituyen en este momento un patrimonio cultural y científico para investigadoras y docentes necesario e ineludible. Para este artículo se ha tenido como referencia a solo algunas autoras y autores, que serán mencionados en la bibliografía.

Se señalará algunas cuestiones muy antiguas sobre cómo tratar a la niñez y adolescencia que entra en conflicto con la ley penal.

Qué pasa cuando roban, hurtan, dañan la propiedad, integran bandas, o adultos inescrupulosos los usan para cometer tropelías. Cuando estos hechos suceden, y han acontecido en todas las sociedades pasadas y presentes, aparecen personas, grupos que se interrogan sobre qué hay que hacer... cómo terminar con estos ladronzuelos, dañinos que atentan contra la paz urbana, que están fuera de la ley.

Las respuestas han sido y son poco imaginativas, el "algo hay que hacer" finaliza en aplicar algún castigo razonable, atendiendo a la edad, tipo de delitos y a otras circunstancias algo difusas como si tiene o no familia o algo o alguien que se haga cargo. Pero siempre, siempre hay que castigar, corregir, disciplinar, proteger para evitar daños a sí mismos o a otros¹³⁸.

La imaginación creadora de cómo corregir, disciplinar, proteger ha transitado al menos en Argentina en la búsqueda sin éxito, a través de la legislación punitiva, de apartar a los pequeños/as indeseables del camino de la maldad. Los niños, niñas y adolescentes son corregibles, edúcalos y verás los frutos.

Con la intención de corregir y asistir la niñez al margen de la ley y de las buenas costumbres apareció en el siglo XX una ley específica que daría respuestas al problema. Así decían sus autores, hombres probos, legisladores honestos, que habían accedido a las bancas legislativas mediante elecciones fraudulentas, pero con muy buenas intenciones, entre ellas legislar sobre menores, prostitución, vagancia y otras malas costumbres a las que se debía poner fin.

La ley famosa que perduró hasta la sustitución por otras nacionales y provinciales fue la denominada Ley Agote (Ley 10.903) sancionada en el mes de setiembre de 1919. Agote venía proponiendo un régimen legal para atender a la minoridad desde el año 1910. En todo ese tiempo nada había movido el desinterés de legisladores y gobernantes sobre la cuestión.

¿Qué pasó entre los años 1918 y 1919 para cambiar el rumbo legislativo? Primero la finalización de la Primera Guerra Mundial que provoca que muchos europeos, italianos, franceses, judíos ingresen a la Argentina y entre ellos muchos luchadores sociales y sindicalistas perseguidos por sus ideologías revolucionarias. Los anarquistas y socialistas que llegan se insertan en las capas obreras de las fábricas próximas a la ciudad de Buenos Aires y encuentran ocupación y una recepción esperanzadora entre los obreros y obreras que necesitaban mejorar las condiciones de los salarios, las horas de trabajo, los descansos semanales. Esto trajo huelgas y desde el gobierno, represión sanguinaria, cárcel y expulsiones del país. Aumenta significativamente en la ciudad de Buenos Aires la niñez y adolescencia abandonada, expuesta a la explotación por unos centavos por familiares y adultos inescrupulosos. Según estadísticas mencionadas en los debates legislativos del año 1919 unos 15.000 vagaban por las calles expuestos a las penurias humanas y materiales.

En enero de 1919 se produce otro hecho determinante que conmueve a los legisladores nacionales y muestra la fiereza del gobierno de Yrigoyen, la huelga en los Talleres Vasena y la represión policial, militar y de organizaciones mafiosas privadas (La Liga Patriótica) que no trepidan en matar y encarcelar a los obreros rebeldes. Esos hechos ocurridos entre el día 7 y 14 de enero dieron lugar a lo que se conoce como "semana trágica".

¹³⁸ Para un análisis pormenorizado de leyes vigentes y proyectos de ley véase: Herbely Gandulfo, 2018 y Guemureman y Bianchi, 2018.

Agote expresaba así la necesidad de una ley de cuidado y vigilancia de la niñez en la sesión legislativa del 14 de enero de 1919:

“Hoy no hay nada quizá que interese más a la Cámara [... de Diputados de La Nación] y al país que esta cuestión de la vigilancia y del cuidado de la infancia, sobre todo, en aquellas clases donde faltan los recursos suficientes para educarla y mantenerla dentro de una línea de conducta honesta y moral. Los señores diputados habrán visto en aquellos días que hoy llamamos la “semana trágica”, que los principales autores de los desórdenes, que los que iban a la cabeza en donde había un ataque a la propiedad privada o donde se producía un asalto a mano armada, eran los chicuelos que viven en los portales, en los terrenos baldíos y en los sitios oscuros de la Capital Federal”

El Sr. Agote puede haber tenido muchas buenas intenciones pero claramente hay una dominante: sacar a la niñez y adolescencia por razones políticas de las calles y baldíos, porque son peligrosos, fácilmente sometibles a influencias de ideas y acciones anarquistas y socialistas que atentan contra la propiedad privada y consecuentemente contra una sociedad de buenas señoras y señores generalmente blancos, católicos y propietarios.

Así la Ley 10.903 inicia en el año 1919 su largo tránsito dejando algunas enseñanzas y dudas razonables sobre si logró el cometido de resguardar, asistir y proteger a la niñez en peligro moral y material y apartar y encerrar por un tiempo a los “chicuelos” que cometen delitos.

Esta ley 10.903 da comienzo a una larga etapa legislativa, que aún no ha finalizado, de atender a la niñez y adolescencia que está en situación de abandono material y moral o comete infracciones o delitos de diversa gravedad punitiva¹³⁹.

En el presente la ley nacional y las provinciales sobre el tema, no han terminado de instalarse como marcos normativos de referencias precisas para tratar la minoridad.

La ley 26.061 promulgada el 21 de octubre del año 2005, deroga la ley 10.903 y a través de 75 artículos y tres de forma¹⁴⁰ establece un paradigma de derechos, principios, definiciones, protecciones y garantías amplísimos a favor de la niñez y adolescencia .

Ello se puede comprobar al menos en los tres primeros artículos que se refieren el 1º afirma que la ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Estos derechos son de máxima exigibilidad y se sustentan en el interés superior del niño. Son deberes ineludibles del Estado hacerlos cumplir. El artículo 2º dispone que la Convención de los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las actividades administrativas, judiciales y otras en la que estén involucrados menores de 18 años. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. El artículo 3º define que se debe entender por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Este extenso artículo enumera los derechos que la ley les otorga siguiendo a la Convención, tal vez el más importante sea el considerarlos sujeto de derecho pues de él derivarán el ser oídos y tenida en cuenta su opinión, respeto por su núcleo familiar, por su capacidad y otras condiciones humanas. El principio del interés superior del niño rige para la patria potestad, filiación, adopción, restitución, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

La ley se refiere asimismo a las políticas públicas, a los deberes y obligaciones de funcionarios administrativos y judiciales encargados de aplicarlas. El Estado, merced a esta ley crea organismos, entidades y servicios para atender integralmente las niñas, niños y adolescentes. Ellos son: la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia; el Defensor de

139 Más información sobre el recorrido legislativo y el abandono del paradigma del patronato puede encontrarse en Herrera, 2015 y López, 2015.

140 Decretos Reglamentarios 415 y 416 del año 2006 y Anexos

los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y organizaciones no gubernamentales. Todas con sus estructuras, personal, requisitos para las designaciones, funciones, deberes y obligaciones, sanciones por incumplimiento de algunos de ellos.

Es una ley multifuncional de acuerdo a las nuevas técnicas legislativas que establece derechos, principios, garantías, organizaciones, definiciones, políticas públicas y sus alcances y procedimientos administrativos y judiciales, inclusive modificaba el artículo 310 del código Vélez, y procedimentales 234 y 236 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¿Se cumple la ley? Si se observa cómo funciona, cómo cada empleado/a, juez/za, funcionarios/as administrativos/as y judiciales operan dentro de la complejidad normativa, se puede afirmar sin temor a equivocaciones que su cumplimiento es limitado, que si bien la ley fue un gran paso adelante en el tratamiento de la minoridad, su aplicación queda a los dispares criterios interpretativos de cada agente gubernamental y judicial.

A su vez aparecen los regímenes provinciales y municipales porque supuestamente Argentina es una organización política federal. La cuestión no mejora, la distancia entre lo que disponen las leyes provinciales y su aplicación vuelve a mostrar diferencias importantes.

Anterior a la ley nacional, se promulga en enero del año 2005 la ley de la Provincia de Buenos Aires 13.298 de Protección y Promoción Integral de los Derechos de los Niños y se reglamenta por el decreto provincial Nro. 300 de marzo de 2005. Esta ley pone fin a la Ley 10.093 del patronato de menores y al decreto Nro. 10.067 del año 1983.

Esta ley multifuncional sigue los principios, garantías y protecciones que establece la Convención de los Derechos del Niño (CDN) donde el eje central de los derechos de la niñez y adolescencia se estructura a través de la justicia. Es el poder judicial a través de juzgados de familia encargados desolucionar las demandas de los sujetos de derecho la niñez y la adolescencia.

Estas leyes si bien vuelven la mirada hacia una infancia sujeto de derechos desde el momento de la concepción hasta los 18 años, la sombra de la judicialización y de criterios dispares entre jueces y funcionarios/as en la aplicación e interpretación, las deviene en algunos casos urgentes, en la práctica de ritualismos inoperantes que dañan a la niñez y adolescencia. Los casos de drogadicción, tratamientos urgentes por enfermedades crónicas, abrigos, discapacidades no admiten demoras ni vueltas burocráticas, sin embargo los juzgados no aparecen como instituciones al servicio de cumplir con los objetivos de las leyes.

El otro gran problema que enfrenta la niñez y adolescencia es la interpretación del "interés superior del niño". Si bien la ley nacional 26061 y la de la provincia de Buenos Aires Nro. 13.298 definen el "interés superior del niño", dicha cuestión cae en la "interpretación" jurídica y judicial cada vez que se pretende amalgamar el hecho en la que se ve involucrado el niño/a y la aplicación del principio.

Esa labor interpretativa no logra poner de acuerdo a jueces y juezas y tampoco a autoras calificadas de disciplinas jurídicas y sociales. Cada quién le imprime un matiz parecido pero, diferente y ello hace que el principio queda sometido, cuando de la justicia se trata, a definiciones y alcances erráticos. En realidad el derecho nunca articula bien el ser con el deber ser (sein y sollen), ello acentúa la distancia entre lo dispuesto, definido en las leyes y normas jurídicas con los hechos que protagonizan las personas, cualquiera sea la edad de ellas. "Encajar" las conductas humanas a lo normado es la labor predominante de la justicia. El jurista sueco Olivecrona en una antigua edición de 1939 en inglés *Law as fact* dice que "las normas jurídicas pueden definirse como ideas de acciones imaginarias a sercumplidas por personas (p.ej. jueces) en situaciones imaginarias" (Olivecrona 1939:28)

Pero los hechos a los que se aplican las ideas imaginarias son siempre molestos en relacionarlo jurídico y judicial y esa labor la realizan jueces y juezas. Además toda la justicia protectora y penal en materia de minoridad opera ex post facto y en consecuencia los daños, las víctimas y victimarios, los derechos vulnerados ya se han producido.

Antes de finalizar el ítem I se hace una breve referencia a la ley 12.607 de la Provincia de Buenos Aires que fuera derogada por la ley 13.298/05. Esta ley nunca entró en vigencia a pesar que fue sancionada por unanimidad el 28 de diciembre de 2000. Quienes la impulsaron e intervinieron en su construcción eran académicos/as, algunos abogados/as entendidos en los problemas de la minoridad y legisladores que denunciaban la aplicación de la ley 10.067/83 de la dictadura cívico-militar que mantenía el patrón y el principio de la situación irregular de la niñez y de la juventud. La ley 12607 primordialmente cambiaba el eje de la protección y promoción de los derechos de la niñez, los establecía en el Poder Ejecutivo provincial y en los gobiernos municipales, el fundamento del reconocimiento de la niñez como sujeto de derechos y protección y garantía de los mismos se articulaba en un artículo que admitía que la niñez desvalida, sometida a explotación de familiares y adultos, en desamparo físico, psíquico y social, se debía en gran parte a las políticas económicas instrumentada por los gobiernos. De allí que la responsabilidad de atender la niñez recaía en los órganos gubernamentales centralmente.

Los operadores judiciales y asesores, defensores y fiscales y empleados/as se sintieron subestimados, inclusive con riesgo en la pérdida de sus trabajos. El procurador general de ese entonces, Dr. Eduardo de la Cruz, interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la Corte mediante una medida cautelar suspende la aplicación de la ley 12.607 y vuelve la ley de la dictadura cívico-militar. Si bien el recurso de inconstitucionalidad hace hincapié en el principio de legalidad al poner en riesgo el orden político institucional y la división de poderes al atender contra las competencias de cada uno, el cuestionamiento central provino del ejecutivo provincial y de los gobiernos municipales que transitaban por la implementación de una política económica –paridad dólar pesos- insostenible y que producía pobreza, desamparo, desatención de la salud y la educación, pérdida de empleos y aumento de la inseguridad individual y social. Ello vecinaba la llegada de los estallidos del 19 y 20 de diciembre de 2001 y los poderes estatales no querían asumir la responsabilidad de atender la infancia y la adolescencia.

Dos años después la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso de inconstitucionalidad pero, será recién en el año 2003 que quienes pensaban en los niños y niñas desamparados volvieran a trabajar en una ley que promoviera y protegiera los derechos de los niños y adolescente, la ley 13298 del año 2005.

La ley nacional 26061 y la 13298 de la provincia de Buenos Aires y la nunca vigente 12.607 son programas de vida digna para la niñez y la adolescencia, promueven y protegen los derechos básicos que todo ser humano debe gozar desde su nacimiento. Se inspiran en la Convención de los Derechos del Niño y en los Derechos Humanos y ello en la discursivo o textual le da una riqueza y fuerza normativa que haría creer o pensar que no hay en Argentina minoridad desprotegida.

Sin embargo una investigación realizada por el Centro de Estudios sobre Políticas y Economía de la Alimentación con una muestra de 1.044 habitantes de 1 a 69 años tomada en ciudades importantes como Rosario, La Plata, CABA, Mendoza, Salta, Mar del Plata, Tucumán, Neuquén, Córdoba, y Posadas, (2019), muestra que 1 de cada 3 chicos tienen una dieta de baja calidad. Por ejemplo, “comen de más” harinas, arroz, pasta, azúcares, dulces, carnes y huevos; y “comen de menos” legumbres, cereales integrales, hortalizas, lácteos y frutas.

Solo los primeros años de vida por la lactancia materna, aunque no completa la dieta alimentaria, la niñez tiene una alimentación que se aproxima a la ideal, luego y hasta los 17/18 años la dieta es desequilibrada y pobre en nutrientes, donde priman en las dietas argentinas: harinas, azúcares, panificados dulces y salados, carne y pizza.

Estos datos coinciden con el nivel de pobreza de niños, niñas y adolescentes que registra el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA, quien dice que “el 41,2% de los niños del país vive en estado de pobreza estructural, lo que representa a unos 4,7 millones de chicos cuyos padres no tienen ingresos suficientes para vivir, están mal alimentados, duermen en casas sin agua potable o cloacas, tienen problemas para acceder a la educación y escaso nivel de atención sanitaria”

Según las estimaciones del estudio, "en el 2018 el 63,4 % de los niños y adolescentes estaba privado de al menos un derecho y el 51,7 % vivía en hogares pobres. Un 41,2 % de la infancia era doblemente pobre (en el ejercicio de derecho y por pobreza monetaria). Esta doble carencia se incrementó entre 2017 y 2018 en 4,1% (INFOBAE, 2019)

¿Qué pasó con los artículos 8° (derecho a la vida) y 14° (derecho a la salud) de la ley 26.061 y de los decretos reglamentarios 415 y 416 y anexos y con la ley 13298 y decreto reglamentario que asegura también esos derechos? ¿Qué pasa con la administración de justicia que judicializa la promoción y protección de todos los derechos para la minoridad? No se cumplen o se cumplen a medias.

II. CASTIGAR

La CDN y su recepción en la Constitución Nacional 94 artículo 75 inc. 22 ha generado, después de muchos andares entre expertos de distintas disciplinas jurídicas y sociales, algunas respuestas legislativas sobre la niñez y adolescencia "fuera de la ley" o que entran en "contradicción con la ley" o en "conflicto con la ley penal".

Castigar de distintas maneras, buscar intensidades de penas a aplicar y apartar o no a chiques descañados es una constante entre expertos y buenos ciudadanos que buscan protegerse de ellos/as.

Las preguntas recurrentes en las sociedades urbanas actuales y pasadas son ¿qué hacemos con los que roban, matan, violan, acosan, producen daños en la propiedad privada?, ¿a qué edad les hacemos sentir el costo de estar fuera o contra (o "en conflicto") con la ley? La receta es tener una o varias leyes que atiendan a estos delincuentes con castigos razonables.

Así la Provincia de Buenos Aires sanciona el día de los santos inocentes el 28 de diciembre de 2006 la ley 13.634, llamada Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño. Esta ley desde su puesta en vigencia durante el Gobierno de Felipe Solá por el decreto 44 de enero de 2007 ha sido modificada por diversas leyes (13645, 13772, 13797, 13821, 14116 y 14765).

Los niños en conflicto con la ley penal deben ser tratados con dignidad, respetando los derechos humanos y promoviendo su reintegración a la sociedad. Asimismo cuando los niños fueran alojados en instituciones públicas, semipúblicas o privadas esa situación debe ser excepcional y como medida de último recurso y por tiempo breve.

Estos principios garantistas de cuyo cumplimiento estricto no tenemos datos suficientes y verificados, molestan a algunos habitantes que entienden que los/las adolescentes y niños y niñas son fuente de inseguridades individuales que perturban la paz social.

Ante ello piden cárcel o apartamiento en lugares que no escapen, que baje la edad de imputabilidad a 14 años por lo menos y que se ocupen las fuerzas de seguridad o los fiscales o la justicia y que no se "naturalice" la "puerta giratoria" que entran y salen inmediatamente. La cuestión de la "puerta giratoria" es producto frecuentemente del desconocimiento de la ley y creen o piensan que es la desidia de los funcionarios que tienden a sacarse el problema de encima. Para ese tipo de manera de pensar, bajar la edad de imputabilidad es lo deseable. El Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil está integrado por:

- a) Tribunal de casación.
- b) Cámaras de apelación y garantías en lo penal.
- c) Tribunales de responsabilidad penal juvenil.
- d) Juzgado de responsabilidad penal juvenil,
- e) Juzgado de garantías del joven.
- f) Ministerio público del joven.

Estos órganos de juzgamiento y representación de la niñez y adolescencia garantizan en sus distintas etapas procedimientos ajustados a un tratamiento adecuado a los Derechos Humanos, a reconocer que los y las jóvenes son sujetos de derechos y el "interés superior del niño". Que no solo se castiga sino que se debe tener en cuenta el 2do. párrafo del artículo 63 de la ley que dice: Sin perjuicio del cierre del proceso penal respecto del niño, si se advirtiere la existencia de alguna vulneración de sus derechos específicos, el juez de garantías establecerá la pertinencia de aplicar alguna de las medidas de Protección Integral de derechos establecidas en la Ley N° 13.298, en cuyo caso solicitará la intervención del Servicio de Protección de derechos correspondiente y comunicará tal decisión a su representante legal o ante su ausencia al asesor de incapaces.

¿Esta ley del fuero penal juvenil se cumple sin fisuras y con interpretaciones unívocas por los jueces de los Departamento Judiciales de la Provincia de Buenos Aires? Entendemos que no y aunque la ley exhibe un discurso altruista, de contenidos ideológicos inspirados en la adecuación del sistema penal para la niñez y adolescencia bonaerense, termina primando el Código Penal. Y ello se debe a la incidencia de los medios de comunicación y de algunos ciudadanos que exigen penas, encierros y tratamientos diferenciales pero en lugares "resguardados" del contacto con otros y otras juventudes que actúan "dentro de la ley".

Un artículo de la ley que ha sembrado opiniones contrarias es el 63° porque declara inimputables a los niños de 16 años cuando hayan cometido un delito. En esos casos los fiscales deben pedir al juez de garantías que dicte en sobreseimiento.¹⁴¹

III. NIÑEZ Y JUVENTUD EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL. (FUERA DE LA LEY)

Las leyes siempre exhiben un alto grado de eufemismos y ficciones que se expresan a través de un lenguaje y una redacción complicada. Leyes como la 26061, la 13.298 y la 13.634 que siguen las nuevas técnicas legislativas y la complejidad de los hechos socio-jurídicos a normativizar, son multifuncionales. Ellas enumeran derechos, garantías, procedimientos, definiciones, programas de promoción y protección, enlazados a la exigencia de establecer políticas públicas, crean organismos administrativos y judiciales, asignan funciones, derechos y obligaciones y sanciones para aquellos que no cumplen con la ley y exigen controles estadísticos.

¿Qué significa que existan chiques que están en conflicto con la ley, que están fuera de la ley? En palabras más descriptivas los que cometen delitos y contravenciones que hay que castigar o corregir a los efectos de que no vuelvan a incurrir en esos indeseables comportamientos.

La ideología dominante de que el castigo educa, se aplica desde tiempo muy antiguo y los resultados son muy pobres. Los comportamientos reñidos con la ley se siguen produciendo y antes de cometer los delitos o contravenciones nadie -ni adultos ni adolescentes- piensa en que va a ser castigado, que va a perder la libertad, en las consecuencias no deseadas de sus actos.

En sociedades como las urbanas actuales donde prima el individualismo, la competencia, los valores económicos y las diferencias de ingresos entre los más pobres y los más ricos, pretender evitar o reducir el delito por vía de programas de asistencia, de protección, de educación carece desustentabilidad.

El Observatorio de la Deuda Social Argentina en el informe Pobreza monetaria y vulnerabilidad de derechos. Inequidades de las condiciones materiales de vida en los hogares de la Argentina urbana (2010-2018) dice que "los niños/as y adolescentes habrían sido los más afectados en lo que respecta a la evolución de las tasas de indigencia y pobreza. La desigualdad también se refleja en la distribución del ingreso: el 20% más desfavorecido obtiene menos del 4% de los ingresos, mientras que el 20% mejor posicionado acumula alrededor del 51,7% de los ingresos. Por otro lado, el 62% de los hogares presentó al menos una carencia en derechos sociales y económicos en 2018."

141 Son inimputables los chiques hasta los 16 años; las negritas son nuestras.

Con este panorama social a la que se aduna la emergencia alimentaria, buscar las soluciones a la delincuencia juvenil a través de la aplicación del derecho penal¹⁴², aunque este sea edulcorado con la enumeración de derechos, garantías, promociones y protecciones, es ingenuo o perverso.

Un problema no menor es que estas leyes no previenen ni de las situaciones de delincuencia ni de las situaciones angustiantes de pobreza e indigencia por la que atraviesa la niñez y adolescencia.

En cuanto a la delincuencia opera ex post facto los hechos ya ocurrieron y en cuanto a los problemas de pobreza e indigencia aunque por ejemplo la ley 13.298 repite la expresión "promoción y protección de los derechos del niño" pero hasta el presente no ha existido una política pública provincial o municipal que atenúe la pobreza e indigencia de la niñez.

Los artículos 3º, 5º y 7º de la ley 13.298 ejemplifican la reiteración de mencionar política, programas, planes de prevención, asistencia e inserción social, remoción de obstáculos limitando la igualdad y la libertad, protecciones y ayudas a las familias. La provincia promueve el pleno desarrollo de los niños disponiendo de recursos públicos para las familias. Preferencias en la formulación y ejecución de las políticas sociales públicas. Políticas y programas de promoción y protección de derechos. Promoción de la formación de redes sociales que contribuyan a optimizar los recursos existentes.

La ley enumera objetivos para promover y proteger los derechos de los niños: políticas y programas de promoción y protección de derechos; organismos administrativos y judiciales, recursos económicos y procedimientos para cumplirlos.

IV. ESTADÍSTICAS SOBRE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Como es habitual al pensar la información oficial no pueden establecerse datos que permitan buenas comparaciones territoriales, específicas y /o temporales. Las estadísticas están atadas a las limitaciones y posibilidades de las instituciones, que organizan la información al servicio de objetivos laborales que no siempre sirven a intereses de investigadores. Sin embargo, son las únicas instituciones productoras de información y su análisis, aunque limitado, es obligatorio.¹⁴³

Se puede rastrear una primera serie 1973-1976, donde se publican datos de tribunales de menores y de tribunales penales. Sin embargo los casos de tribunales de menores no pueden compararse con los penales, dado que no se discrimina la parte asistencial de la penal.

Una nueva serie, desde 1980 a 1996 (ley 10.903) permite comparar las causas iniciadas de menores penales (y asistenciales) y de mayores. Si bien los datos se publicaron en una serie más larga, a partir de la nueva ley y con la emergencia del sistema acusatorio el procedimiento de inicio de causas de mayores cambia y los inicios en ese fuero no reflejan la denuncia, el inicio de la causa, sino sólo las causas que lleguen a la instancia de juzgamiento, pero el fuero de menores todavía refleja denuncias. Los inicios de las causas de mayores ocurren en las fiscalías, aunque esta información complementaria no está disponible y es por eso que las causas de menores tienen una aparente mayor proporción. No es que subieran las causas de menores, sino que bajan las de mayores y la comparabilidad no es correcta.

142 ARTICULO 27. El Tribunal penal de la responsabilidad penal juvenil conocerá en los delitos previstos en los artículos 79, 80, 119 párrafos 3º y 4º, 124, 142 bis, 165 y 170 del Código Penal, y estará constituido por tres (3) jueces de la responsabilidad penal juvenil del respectivo departamento judicial

143 Bueno es recordar que los datos de criminalidad, de entonces a ahora están atados a la denuncia formal. No se debe tomar la denuncia como hecho probado o delito probado. No se puede suponer que las variaciones de denuncias obedezcan a cambios "reales" en la cantidad de delitos, sino en la cantidad de denuncias. (Dirección del Sistema Nacional de Información Criminal (2019) Además, la dinámica de la denuncia puede estar sujeta a cambios en la confianza ciudadana al denunciar (y entonces se denuncie menos o más) y/o en la confianza en las instituciones que deben atender (sea la Policía o Poder Judicial) o en la capacidad de recepcionar las denuncias o ampliar los medios para denunciar. (Como por ejemplo cuando se instaló la APP que permitía denunciar desde el celular).

Cuadro N°1 Provincia de Buenos Aires. Causas iniciadas en Tribunales de Menores Asistenciales y Penales (1981-2006)

Años	Menores asistenciales	Menores penales	Total Menores	% Penal s/ total	Años	Menores asistenciales	Menores penales	Total Menores	% Penal s/ total
1981	14.984	6.686	21.670	30,9	1994	36.957	16.021	52.978	30,2
1982	17.330	7.047	24.377	28,9	1995	36.491	15.572	52.063	29,9
1983	18.521	7.296	25.817	28,3	1996	40.119	16.723	56.842	29,4
1984	21.388	9.226	30.614	30,1	1997	44.897	18.593	63.490	29,3
1985	23.716	10.666	34.382	31,0	1998	47.906	19.195	67.101	28,6
1986	24.462	10.267	34.729	29,6	1999	49.871	20.205	70.076	28,8
1987	47.264	21.572	68.836	31,3	2000	49.693	23.105	72.798	31,7
1988	49.466	26.798	76.264	35,1	2001	47.533	24.767	72.300	34,3
1989	24.788	12.540	37.328	33,6	2002	53.597	27.763	81.360	34,1
1990	26.853	12.166	39.019	31,2	2003	57.964	28.745	86.709	33,2
1991	27.392	10.952	38.344	28,6	2004	64.847	31.883	96.730	33,0
1992	30.093	12.419	42.512	29,2	2005	61.608	29.548	91.156	32,4
1993	32.796	13.825	46.621	29,7	2006	57.579	31.602	89.181	35,4

Fuente. Elaboración propia en base a publicaciones del Departamento de Estadísticas. PGSJBA

La comparación histórica que sí se puede hacer, desde 1981 al 2006 es la relación de las causas iniciadas asistenciales con las penales y las causas penales de menores con la población total estimada para cada año, relevadas por el Departamento de Estadísticas de la Procuración General, aunque publicada por diferentes canales, como la serie en papel publicada por la Corte, la serie electrónica publicada por Planificación de Corte, o la serie publicada por el Dirección General de Estadísticas de la provincia o por Anuarios de la gobernación.

Los otros datos obtenidos del Dpto. de Estadística de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires inician la serie en el año 2009 hasta el año 2018 y provienen del SIMP (Sistema Informático del Ministerio Público) para el fuero de menores (Responsabilidad Penal Juvenil) y de mayores (Fuero Criminal y Correccional). Los números de la serie sólo se ocupan de presuntos victimarios y recuerdan que los datos del fuero de menores reflejan una proporción de causas donde hay participación de adultos con los chiques. Dado que esta información refiere a IPP¹⁴⁴ iniciadas, sabemos que al menos tiene que haber un niño en la investigación para que se considere, pero no sabemos cuántos, ni cuántos denunciados tienen edad punible (16-18 años), ni la cantidad de delitos que se les imputa, ni la entidad de la denuncia (que merezca ser investigada o que se desestime, como en el caso de la APP o todas las circunstancias que llevan a pensar la diferencia entre denuncia y hecho probado). Un complemento debiera ser la información de investigaciones desestimadas, archivadas o efectivamente llevadas a la instancia de juzgamiento y la determinación de información personal y no sólo resúmenes en base a expedientes. Una imagen limitada de esta diferencia nos la da, para los últimos 5 años (independientemente de cuándo se les inició la IPP), el Registro de Procesos del Niño, que indicaría cuántas IPP de menores están en la etapa de proceso penal (con un imputado/a formal en términos del art 308 del CPP).

La implementación organizacional del cambio legislativo fue un elemento disruptor de la posibilidad de hacer una serie larga de datos. Se puede establecer una idea general numérica de cuántas causas de menores hubo, asistenciales o penales y su relación con causas de mayores penales hasta la fecha en que desaparece el tipo de tribunal que atiende así el tema de la minoridad o el cambio de forma de inicio de las causas. Hay etapas de transición donde la información no es completa y nuevas series estadísticas con criterios que la hacen incomparable con la anterior. A partir de 2009 la información sobre judicialización de menores por motivos asistenciales desaparece de la estadística, porque desaparece el órgano que lo centralizaba. Lo que sí se publica, aunque con criterios propios de las nuevas organizaciones que se ocupan, son las causas de menores y mayores en el fuero penal.

Así, se agrega una última serie, no de causas en organismos que juzguen, sino de causas iniciadas o denuncias firmes, que en la Provincia se llaman IPP; las que sólo dan una imagen de menores conflictivos para la justicia penal y no de menores asistidos por la justicia. Las IPP se contabilizan con un criterio uniforme hasta el año 2017 que agregan una nueva "materia/inicio". Se trata de las denuncias

de la nueva modalidad: una APP para denuncias tanto del fuero de menores como del de mayores (Departamento de Estadísticas, 2018). Por un lado al aumentar los mecanismos de denuncia bajaría la cifra negra del delito, pero por el otro permite la inmediatez de múltiples denuncias de un mismo hecho (por uno o varios denunciadores) que deben ser confirmados ante Fiscalía dentro de los cinco días hábiles (Resolución PG N° 99/19 y Resolución PG N° 416/17). El problema es que la o las IPP que generen entran en la estadística de iniciadas estén o no confirmadas: Por tanto engrosan la estadística de IPP iniciadas siempre y engrosarían la de IPP archivadas si no fueran ratificadas.

El qué y cómo se construyen las categorías con que se releva la información sobre la minoridad tiene distintos objetivos según quiénes la elaboran y quiénes la usan. No son los mismos los objetivos del Ministerio Público, de la Suprema Corte a través de la Oficina de Planificación; los objetivos que persiguen los poderes gubernamentales (gobernación y municipios) y diversos intereses que van desde información académica construida con fines de conocimiento y ayuda para resolver los problemas de la minoridad hasta intereses particulares o de organizaciones no gubernamentales que pretenden auxiliar y asistir en situaciones graves por la que pasan grupos o chiques que requieren de las estadísticas para saber cómo pueden ayudar y a cuántos.

Cuadro N° 2. Provincia de Buenos Aires. IPP iniciadas por fuero y tasas de IPP cada 100.000 Hab. Años 2009-2018

Años	FRPJ ¹	FCC ²	Total Prov.	% FRPJ/Tot ³	Tasa FRPJ	Tasa FCC	Tasa Total
2009	28.939	637.199	666.138	4,34	191	4.196	4.387
2010	27.395	617.502	644.897	4,25	174	3.929	4.103
2011	28.399	627.995	656.394	4,33	179	3.947	4.126
2012	29.550	656.258	685.808	4,31	184	4.076	4.260
2013	28.892	694.246	723.138	4,00	177	4.262	4.439
2014	29.155	721.501	750.656	3,88	177	4.379	4.556
2015	26.798	719.728	746.526	3,59	161	4.320	4.481
2016	26.637	746.952	773.589	3,44	158	4.435	4.593
2017	26.026	798.485	824.511	3,16	153	4.691	4.844
2018	26.016	850.908	876.924	2,97	151	4.948	5.099

Fuente: Elaboración propia en base al Depto de Estadísticas de la Procuración General SCBA y Proyecciones de población de la Dirección Provincial de Estadística

Referencias

1: Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil

2: Fuero Criminal y Correccional

3: Porcentaje de IPP del FRPJ sobre el total de IPP del año

Tasas (FRPJ, FCC, Total) : IPP del Fuero sobre población proyectada del año, por 100.000

Esta serie nos indica que mientras las IPP de mayores en toda la Provincia de Buenos Aires fueron 876.924 en 2018, las de menores fueron 26.016 o sea el 3 %. Mientras el monto de IPP de mayores aumenta, la proporción de causas de menores baja. Si estandarizamos con la población, haciendo una tasa por 100.000 habitantes, la cantidad de IPP iniciadas a menores disminuye, en un contexto de aumento de tasas de IPP iniciadas a mayores.

Complementando con la cantidad de IPP con efectivo proceso¹⁴⁵ nuestro problema de menores es mucho más bajo aún. El Registro de Procesos del Niño informaba 4.238 procesos en 2014 y para el año 2018 se reducía a 2.455 procesos. Si bien las IPP de niños con procesos formales pueden no haberse iniciado en ese mismo año, la mirada del quinquenio nos indica que las cantidades son muy inferiores. Por cada 100 inicios del fuero, hubieron entre 9 y 15 IPP que llegan a proceso. La cantidad de adolescentes de 16 y 17 años procesados en 2015 ascendía a 4.590, disminuye año a año y para el 2018 hay 2.256.

145 "La información de esta base de datos refiere únicamente a procesos penales juveniles en los que hubo jóvenes que, siendo punibles por edad y delito (conforme leyes N° 22.278 y N° 13.634), tuvieron imputación formal mediante audiencia de declaración a tenor del art.308 primer párrafo del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires" (Registro de Procesos de Niño, 2016)

Cuadro Nº3. Provincia de Buenos Aires. IPP iniciadas en el FRPJ, Procesos penales juveniles y adolescentes procesados. Años 2014-2018

Años	IPP iniciadas	PPJ	Adolesc Proc	% PPJ/IPP
2014	29.155	4.238	4.590	14,5
2015	26.798	3.707	4.071	13,8
2016	26.637	3.131	3.372	11,8
2017	26.026	2.452	2.434	9,4
2018	26.016	2.455	2.256	9,4

Fuente: Elaboración propia en base al Depto de Estadísticas y Registro de Procesos del Niño.
PGSJBA

Referencias

PPJ. Procesos penales juveniles del año (iniciados o no ese año, que ese año tuvieron audiencia del 308)

Adolesc. Proc. Cantidad de adolescentes de 16-18 años con un proceso penal juvenil

% de PPJ/ IPP . Procesos penales juveniles sobre iniciadas en el FRPJ por 100

Si razonamos a partir de una pobre lectura periodística que los menores en conflicto con la ley penal son más violentos, los datos por materia, como el homicidio doloso consumado, nos desautorizan. El homicidio doloso no es el principal delito investigado y viene en descenso tanto entre adultos como en niños. (Galar, Montaña, y Oyhandy, 2018).

No hay datos de adolescentes procesados por homicidio doloso, pero sí sabemos que del total de procesos a adolescentes, la proporción por homicidio doloso (tentado y consumado) representa un 4,4 % (2017/2018) del total de procesos (RPN, 2017 y 2018). El tema de los menores en conflicto con la ley penal pierde significación numérica.

Como podemos observar en los cuadros respectivos las cantidades no son tan altas pero los problemas son acuciantes porque se trata de poblaciones en grado de vulnerabilidad que la justicia no puede resolver porque a pesar de sus no siempre adecuados procedimientos no es la administración de justicia la que genera las cuestiones penales. La administración de justicia, como se dijo actúa ex post facto y atiende a chiques individuales y no las causas sociales en las que nacen y "delinquen" la niñez y adolescencia.

La institución judicial no puede atender este problema social. Es sintomático y lamentable que cuando se piensa en niños judicializados sólo se publica información penal. Pero tal vez nos ayude a ver que atenderlos penalmente es lo que siempre se hizo y lo peor que se puede hacer.

BIBLIOGRAFÍA:

- CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE POLÍTICAS Y ECONOMÍA DE LA ALIMENTACIÓN. II Congreso de Nutrición y Alimentación, realizado en CABA ente el 13 y 15 de agosto de 2019
<http://www.aadynd.org.ar/eventos-detalle.php?c=19> (31/08/ 2019)
- GALAR, S; MONTAÑA, G y OYHANDY, A.(2018) Segundo informe sobre Delitos y violencias en la provincia de Buenos Aires. Estudio sobre indicadores de homicidios dolosos y culposos (2009-2017). Observatorio de Políticas de Seguridad de la provincia de buenos aires. FAHCE-UNLP. Recuperado: <https://libros.unlp.edu.ar/index.php/unlp/catalog/book/1114> [1-7-2018]
- GUEMUREMAN, S y BIANCHI, E (2018) Riesgos no tan explícitos y peligros no tan solapados. Un análisis de los proyectos de ley sobre responsabilidad penal juvenil en Argentina, 2016-2018.En Revista Derecho y Ciencias Sociales Nº 20 abril de 2019 Pág. 1 a 22 ISSN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica FCJyS-UNLP.

- HERBEL Gustavo A. y GANDULFO Patricio M. (2018) Justicia Juvenil: solo con leyes no se cambian las instituciones Pág. 35- 49. En Aportes para una justicia Especializada para Jóvenes en conflicto con la ley penal .Juabaires Editorial – Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires- Consejo de la Magistratura- CABA
- HERRERA Marisa (2015) De la ley 10.903 a la 26.061: Un arduo camino por recorrer. La tensión especialidad vs. "Niñología" como debate pendiente.Pág. 63-114 . En Políticas Penales y de Seguridad dirigidas hacia Adolescentes y Jóvenes .Rubenzal-Culzoni Editores –Santa Fe.
- INFOBAE (2019)"Duro informe de la UCA: llegó a 31,3% la pobreza multidimensional y hoy existen 12,7 millones de argentinos con carencias"<https://www.infobae.com/politica/2019/04/29> (31/08/2019)
- LÓPEZ Ana Laura (2015) El Proceso de Reforma Legal e Institucional en la Provincia de Buenos Aires Pág. 115 Pág. 115-156 En Políticas Penales y de Seguridad dirigidas hacia Adolescentes y Jóvenes .Rubenzal-Culzoni Editores –Santa Fe.
- OLIVECRONA Karl (2018) El Derecho como hecho .Ediciones Olejnik. Santiago de Chile
- OBSERVATORIO DE LA DEUDA SOCIAL ARGENTINA UCA <http://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina> (31/08/2019)

Departamento de Estadísticas de la Procuración General

- Estadísticas 1981-1982 a 1997. Poder Judicial. Suprema Corte de Justicia. La Plata. Sin otros datos de edición.
- Tribunales de Menores.Estadísticas 1998/2002. Imprenta de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. La Plata.
- Fuero Criminal y Correccional: IPP iniciadas por departamento judicial. Años2009 a 2018. <https://www.mpba.gov.ar/estadisticas> (3-9-2019)
- Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil: IPP iniciadas por departamento judicial. Años 2009 a 2018. <https://www.mpba.gov.ar/estadisticas> (3-9-2019)
- Dirección del Sistema Nacional de Información Criminal (2019) Estadísticas Criminales en la República Argentina – Año 2018- Informe. Ministerio de Seguridad de la Nación. [https://estadisticascriminales.minseg.gob.ar\(1-9-2019\)](https://estadisticascriminales.minseg.gob.ar(1-9-2019))
- Dirección General de Estadística de la Provincia de Buenos Aires.
- Estadísticas Socio- Demográficas. (para 1980-1988). Sin otros datos
- Proyecciones de población de la Provincia de Buenos Aires por partidos. Periodo 2001-2010.
- Proyecciones de población por Municipio. Provincia de Buenos Aires 2010-20125. <http://www.estadistica.ec.gba.gov.ar> (3-9-2019)
- Poder Judicial. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.
- Cifras Estadísticas Básicas 1973-1976. Sin otros datos.
- Tribunales de Menores. Causas Penales Iniciadas - Menores autores - 2000/2007.
- Fuero Penal .[http://www.scba.gov.ar/informacion/estadisticas.asp\(1-6-2012\)](http://www.scba.gov.ar/informacion/estadisticas.asp(1-6-2012))
- Juzgados en lo Correccional.Causas Ingresadas - Período 2000- 2014

- Tribunales en lo Criminal. Causas Ingresadas - Período 2000- 2014 <http://www.scba.gov.ar/informacion/estadisticas.asp> (1-6-2016)
- Tribunales de Menores. Causas Civiles y Asistenciales Iniciadas - Menores víctimas - 2000/2007
- Procuración General de la SCJBA (2019) Resolución N° 99/19
<https://www.mpba.gov.ar/files/documents/99-19.pdf> (5-9-2019)
- Registro de procesos del niño. Procuración de la SCJBA (2017-2019). Informe estadístico 2014-2017 y 2018
<https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%20RPN-2018.pdf>(3-9-2019)
- Secretaría General de la Gobernación. Provincia de Buenos Aires (1998) Estadística bonaerense -1821-1998. Departamento de publicaciones del INDEC. Bs As.

EJE 4

Políticas públicas y vulnerables

*TRABAJO INFANTO ADOLESCENTE
EN EL MUNDO ACTUAL
Entre la regulación y la prohibición*

Dra. María del Carmen Gaudio()*

El trabajo infantil es tan antiguo como la existencia de la vida en comunidad. Los esfuerzos por erradicarlo o regularlo también. El texto presenta un recorrido histórico sobre las etapas por las que ha pasado el trabajo infantil y la legislación en la materia, al mismo tiempo que plantea algunos interrogantes sobre lo que falta por hacerse.

Especial referencia se encuentran, respecto a los avances en la legislación internacional en la materia, como así también en la legislación local, sin dejar de lado el debate filosófico y doctrinario que engloba a estas prácticas.

Child labor is as old as the existence of community life. Efforts to eradicate or regulate it too. The text presents a historical journey on the stages through which child labor and legislation have passed, while raising some questions about what remains to be done.

Special reference can be found regarding the advances in international legislation on the subject, as well as in local legislation, without neglecting the philosophical and doctrinal debate that encompasses these practices.

(*) Abogada. Profesora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho de Familia. JTP en la Residencia de Minoridad y Familia - UNR Cátedra B. Actualmente cursando 1° año Doctorado en Derecho UNR, Facultad de Derecho.

Disponerse a pensar en el trabajo infantil implica tener en cuenta las dos modalidades que existen. El primero de ellos es el desarrollado dentro de la estructura de la familia y por la cual no hay remuneración. En tanto, el segundo es el realizado fuera de la estructura familiar (fuera del hogar), con la esclavitud como su peor versión.

El trabajo dentro del seno familiar se encontraba reconocido socialmente de hecho dado que se tomaba como un aprendizaje para los menores, antes de salir de la familia, como un modo de ir tomando responsabilidades, que iban a asumir progresivamente cuando vayan llegando a la adultez. Las niñas eran consideradas esclavas dentro de su hogar porque las hacían limpiar, cocinar, servir a los mayores, como adultas sin detenerse que aún seguían siendo niñas y que necesitaban jugar, siendo que el juego es un elemento central en la vida de los niños, dado que les permite desarrollar sus capacidades tanto de manera independiente como en su interacción con los demás. Piaget considera que el juego “era una perspectiva activa en la que el juego y los juguetes son considerados como materiales útiles para el desarrollo psicomotor, sensorio motor, cognitivo, del pensamiento lógico y del lenguaje en el niño”. Es necesario entender que las posibilidades laborales en la antigüedad nada tenían que ver con la sociedad desarrollada de hoy. Estaba necesariamente condicionada con la clase social a la que pertenecían dichos niños.

Si se toma en cuenta el trabajo fuera de la escena familiar puede encontrarse un trabajo esclavo, precarizado, lleno de abusos y excesos. Pero durante todo el Siglo XVIII la tendencia fue hacer trabajar a los hijos de los pobres. Recién en el siglo XX se aceptó que todos los hijos/as de todas las clases sociales eran un gasto más que una ventaja económica para sus familias. La frase “los hijos de los pobres” resonó durante tres siglos de discurso reformista y filantrópico, indicando siempre la distancia de estos niños de los otros niños. Esa frase puede parecer una simple descripción de una parte de la población, pero en los hechos evocó un elemento retórico, que sirvió para incitar el miedo o la simpatía. El miedo residía en que estos/as niños/as eran presentados como desordenados y sucios, siendo una amenaza para el futuro de la raza, si no se hacía algo por ellos. La simpatía surgía si la condición de niños/as pobres se la percibía como una negación de lo que se pensaba que debía ser, propiamente, la niñez.

El criterio de que los pobres y sus hijos/as constituyeron un grupo social inidentificable e indiferenciado, comenzó a desvanecerse en los inicios del siglo XIX. Hasta más de la mitad de ese siglo el discurso sobre los niños pobres fue un discurso sobre los niños trabajadores ingleses: los deshollinadores y los que trabajaban en talleres, fábricas y minas. Surgieron discusiones fundamentales acerca de la naturaleza de la infancia y se comenzó a pensar que todos los niños tenían ciertos derechos. Se reconoció que existían diferencias entre lo rural y lo urbano, y entre la agricultura y la manufactura. Los/as niños/as agricultores de los pobres ocupaban un lugar y constituían un problema, pero concitaron menos atención que aquellos que vivían en un contexto urbano e industrial.

En las sociedades esclavistas el trabajo infantil era una práctica habitual. En el antiguo Egipto existen registros de trabajo infantil en las galerías subterráneas de las mimas. Asimismo, Europa en la Edad Media se caracterizó por una utilización masiva de mano de obra barata para la cual eran utilizados como víctimas de ese trabajo tanto niños como adolescentes, tanto trabajando la tierra como en la realización de determinados enseres en la casa del señor feudal.

En América la institución de la mita¹⁴⁶ preveía el trabajo de niños, que espantaban los pájaros de los

¹⁴⁶ Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

campos de maíz, conducían a las llamas a trabajar, eran pastores y aprendices manuales. La Revolución Industrial a mediados del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, provocó grandes transformaciones en las actividades económicas y sociales, tanto en Inglaterra como en el resto de Europa, como en América del Norte y después se fue esparciendo por el resto del mundo. Allí surgió la nueva clase obrera: el proletariado.

Durante el transcurso del S XX, se fue tomando conciencia de la vulneración de derechos de niños y niñas y en el año 1989 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba el texto de la Convención sobre los derechos de los niños, constituyendo la misma un acontecimiento importante ya que a partir de ese momento se toma conciencia de que el trabajo infantil rompe con el concepto de infancia, demostrando que es necesario que el niño se desarrolle plenamente dentro de una sociedad en la que le permita vivir como niño/a, es decir jugar, estudiar, desplegar sus cualidades psicomotrices.

En el año 1992 fue creado el Programa Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil (IPEC) de la OIT, con la finalidad de eliminar el trabajo infantil y promover un movimiento mundial para combatir el trabajo infantil. Actualmente IPEC opera en 88 países, con un gasto anual en la cooperación técnica de proyectos que alcanzó más de los setenta y cuatro millones de pesos en el año 2006, siendo el programa más amplio de la OIT, produciendo dos convenciones relacionadas con el trabajo infantil, planteando además que no todo trabajo es malo para los niños, solo será dañino el trabajo infantil que interfiera en su desarrollo, escolaridad y bienestar general.

Se elabora y aprueba el convenio N° 138 sobre el mínimo de edad para la admisión a empleo y trabajo. La idea fundamental del presente convenio fue establecer la edad a partir de la cual los niños pueden ser legalmente empleados y así constituir un buen comienzo para prevenir el trabajo infantil, basándose en los siguientes principios centrales:

- La edad mínima básica para trabajar debe ser de 15 años, con la posible excepción de 14 años para países en desarrollo. Esta es la edad donde se finaliza la escolaridad obligatoria.
- La edad mínima para el trabajo peligroso debe ser de 18 años.
- Trabajo ligero (que no afecte la salud, educación o desarrollo) se puede hacer entre las edades de 13 y 15 años (entre 12 y 14 en países en desarrollo).
- Abolición del trabajo infantil.

El convenio 138 de la OIT fue aprobado por la República Argentina a través de la Ley Nacional N°24.650.

Pero aún ha sido imposible erradicar el trabajo infantil en todos los continentes y adopta la forma de explotación infantil, dado que en el sudeste de Asia y en el Pacífico, las niñas son vendidas para abastecer las redes de prostitución o para trabajar como empleadas domésticas. Los niños generalmente son vendidos a fábricas textiles como trabajadores sin paga para cubrir muchas veces las deudas contraídas por sus propias familias. En África los padres venden a sus hijos a cambio de ganado, por lo general un niño se vende por una vaca, por el cual éstos niños son explotados en plantaciones o en minas y muchas veces se convierten en empleados domésticos.

En América los niños son víctimas de prostitución para satisfacer el apetito perverso de turistas y son explotados por narcotraficantes. En Europa los niños son vendidos generalmente para redes de prostitución y muchas veces son considerados mano de obra barata. Cabe preguntarse hasta donde los estados son capaces de aplicar las normas existentes para erradicar el trabajo infantil en la sociedad y culturas de hoy, ya que en el mundo pobreza y trabajo infantil van unidos de la mano.

Como se mencionó anteriormente el hito histórico lo convirtió la Convención sobre los derechos del niño y en su art. 32¹⁴⁷ establece la prohibición del trabajo Infantil.

147 147 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para garantizar la

¿Qué es el trabajo Infantil? La OIT, considera trabajo infantil

“toda aquella actividad o trabajo que priva a los niños de su infancia, su potencial y dignidad y es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico”.

Este concepto es expuesto ampliamente por la OIT en todos sus portales de páginas web.- Resulta evidentemente claro que a nivel internacional la protección contra la explotación laboral infantil la inicia la OIT.-

La Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), dependiente de la Secretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación ha definido al trabajo infantil como:

“toda actividad económica y/o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niñas y niños, por debajo de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo, o que no ha finalizado la escolaridad obligatoria o que no han cumplido los dieciocho años si se trata de trabajo peligroso”¹⁴⁸

El derecho laboral ha receptado este concepto ofreciendo como réplica una prohibición dirigida al empleador de contratar menores que no tienen la edad mínima de admisión para un empleo, siendo como correlato el artículo 148 bis del Código Penal.

Las causas del trabajo infantil son múltiples pero de modo ilustrativo debemos tener en cuenta a la situación de pobreza en la que se encuentran varias familias por la cual se encuentran impedidas de las necesidades básicas insatisfechas, los niños que se encuentran solos (abandonados por las familias), la falta de varios niños al acceso de la educación que viven varios niños y el tráfico de niños.

El paradigma de la situación irregular o sistema tutelar se consagró legislativamente en la República Argentina con la sanción de la ley 10.903 de patronato de menores en el año 1919. Dentro del concepto menores en situación irregular”, la doctrina argentina incluía distintos supuestos en los que podía encontrarse el menor, a saber: a) menores infractores de la ley penal; b) menores en situación de abandono material o moral; c) situación de riesgo o peligro material o moral; d) deficiencia física o mental. El trabajo infantil estaba incluido en el supuesto a o b. Así lo establecía el art. 21 de la ley 10.903 que entendía que “se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”-

El trabajo infantil tiene graves consecuencias que repercuten en el desarrollo físico y emocional de los niños y niñas que lo sufren a saber:

- consecuencias físicas.
- consecuencias psicológicas, con bajos niveles de autoestima.

Los datos sobre el trabajo infantil en la República Argentina son un tanto alarmantes y fueron recabados por la Secretaría de trabajo, empleo y seguridad social, con la colaboración de UNICEF. Resulta-

aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

148 Esta Comisión fue creada el 25 de agosto del año 2000, mediante decreto n° 719. Es presidida por representantes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social e integrada por diversas reparticiones e instituciones.

dos que son negativos ya que se afirma allí que 715.484 niños de entre 5 a 15 años se ven obligados a trabajar, esto supone un 10 % de los niños de Argentina.- La investigación descubrió que uno de cada cuatro niños urbanos en esa situación trabajan en la calle o en algún medio de transporte. Las niñas son mayoría en las tareas nocturnas.

NORMATIVA CONTRA EL TRABAJO INFANTIL EN ARGENTINA

-Ley n° 26390: "Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente"¹⁴⁹Esta ley establece modificaciones en materia de trabajo de niños, niñas y adolescentes a la Ley de Contrato de Trabajo (Ley N°20.744). Entre otros puntos, se eleva la edad mínima de admisión al empleo a 16 años (antes era de 14) y se elimina la obligatoriedad por parte del empleador, de gestionar la apertura de una cuenta de ahorro. La misma limitación de edad se extiende al Régimen Nacional de Trabajo Agrario (Ley N°26.727)¹⁵⁰. Los mayores de 14 y menores de 16 podrán ser ocupados en empresas de familia o explotaciones cuyo titular sea el padre, madre o tutor con jornadas limitadas (art. 189 bis), previa conformidad de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción. Asimismo, se eleva de 14 a 16 años la posibilidad de afiliarse a las asociaciones sindicales (Ley 23.551), sin necesidad de autorización. Por último, se lleva de 15 a 16 años la edad mínima para celebrar el contrato de aprendizaje (Ley 25.013).

La prohibición de celebrar contratos con personas menores de 16 años no será aplicable a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la promulgación de la Ley 26.390 (24/6/2008).

-Ley n° 26847, art. 148 bis Código Penal. Ley de penalización de utilización de mano de obra infantil. Trabajo infantil.

-Convención sobre los derechos del Niños.(Ley N° 23849).-

-Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo. Convenio OIT N° 138.

-Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo. Recomendación OIT N° 146.

-Convenio s/la prohibición de la peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.-Convenio OIT N° 182.

-Recomendación sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Recomendación OIT 190.

-Resolución del MTySS Santa Fe sobre trabajo adolescente protegido. Resolución 216/13.

-Ley nacional N° 26.061 artículo 25: establece que "...los organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación nacional vigente y los convenios internacionales sobre la erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niña, niños y adolescentes".

-Ley provincialN° 12967establece en los artículos 22 y 23 que los organismos del Estado deben garantizar el derecho de los adolescentes a la educación y el derecho de los niños, niñas y adolescente a ser resguardados contra la explotación económica.- La procura es la erradicación del trabajo infantil.- Por otra parte el artículo 24: otorga derechos a los niños, niñas y adolescentes a obtener los beneficios de la seguridad social.

Es importante tener en cuenta y no perder de vista que la Ley N° 26.390 establece en el artículo 189

149 Modificación de las Leyes Nos 20.744, 22.248, 23.551, 25.013 y del Decreto Ley N° 326/56.

150 Ley n° 26727: "Ley de Trabajo Agrario".

bis que la persona mayor de 14 y hasta 16 años podrá ser ocupada en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- que no trabaje más de 3 horas diarias y 15 semanales. Que no realice tareas penosas, peligrosas o insalubres.

- Que cumpla con la asistencia escolar.

- Que tenga la debida autorización otorgada por la autoridad administrativa laboral de la jurisdicción.

Debe destacarse que la excepción explicada no será autorizada cuando por cualquier vínculo o acto, o mediante cualesquiera de las formas de descentralización productiva, la empresa familiar esté subordinada económicamente, o fuere contratista o proveedora de otra empresa.

Cuando se refiere a uno de los requisitos que cumpla con la asistencia escolar es conveniente preguntarse, ¿es necesario que el empleador solicite al empleado adolescente el certificado de escolaridad? Y la respuesta es afirmativa, el empleador deberá exigir al momento de la contratación el certificado de escolaridad.¹⁵¹ Es dable tener en cuenta que el adolescente trabajador como cualquier otro empleado debe encontrarse registrado.

TRABAJO ADOLESCENTE

1. Prohibiciones:

- El trabajador adolescente no puede realizar horas extras.-

- No puede realizar trabajos nocturnos.¹⁵²

- No puede realizar trabajos peligrosos, penosos e insalubres.

El trabajador adolescente puede defender sus derechos ya que desde los 16 años está facultado para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo (art. 33 LCT). Asimismo los trabajadores mayores de 16 años sin necesidad de autorización podrán afiliarse a una asociación sindical, pero como contrapartida sólo puede ser representante sindical a partir de los 18 años.

2. Remuneración:

La remuneración de los adolescentes trabajadores es igual a las de los adultos, por ninguna causa podrá abonarse a los adolescentes trabajadores salarios inferiores a los que se fijen para los trabajadores adultos, salvo las reducciones que resulten para aprendices y por reducción de la jornada horaria.¹⁵³

3. Jornada Laboral:

La jornada de trabajo del adolescente no deberá ser superior a 6 horas diarias y hasta 36 horas semanales, pero la autoridad administrativa laboral de la jurisdicción podrá extender la jornada horaria hasta 8 horas diarias o 48 horas semanales. La distribución desigual de las horas laborales no podrá superar las 7 horas diarias (art. 190).¹⁵⁴

¹⁵¹ Art. 16 Ley N° 26.206 de Educación Nacional

¹⁵² Entiéndase por trabajos nocturnos los que se realizan desde las 20.00 a las 6.00 hs. del día siguiente.

¹⁵³ Art. 119 LCT, art. 60 LTA

¹⁵⁴ LCT N° 20744 modificada por LEY N° 26390.

La jornada de trabajo del adolescente en el sector agrario no deberá ser superior a 6 horas diarias y hasta 32 horas semanales, pero la autoridad administrativa laboral de la jurisdicción podrá extender la jornada horaria hasta 8 horas diarias o 44 horas semanales. La distribución desigual de las horas laborales no podrá superar las 7 horas diarias.¹⁵⁵

¿Qué sucede cuando los niños/as y adolescentes trabajan en el mundo artístico? ¿Qué es el trabajo artístico? ¿Hay regulación? Hay que tener en cuenta que el trabajo artístico es todo aquel trabajo que implica la participación de los niños/as como actores o figurantes en cualquier tipo de actividad donde haya exposición pública, sea en obras de teatro o cinematográficas, en radio o televisión, en grabaciones, en casting, en modelaje, en circo o en publicidad.

La Argentina permite el trabajo de niñas, niños y adolescentes en actividades artísticas, en virtud de haber ratificado por Ley N°24.650 el convenio OIT N°138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, cuyo art. 8° establece: "La autoridad competente podrá conceder la autorización para el trabajo artístico de niños/as, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, por medio de permisos individuales". Los permisos limitarán el número de horas del empleo y prescribirán las condiciones en que puede llevarse a cabo.

La sociedad actual permite seguir vislumbrando que el trabajo infantil aún continúa como una de las peores formas de explotación infantil, dado que conlleva o tiene como contracara mano de obra barata, niños que se transforman en soldados, que son mal alimentados, golpeados, que se encuentran generalmente lejos de su centro de vida y como sociedad no nos hacemos eco de esta aberrante situación que nos coloca como una sociedad miserable y de pocos valores.- Esta explotación sucede en trabajos cuyos empleados son niños, sea en la construcción, en la hotelería, en la cosecha de frutilla en la localidad de Coronda, Provincia de Santa Fe. A raíz de ellos tenemos niños que no concurren a la escuela, perdiendo el acceso a la educación (consagrado en todos los instrumentos internacionales), convertidos en adultos, perdiendo su infancia, su adolescencia. Asimismo, al estar esclavos de éste sistema se encuentran mal nutridos, generalmente golpeados, vulnerándose también su salud, teniendo una expectativa de vida muy baja, por su deterioro físico y psíquico.

En todo el mundo faltan actores, que se comprometan a dar medidas ejemplificadoras, a los que vulneren los derechos de los niños a la libertad, de actuar como lo que realmente son, niños.

Porque se usan los niños/as? Porque no pueden expresarse, porque por miedo callan. Callan porque son golpeados, violentados.

Cuando comemos frutilla, chocolate, entre otros alimentos, generalmente no nos pusimos a pensar que hay detrás de toda esta industria. Niños en silencio, que claman libertad, que piden ser rescatados de ese infierno de explotación a los que se encuentran sometidos.

Tratando de investigar sobre toda esta problemática de explotación laboral infantil, leí en un portal web del diario "El País" del 23.10.19, que tres periodistas realizaron una película denominada: "The Chocolate Case", por lo cual los mismos querían destapar la explotación infantil en la industria del cacao, y entre las preguntas que se hacían, era si como consumidores de chocolate una persona podía ir a la cárcel. Asimismo me pregunto: aumentaría aún más el precio del chocolate si tendríamos adultos trabajando, en lo que deberían los empleadores aportar para la seguridad social de los mismos.- Ahora comprendo que cada barrita de chocolate que compro tiene una historia, y la historia es un niño clamando libertad, un niño que clama justicia, pidiendo disfrutar su infancia.

Sin ir más lejos, en el norte de la Provincia de Santa Fe, los niños "hacen tortitas" con la masa de barro y las ponen en los moldes que los mayores se encargan luego de quemar en el horno y convertirlos en

155 Ley N° 26727 Régimen de Trabajo Agrario, art. 59.

ladrillos, todo se concibe con naturalidad.- Ellos no pueden escapar del infierno diario que lleva trabajar, poner el cuerpo y huir sólo porque son niños, sus gritos no son escuchados, porque las leyes no son cumplidas.

Los niños que trabajan el sector agropecuario se encuentran más propensos al nivel de explotación, dado que están en forma constante cercanos a plaguicidas, fertilizantes, con alto nivel de toxicidad para su salud y expuestos a accidentes laborales por el uso indebido de herramientas. Entonces también se encuentra vulnerado este derecho humano básico fundamental, porque enfermarán tempranamente no pudiendo contribuir con buena salud para su adultez.

En Rosario, en Santa Fe, mencionar el trabajo infantil hace pensar en los niños que mendigan y en los hijos de los peones rurales, sin embargo el sector que más absorbe niños trabajadores es una actividad bien urbana: el comercio. Niños en las esquinas de las calles vendiendo flores, estampitas y turrone de maní.

No resulta fácil erradicar el trabajo infantil, para ello muchos de los que estudian dicha problemática en la Argentina, sostienen que aunque contemos con la Ley N° 26390, es necesaria una articulación entre Nación, provincias y municipios y tratar de concientizar que la educación y el juego es lo único verdaderamente importante para los menores de 16 años.-Un niño/a que trabaja es un niño que no asiste al colegio, que se encuentra cansado, que no socializa con sus pares. Muchas veces sucede que las niñas se quedan en el hogar cuidando a sus hermanitos más pequeños y los de mediana edad van a la cosecha. Por ello existe una doble explotación una es de la niña que se queda en la casa al cuidado de sus hermanos, realizando los quehaceres del hogar cuando debería estar en el colegio y por el otro, sus hermanos explotados por ejemplo en el norte de la República Argentina en la cosecha de la yerba mate. Aquí tenemos un Estado ausente, que no aplica las leyes, a pesar de que cuenta con ellas y con instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional, pero que no le interesa en la práctica que esos niños tengan acceso a la educación, ya que se encuentran invisibilizados, no teniendo presente su derecho a ser oído, su interés superior.- No solo el trabajo infantil lo hallamos unido a la pobreza, sino también en niñas muchas veces obligadas a ser modelos: de pasarela, en gráficas, actrices, por satisfacción personal de sus progenitores, y niños obligados a ser los mejores en el fútbol, no tomándose como juego sino como competencia para ganar dinero.

Estamos sordos y ciegos porque no vemos la violencia, y el abuso en que muchos niños se encuentran inmersos.

Según una nota de Diario Clarín del día 06.06.2019, de Irene Hartmann sobre un informe de la UCA sostiene: "...más chicos argentinos empleados o realizando tareas domésticas. Y más chicos mal alimentados que, o no cubren sus requisitos nutricionales o directamente pasan hambre, en hogares donde eso de "mate cocido con pan y a la cama" es una realidad. Estos dos temas son sólo un recorte del último informe del equipo del Barómetro de la Deuda Social de la Infancia (del Observatorio de la Deuda Social de la UCA), en base a la encuesta que realizan cada año y que presentarán este jueves. El relevamiento de cómo los niños atravesaron el 2018 muestra que el déficit general que genera la crisis económica a ellos les pega -literalmente- en el cuerpo. Por un lado, la cifra de inseguridad alimentaria pasó, en un año, de 21,7% a 29,3%. Es decir que hay más hogares en los que, por falta de dinero, se redujo la dieta alimentaria de los últimos 12 meses. En el 13% de los casos (contra el 9,6% de 2017) los consultados expresaron que en su hogar los chicos habían sufrido "inseguridad alimentaria severa".

En las grandes ciudades, el uso de menores como mano de obra se da como embaladores y ayudantes en supermercados y otros comercios, el reciclaje de basura, la venta ambulante, el trabajo doméstico, cuidado de niños, ancianos y enfermos. Como puede apreciarse, tanto la producción primaria como la industria y los servicios están involucrados en la explotación laboral de la niñez. La propia ley 26.390, que prohíbe el trabajo infantil y protege el trabajo adolescente, impone los 16 años como la edad mínima para que una persona sea admitida en un empleo. Otro contrasentido: a los 16 años ningún adolescente ha terminado la escuela secundaria. Y en este caso, es la Ley quien lo permite.

Necesitamos tomar la posta para empezar a denunciar situaciones en la que muchas veces se encuentran internalizadas, ya que no debemos hacernos los tontos, o hacer oídos sordos, porque existe y nos golpea la puerta como sociedad, la explotación-trabajo infantil.- Dos contracasas la pobreza y muchas veces sin la necesidad de hallarse en ella, cada vez más existen niños que trabajan en la cosecha de frutillas, de arándanos, etc., hay niños entre comillas “modelos en publicidad” por el cual son utilizados para satisfacer de una manera u otra la insatisfacción de los adultos. Necesitamos más leyes o poner en práctica las existentes? Cada uno a través de su conciencia tomará una posición. Creo que en la vida de un niño, dada su inocencia lo más importante para él es el juego, ya que despliega ello mismo: “su inocencia” y su creatividad. A través del juego desarrollan todas sus capacidades y evolucionan mental y físicamente, cuando le otorguemos desde el Estado la jerarquía que realmente tiene empezaremos a construir niños felices.

BIBLIOGRAFÍA

- DERECHOS DEL NIÑO, EditorialEudeba, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Edic.07/10.
- REVISTA DIGITAL. www.upcnsfe.com.ar. El Trabajo Infantil en la Provincia de Santa FE, nota n° 9307.
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.
- LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. Ley Nacional N° 26061.
- LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. Ley Provincial N° 12967.
- LEY DE PROHIBICIÓN DE TRABAJO INFANTIL Y DE LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO ADOLESCENTE. Ley N° 20744 (LCT).

*COMO VIVIDO CIEN VECES...
Identidad, orígenes y ahora
reproducción humana asistida**

*Dra. Mariana De Lorenzi(**)*

La CDN consagra el derecho de las niñas, niños y adolescentes a conocer sus orígenes. El principio de igualdad rechaza cualquier distinción en el reconocimiento de este derecho. Su garantía no puede así depender, entre otras circunstancias, del nacimiento. Sin embargo, según la clase de filiación de la persona, el mismo presenta un alcance diferente. De esta forma, el derecho a conocer los orígenes se traduce en la admisión del principio de verdad biológica en la filiación por naturaleza; en el derecho de la persona adoptada a conocer a sus progenitores y en el del nacido por donación de gametos o embriones, gestación por sustitución o cualquier otra técnica reproductiva a conocer toda la información a ella relativa incluida la identidad de su/s donante/s y/o gestante. Este trabajo analiza la protección jurídica que el mismo recibe en estos últimos casos, indagando en los avances y en los desafíos pendientes en miras a una plena efectividad de este derecho.

The CRC enshrines the right of children and adolescents to know their origins. The principle of equality rejects any distinction in the recognition of this right. Your guarantee cannot thus depend, among other circumstances, on the birth. However, according to the person's affiliation class, it presents a different scope. In this way, the right to know the origins translates into the admission of the principle of biological truth in filiation by nature; in the right of the adopted person to know their parents and in the right of the one born by donation of gametes or embryos, replacement pregnancy or any other reproductive technique to know all the information related to it including the identity of its donor / s / or pregnant. This paper analyzes the legal protection that it receives in the latter cases, investigating the progress and the pending challenges in order to fully fulfill this right.

* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación "Derecho a la identidad y acceso a los orígenes de las niñas, niños y adolescentes en Rosario" (UCEL, DER 412), 2019-2020, Directora – Investigadora Principal: Mariana De Lorenzi.

** Doctora en Derecho (Universidad de Barcelona). Abogada Especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario). Profesora Titular de Derecho de la Niñez y la Adolescencia y Profesora Asociada de Derecho Civil I (Universidad del Centro Educativo Latinoamericano).

*“¿Para qué repetir antiguos errores
habiendo tantos errores nuevos por cometer?”
Bertrand Russell*

“COMO VIVIDO CIEN VECES...”*

El título elegido para este trabajo emula al que emplea Cristina Bajo en el primero de sus libros sobre la saga de los Osorio, en la que la autora cordobesa grafica las vivencias –por lo general, trágicas y pasionales– que se reiteran en el tiempo en cada una de las generaciones familiares.

Una similar reproducción sucede con las supresiones de identidad. El silencio y la mentira son los grandes protagonistas en la vida de las personas apropiadas, adoptadas o nacidas de prácticas anónimas o anonimizadas. Para todas ellas, el secreto vuelve y se repite... ¡Como vivido cien veces!

1. HISTORIA Y SEÑAS DE IDENTIDAD

El derecho a la identidad personales uno de los derechos más centrales, debatidos y valorados en Argentina. La conciencia social sobre su importancia así como el resguardo legal que el mismo ha recibido no son, sin embargo, azarosos. Si la identidad integra el ADN nacional es a fuerza de una lamentable historia de apropiaciones sistemáticas¹⁵⁶.

Solo entre 1976 y 1983, más de quinientos niños y niñas vieron suprimidas sus identidades en virtud del “terrorismo de Estado”; sucesos legitimados por un sistema tutelar de menores e invisibilizados o justificados por ideologías ad hoc a las prácticas de secretismo en la adopción¹⁵⁷.

En el último tiempo se ha dado a conocer que el número de víctimas durante ese período es abrumadoramente mayor al indicado, al sumarse la situación de niñas y niños privados de sus identidades en virtud de una praxis social que, en fraude al procedimiento legal de adopción, consiste en inscripciones registrales como hijas e hijos biológicos. Lo frecuente de esta actividad queda a la luz cuando miles de personas que carecían de vínculo biológico con sus madres y/o padres legales, al contrastar sus muestras de ADN con las existentes en el Banco Nacional de Datos Genéticos, comprueban que tampoco eran descendientes de desaparecidos¹⁵⁸. No es sino a partir de la lucha librada por las asociaciones de

156 Villalta, Carla, “Circuitos institucionales y tramas de relacionessociales: las formas de materialización de la apropiación criminal de niños”, en Águila, Gabriela; Garaño, Santiago; Sacatizza, Pablo (coords.), *Represión estatal y violencia paraestatal en la historia reciente argentina: Nuevos abordajes a 40 años del golpe de Estado*, Estudios/Investigaciones Nº 57, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, La Plata, 2016, pp. 296-319.

157 De Lorenzi, Mariana; Gallego Molinero, Aranzazu y Fernández, Paulina, “Adopción y Derechos. El acceso a los orígenes en Argentina, Chile y España”, *Revista de Ciencias Sociales “América Latina Hoy”*, Núm. 83: “Infancias, Adolescencias y Juventudes”, Abril, 2020. En prensa.

158 En fecha 18/06/2017 se publicó en el diario El País, de España, una nota que hacía referencia a que el número de negativos superaba los nueve mil (Centenera, Mar. El ADN, 30 años al lado de abuelas para encontrar a los nietos robados por la dictadura. Madrid: El País, 2017: en línea: https://elpais.com/internacional/2017/06/14/america/1497472745_062450.html, compulsado el 30/10/19) y a fines del 2018 se esbozaban cifras que rondaban los doce mil (Gonçalvez, Manuel, Información brindada verbalmente en el marco del Workshop *Identidad y orígenes: desafíos y tensiones en la ampliación de derechos*, Instituto de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Centro Cultural Paco Urondo, caba, 26/11/2018).

estos buscadores de sus orígenes que actos como éstos, por entonces tolerados y aceptados, se visibilizan, trascienden y comienzan a cuestionarse¹⁵⁹.

Estas ya tradicionales vulneraciones de identidad –por acción (apropiación) o por omisión (silencio en la adopción)– se desarrollan durante un lapso temporal que comienza antes de la última dictadura cívico-militar y se extiende incluso, aunque en menor medida, después de ella, haciendo que hoy en día resulten cada vez más excepcionales. En contraste, la irrupción de las nuevas tecnologías reproductivas genera otras prácticas violatorias con perfiles más actuales. Ignorando la reflexión que hacía el Premio Nobel de Literatura (“¿para qué repetir antiguos errores habiendo tantos errores nuevos por cometer?”), la sociedad argentina elige revivir equivocaciones ancestrales ahora bajo una apariencia de transgresora modernidad. Aunque los errores sean para aprender y no para repetir, como reza el adagio popular, la realidad muestra que el derecho a la identidad se ve una vez más en jaque cuando se realizan técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) sin el debido resguardo de la información sobre los orígenes de las personas nacidas.

De la mano de los avances científicos arriba una nueva forma de afectación de la identidad personal que también exige ser visibilizada, condenada y combatida. En miras a este propósito, se impone un estudio que indague en el alcance del derecho a conocer los orígenes en el ordenamiento jurídico argentino y en las eventuales herramientas legales que le brinden efectividad¹⁶⁰. El mismo se estructura a partir de dos ejes básicos. En una primera parte, se indaga sobre la identidad, los orígenes y las TRHA. Seguidamente, se dirige la atención hacia el reconocimiento legislativo del derecho a conocer los orígenes, abordando en los próximos tres acápite cuestiones relacionadas, en particular, con su consagración convencional, su protagonismo en nuestro derecho y su regulación legal. Se cierra el análisis con una reflexión que invita a

159 Gesteira, Soledad, “Legales pero ilegítimos: sentidos sobre la inscripción de la filiación y los documentos personales para quienes buscan sus orígenes en Argentina”, *Etnográfica*, Vol. 20, Nº 1, 2016, pp. 5-31; “El derecho a conocer. Experiencias de personas que buscan sus orígenes en la justicia argentina”, *Revista de Estudios e Pesquisas sobre as Américas*, Vol. 1, Nº 10, 2016, pp. 1-27; “Buscar el origen biológico. Parentesco y familia en organizaciones de personas adoptadas”, *Kairos - Revista de Temas Sociales*, Año 18, Vol. 33, 2014, pp. 1-25; “Más allá de la apropiación criminal de niños: el surgimiento de organizaciones de personas adoptadas que buscan su identidad biológica en Argentina”, *Runa*, Vol. 35, Nº 1, 2014, pp. 61-76.

160 Pueden consultarse otras publicaciones realizadas por la autora sobre el reconocimiento de este derecho en el derecho español (De Lorenzi, Mariana, “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente?”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Vol. 8, Mes Julio, Año 2016, Dykinson, España, pp. 101-124; “¿De dónde vengo? La emblemática pregunta por los orígenes formulada por los hijos nacidos de técnicas de reproducción humana asistida”, en Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravetllat Ballesté, Isaac (Coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Comunicaciones (e-book). Eje temático 1: La participación social de la infancia y la adolescencia: por su incorporación a la ciudadanía activa, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 797-838; “El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida en España y Cataluña”, *Newsletter Afín Nº 85*, Barcelona, Julio-Agosto 2016, disponible en: http://ddd.uab.cat/pub/afin/afinSPA/afin_a2016m7n85iSPA.pdf; “El derecho a conocer los orígenes biológicos – La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos de reproducción humana asistida”, en *Dipòsit Digital – Universitat de Barcelona*, Barcelona 2015, disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/96722/1/DE%20LORENZI_TESIS.pdf, compulsados el 30/10/2019); en el derecho canadiense (Giroux, Michelle y De Lorenzi, Mariana, “Putting the child first: A necessary step in the recognition of the right to identity in Canadian Law”, en *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 27, Nº 1, 2011, pp. 53-94; y “The Recognition of the Right to Identity of Children Born of Assisted Procreation: A Provincial Responsibility”, en Guichon, Juliet R., Mitchell, Ian y Giroux, Michelle (Eds.), *The Right to Know One’s Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers NV, Bruselas, 2012, pp. 310-318); y en el derecho argentino (De Lorenzi, Mariana, “El derecho a la identidad de los niñas, niños y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida” (Capítulo 7) y “El derecho de los niños nacidos de técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos” (Capítulo 8), en Fernández, Silvia E. (Dir.), *Tratado de Derechos de niñas, niños y adolescentes – La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)*, Título Segundo, Tomo I, Abeledo Perrot, Argentina, 2015, pp. 1059-1080 y 1081-1111, respectivamente). Para un estudio comparado de los derechos argentino, chileno y español sobre el acceso a los orígenes de las personas adoptadas y la posibilidad de contacto como garantía de su derecho a la identidad, puede consultarse: De Lorenzi, Mariana; Gallego Molinero, Aranzazu y Fernández, Paulina, “Adopción y Derechos...” cit.

superar viejos tabúes que generan la sensación de estar atravesando por una situación “como vivida cien veces”, para poder avanzar hacia una efectivagarantía del derecho de todas las niñas, niños y adolescentes (en lo sucesivo, NNA) a conocer sus orígenes sin discriminaciones de ningún tipo¹⁶¹.

2. IDENTIDAD, ORÍGENES Y FILIACIÓN

La Real Academia Española (desde ahora, RAE) define a la identidad como el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que lo caracteriza frente a los demás”. La identidad de la persona es algo así como la radiografía de su ser y su sentir; lo que autoriza a identificarla como tal y distinguirla de cualquier otra, por ser única, irrepetible e idéntica a sí misma¹⁶². La constitución del ser en uno mismo y no otro¹⁶³ es, por esencia dinámica e implica un constante hacer. No se nace con una determinada identidad (como se nace con un grupo sanguíneo, una raza, un color de ojos, etc.) sino con ciertas características (biológicas, orgánicas, físicas, genéticas, temperamentales, etc.) que unidas a las interrelaciones que se entablan con el medio exterior y los semejantes, permiten construirla. De este modo, la misma se forja en el pasado, en los orígenes del ser humano, atraviesa su presente y se proyecta hacia su futuro y aunque en ese devenir ciertas cualidades vayan modificándose, su esencia permanece¹⁶⁴.

Es esa continuidad la que permite comprender que la identidad personal involucra múltiples elementos, todos y cada uno de ellos fundamentales para su estructura. Este trabajo se centra en sólo uno de ellos, “los orígenes biológicos”¹⁶⁵ de las NNA, cuyo estudio es abordado en función de su “filiación” (por TRHA) que es, a la sazón, otro de sus aspectos.

La diversidad de componentes que conforman la identidad personal conduce a Fernández Sessarego a sistematizarlos en dos esferas: “estática” y “dinámica”¹⁶⁶. La doctrina por lo general, siguiendo al autor peruano, sostiene que el “vínculo biológico” es parte integrante de la dimensión estática y el “vínculo filial” de la dinámica. Sin embargo, su categorización resulta bastante más compleja y es posible detectar que tanto uno como otro coadyuvan a ambas esferas¹⁶⁷. Ahora bien, sin perjuicio de sus complicaciones,

161 Por razones de espacio, este trabajo se limita al análisis normativo y no incluye las soluciones de derecho comparado, las opiniones doctrinales ni las resoluciones jurisprudenciales existentes en la materia. Sobre ello, puede consultarse: De Lorenzi, Mariana, “El derecho de los niños nacidos de técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos” *cit.*, pp. 1081-1111.

162 De Lorenzi, Mariana, “El derecho a conocer los orígenes biológicos...” *cit.*, p. 123. Véase, también, “El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida” *cit.*, p. 1061.

163 Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la Identidad Personal*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

164 De Lorenzi, Mariana, “El derecho a conocer los orígenes biológicos...” *ob. cit.*, p. 123.

165 Empleamos esta expresión porque, como bien observan Hodgkin y Newell, el término “biológico”, hoy en día, no permite determinar si se refiere a la madre genética o a la gestacional. (Hodgkin, Rachel y Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 1998, p. 104). Por esta razón, dejamos aquí sentado que cuando hablamos de “vínculo biológico” lo hacemos en un sentido amplio, comprensivo tanto del vínculo genético como del gestacional, pues consideramos que el adjetivo “biológico” (que el Diccionario de la RAE define como “perteneciente o relativo a la biología”, a la que caracteriza como “ciencia que trata de los seres vivos”) es suficientemente amplio como para abarcar ambos supuestos.

166 Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 114.

167 Así, al *estatismo* y *permanencia* que puede pensarse existe respecto a la carga genética o al nexo gestacional que une a dos personas deben agregarse otros elementos *dinámicos* como son el carácter mutante de los genes o el hecho de que el acceso a esa verdad biológica implica una *actividad*. En este sentido Siverino Bavio manifiesta “...que los datos identificatorios están lejos de ser estáticos. Lo que en todo caso podría considerarse estático es el punto temporo-espacial desde el cual el Estado realiza el ‘corte’ y plasma en un documento los datos identificatorios...”. La confluencia de ambos aspectos se da también en el segundo supuesto, pues mientras la determinación de la filiación alude más a elementos estáticos que dinámicos, las relaciones familiares y todo lo relativo a la vida familiar remiten fundamentalmente a los segundos. Al respecto, la citada autora, dice que lo que se “...entiende por ‘dinámico’: el ‘derecho a conocer la específica verdad personal’, estaría de hecho más relacionado con los elementos que la doctrina considera ‘estáticos’ e involucra otras cuestiones, tales como el derecho al acceso a la información y el derecho a la verdad a fin de constatar si los datos identificatorios que hacen a la filiación son fidedignos” (Siverino Bavio, Paula, “Derecho a la identidad y verdad biológica, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, RDFyP, 2013 (diciembre), AR/DOC/3740/2013).

la clasificación propuesta tiene la enorme trascendencia de haber sido de las primeras en poner en evidencia que una cosa es el nexo biológico y otra diferente el lazo legal¹⁶⁸.

Las TRHA vienen justamente a resaltar esta circunstancia: los orígenes también tienen trascendencia para las personas nacidas por estos tratamientos pero fuera del ámbito de la filiación. Dicho de otro modo, "orígenes" y "filiación" transitan por sendas paralelas que sólo confluyen en su objetivo de servir plenamente a la identidad de toda NNA.

Esta importancia revela el interés que las distintas disciplinas tienen en la identidad: la filosofía le da sustento, la psicología la explica y el derecho tiene por función garantizarla¹⁶⁹, es decir, resguardar el espacio de libertad necesario para que cada individuo pueda desarrollar libremente su personalidad en forma armónica con el interés social¹⁷⁰.

3. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL CONVENCIONAL DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES

El carácter crucial de la identidad en el desarrollo de la personalidad de NNA queda en evidencia en la incorporación de este derecho al bloque convencional. Así resulta de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y la jerarquía constitucional que posteriormente le brinda la Reforma de 1994.

Se trata de uno de los instrumentos internacionales de derechos humanos más citados en la materia por su trascendencia¹⁷¹. Es el primero no solo en consagrar el "derecho a la identidad" como un derecho autónomo¹⁷² sino también en hacer referencia al "derecho a conocer a los orígenes"¹⁷³.

Tomando como eje el interés superior de las NNA (art. 3.1), destaca el valor esencial de la identidad lo

168 En España se atribuye a Lacruz Berdejo haber incorporado esta distinción en base al sentido *sociocultural y jurídico* del primero y *biológico o genético* del segundo (Lacruz Berdejo, José Luis, "La Constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, 1987, pp. 2037 y 2039; *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV: Familia, Dykinson, Madrid, 2002, p. 318). En Inglaterra, uno de los autores que ha estudiado el tema con gran profundidad es Bainham (véanse, por ejemplo, Bainham, Andrew, "Arguments about parentage", *Cambridge Law Journal*, 2008, Vol. 67, Nº 2, pp. 322-351; "Who or what is a parent?", *Cambridge Law Journal*, 2007, Vol. 66, Nº 1, pp. 30-32; "Whose sperm is it anyway?", *Cambridge Law Journal*, 2003, Vol. 62, Nº 3, pp. 566-570); aunque pueden consultarse asimismo: Lowe, Nigel V. y Douglas, Gillian, "Becoming a parent in English law", *Law Quarterly Review*, 1992, Vol. 108, pp. 414-432; o Matthews, Martha, "Am I My Child's Parent? Recent Developments in the Law of Parentage", *Children's Legal Rights Journal*, 2003-2004, Vol. 23, Nº 2, pp. 44-51. En nuestro país, Kemelmajer De Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional" (Comentario al fallo del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 86, 18/09/2013, "N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento"), LA LEY 11/07/2013, 3).

169 Fernández Sessarego, Carlos, *Ob. cit.*, pp. 2-3 y 11-13.

170 De Lorenzi, Mariana, "El derecho a conocer los orígenes biológicos..." *cit.*, pp. 126-127.

171 Sobre la importancia de la CDN, véanse Mcgoldrick, Dominic, "The United Nations Convention on the Rights of the Child", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 5, Nº 2, 1991, p. 133); y Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1995, *International Studies in Human Rights*, Vol. 35, p. 51.

172 Hasta entonces era frecuente el resguardo de ciertos elementos de la identidad, como el caso derecho a la inscripción del nacimiento, al nombre o la nacionalidad. Rivero Hernández, Francisco, "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)", *Actualidad Civil*, Tomo 2, Nº 24, Sección Doctrina, Junio de 2003, p. 593, Ref. LA LEY 1018/2003.

173 Aunque lo hace con la expresión "derecho a conocer a los padres", en el "*Manual on Human Rights Reporting*" se afirma que "...the Convention sets forth a new right, the right for the child to know...his or her parents" (Santos Pais, Marta, UN, Gineve, 1997, HR/PUB/91/1 (Rev.1), p. 431, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/manualhrren.pdf>, compulsado el 30/10/2019).

largo de todo su articulado¹⁷⁴, aunque el derecho a conocer los orígenes (y también el de vivir en familia) queda expuesto con mayor énfasis en los arts. 7¹⁷⁵ y 8¹⁷⁶.

De esta forma la CDN otorga un reconocimiento integral al derecho a la identidad, tanto en su noción que incluye todos sus aspectos como en su amparo al hacerlo merecedor de un triple mecanismo de protección estatal.

En el primer sentido, enfatiza la importancia de preservar todos los aspectos de la identidad cuando refiere a que las NNA tendrán derecho desde que nacen "...en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (art. 7.1). También lo hace el Comité Jurídico Interamericano cuando rechaza que el derecho a la identidad pueda reducirse a solo uno de los derechos que lo integran o a una mera sumatoria de todos ellos¹⁷⁷.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adopta una noción amplia del derecho a la identidad –definiéndolo "...como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad..."– e incorpora a él tanto el derecho a conocer los orígenes como a tener relaciones familiares¹⁷⁸.

Finalmente, afirmar la amplitud de su noción implica asimismo entender que aun cuando los arts. 7 y 8 no incluyan expresamente a las NNA nacidas por TRHA, éstos se encuentran también bajo su halo de protección. A esta conclusión conduce el art. 2.1, cuando impone a los Estados que garanticen este derecho a cada NNA "sin distinción alguna" e independientemente de cualquier condición propia, de sus madres y/o padres o de sus representantes legales, incluido su nacimiento, como el art. 3.1, ya que su interés superior se resguarda con el derecho a conocer todas las condiciones relacionadas con su concepción, gestación y/o nacimiento, incluidos sus donantes y/o gestantes¹⁷⁹.

Las normas citadas se ven también matizadas con una interpretación histórica y dinámica. En efecto, los tratados o convenciones, tal como vienen sosteniendo los tribunales que los aplican, son "instrumentos vivos". La CDN también lo es y debe ser interpretada y aplicada más allá de las motivaciones del legislador, conforme a su objetivo y propósito¹⁸⁰, que no fue otro que plasmar en ella el derecho a la identidad¹⁸¹. La CIDH hasta el momento, no se ha pronunciado respecto a este derecho en los casos de

174 Véanse, por ejemplo, los arts. 2.1, 14, 29, 30.

175 Dice el art. 7, en su primer apartado, que "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"; y en el siguiente sostiene que "[l]os Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida". El destacado es propio.

176 Art. 8: "1. los Estados Partes se comprometen a respetar el *derecho del niño a preservar su identidad*, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a *restablecer rápidamente su identidad*". El destacado es propio.

177 Véanse, en tal sentido, Consejo Permanente, Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad, CJI/doc.276/07 rev.1, aprobada por la Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), §§ 13-14.

178 Entre las posibles vulneraciones a este derecho, la CIDH resalta la desaparición forzada de personas y los procesos adoptivos irregulares, que tanto pueden afectar el derecho a conocer los orígenes biológicos como el derecho a tener relaciones familiares. Cfr: Corte I.D.H., '*Gelman vs Uruguay*', Sentencia de 24 de febrero de 2010, Serie C Nº 221; '*Forneron e hija vs Argentina*', Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C Nº 242; '*Contreras y Otros vs El Salvador*', Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C Nº 232.

179 Giroux, Michelle y De Lorenzi, Mariana, "Putting the child first..." *cit.*, p. 70.

180 Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

181 Jaap Doek –miembro del Comité de los Derechos del Niño desde 1999 a 2007 y su presidente entre 2001 y 2007- al comentar el art. 8 C.D.N. pone de relieve que para entender la naturaleza única de esta norma son de particular importancia las razones históricas que rodearon su inclusión, pero que para definir su alcance al momento de implementarla, aunque resulten útiles estos precedentes, debe tenerse en cuenta fundamentalmente que la C.D.N. es un "instrumento vivo" que debe ser objeto de una interpretación que reflejen los nuevos acontecimientos que puedan surgir y que estén en relación con los derechos de las NNA (*A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Arti-*

TRHA, a pesar de que sí han llegado a sus estrados planteamientos relativos a estas últimas¹⁸².

Desde esta lectura se postula que la CDN consagra genéricamente el derecho de todas las personas a conocer sus orígenes biológicos, independientemente de su filiación (por naturaleza, adoptiva o por TRHA) aunque reciba un diferente alcance de acuerdo a la clase de que se trate. Acorde con ello, el derecho a conocer los orígenes se traduce, en la admisión del principio de verdad biológica en la filiación por naturaleza, en el derecho del adoptado a conocer a sus progenitores y en el de las personas nacidas por TRHA a conocer a sus donantes y/o gestantes¹⁸³.

Pese a este amplio paraguas protectorio que brinda el sistema internacional de los Derechos Humanos y el acuerdo mundial por el respeto a la identidad que evidencia la ratificación casi unánime a la CDN (con la única excepción de Estados Unidos) no han sido óbice para que muchos países continúen sin adecuar su legislación interna. De este modo, incumpliendo los compromisos asumidos, se mantienen en sus legislaciones internas figuras claramente violatorias del derecho a conocer los orígenes, como son el parto anónimo, la adopción cerrada o el anonimato.

Se debe tener presente asimismo que la CDN no es una mera declaración de buenas intenciones sino que, como establece la CIDH, “[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos”¹⁸⁴.

Así lo dispone el propio instrumento cuando en el art. 4 obliga a los Estados a implementar “...todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos...”, entre ellos por supuesto el derecho a la identidad.

Los arts. 7 y 8 prevén además un amparo integral del derecho en cuestión cuando impone a los Estados, primero, velar por su aplicación; segundo, asumir el compromiso de respetarlo; y tercero, restablecerlo de inmediato en caso de privación ilegal¹⁸⁵.

Por tanto, cuando ilegítimamente se prive a una NNA de un elemento de su identidad, y en concreto de sus orígenes, sea por acción o por omisión, los Estados deben adoptar todas las providencias pertinentes destinadas a restituirlo en su goce.

4. DESARROLLO LEGISLATIVO

Interpelado por el bloque constitucional convencional y el principio de efectividad de los derechos, el Estado Argentino se encuentra obligado a cumplir este mandato para plasmar, garantizar y restituir

cles 8-9: The Right to Preservation of Identity and the right not to be separated from his or her parents, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, pp. 3 y 10). En el mismo sentido, Cerda, Jaime, “The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, Nº 1, Febrero de 1990, pp. 116-117.

182 Destaca el caso ‘Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica’ (Sentencia de 28/11/2012, Serie C Nº 257) en el que se analiza la cuestión relativa a las TRHA desde la óptica de sus usuarios y sus derechos reproductivos. Legitimando el recurso a estas prácticas, considera que “...la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada”. Sostiene que este último derecho “...engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior... incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”. En este sentido, especialmente, el § 143 de la Sentencia. El derecho a conocer los orígenes, al ser ajeno a los cuestionamientos de constitucionalidad formulados a la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica que anulaba la regulación de las TRHA, no forma parte del pronunciamiento de la CIDH.

183 Estas ideas han sido objeto de un análisis y desarrollo más extenso en De Lorenzi, Mariana, “El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida” *cit.*, pp. 1059-1080.

184 “Caso Velázquez Rodríguez c/ Honduras”, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, §167.

185 De Lorenzi, Mariana, “El derecho a conocer los orígenes biológicos...” *cit.*, p. 319. Véase, también, “El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida” *cit.*, p. 1061.

en el goce del derecho a la identidad a todas las NNA sin distinciones por razón del nacimiento ni de cualquier otra condición propia o de sus madres y/o padres.

Con miras a ello surgen, tanto en el ámbito nacional como en el provincial, una serie de iniciativas legislativas.

Ante todo debe destacarse la Ley 23.849 de Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. A ella deben su razón de ser tanto la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (en lo sucesivo, Ley 26.061) como sus sucesoras a nivel provincial que siguen y replican los lineamientos convencionales.

La Ley 26.061 consagra el "derecho a la identidad" y lo hace de forma amplia, resguardando, entre sus elementos, "el derecho a la filiación" y "el derecho a conocer a sus padres biológicos" (art. 11), como condición elemental para la satisfacción del interés superior de las NNA que exige "...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley" y del respeto de "su condición de sujeto de derecho", asegurando en caso de conflicto, la prevalencia de sus derechos e intereses frente a los de otros igualmente legítimos (art. 3).

Impone asimismo que se garantice su goce "...por igual a todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en (...) el nacimiento o cualquier otra condición..." (art. 28).

Responsabiliza a los organismos estatales de su efectivo cumplimiento así como de la adopción de todas las medidas pertinentes (administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier índole) (art. 29) para "...facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de los niños, niñas y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar" (art. 11, 2º párr.).

Cuatro años más tarde, el legislador santafesino reitera estas disposiciones en los artículos 4, 7, 8 y 11 de la Ley Nº 12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; y, en el año 2017, dicta la Ley Nº 13.725 de Derecho de Acceso a Archivos para Conocer Identidad Biológica o de Origen.

Esta última tiene por objeto "garantizar el derecho a la identidad biológica o de origen, para restituir su ejercicio a toda persona que presuma que su identidad haya sido suprimida o alterada" (art. 1). Establece beneficiarios "directos" e "indirectos". Entiende por "directos" a quienes sospechen que su identidad ha sido suprimida o alterada por hechos concomitantes o posteriores a su nacimiento y a las personas adoptadas en cualquier fecha; incluidos asimismo sus hijos, nietos y supuestos hermanos. Resguarda de forma "indirecta" a "...todas las personas privadas de la relación parental por la comisión de un delito y/o la falta o vicio del consentimiento, quedando comprendidos los abuelos" (art. 2).

La normativa regula el acceso a los registros (art. 3) y establece que la autoridad de aplicación de la ley es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Secretaría de Derechos Humanos, quien tendrá a su cargo el servicio de atención de los casos que se presenten y la creación de un "Registro Único de Búsqueda de Identidad Biológica o de Origen de la Provincia de Santa Fe" (arts. 4 a 8).

Requiere una actuación coordinada con el Ministerio de Salud al que responsabiliza de asegurar y ayudar en el acceso a todos los archivos (art. 9), unificar criterios para los registros de los nacimientos y de partos (art. 10), creando un "Registro Único de Nacimientos y de Partos" sistematizado e informatizado (art. 11) y garantizar la custodia y preservación de todos los documentos existentes en el sistema de salud (art. 12). Involucra también a la Dirección Provincial del Registro Civil, dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, exigiéndole colaboración en la búsqueda de los materiales obrantes en sus archivos que le fueran requeridos (art. 14).

Como resulta del recorrido hasta aquí realizado, más allá de algunos desaciertos terminológicos que denotan que los presupuestos de hecho a los que atiende el legislador son la adopción y/o la apropiación, el derecho a conocer los orígenes recibe tratamiento de un modo amplio.

Una interpretación flexible, impuesta por el bloque convencional en el objetivo de garantizar plenamente los orígenes, convence a la Comisión Reformadora del Código Civil a dar consagración expresa en el goce del derecho a la identidad a los casos de TRHA.

De este modo y como se analiza en el acápite siguiente, es acertado afirmar que en la actualidad el ordenamiento jurídico argentino proclama el derecho de toda persona a conocer sus orígenes, independientemente de su filiación. El valor de los orígenes ya no sólo presenta trascendencia en la filiación por naturaleza a través de la tradición al principio rector de la "verdad biológica"¹⁸⁶ y del "derecho a conocer los orígenes" en la adopción¹⁸⁷, sino que adquiere protagonismo ahora también en los supuestos de TRHA.

5. REGULACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

La reforma operada en el año 2015 viene a consolidar el derecho a la identidad de las NNA nacidos por TRHA al reconocer tanto su derecho a que se determine su filiación conforme a la voluntad procreacional¹⁸⁸ como a ser informados sobre su forma de concepción, gestación y/o nacimiento. Es así posible ejercitar uno o ambos derechos; pero, en el último caso, tratándose de pretensiones independientes y escindibles con distintos objetos (determinar la filiación o acceder a la información sobre los orígenes¹⁸⁹), corresponde encauzarlas por vías autónomas¹⁹⁰.

Estos dos elementos básicos de la identidad, filiación y orígenes, son incorporados al Libro Segundo (Relaciones de Familia) del CCyC. De las cinco normas que el Título V destina a la filiación por TRHA, tres se refieren específicamente a la primera (arts. 560 a 562) y dos a los segundos (arts. 563 y 564).

5.1. Las cosas por su nombre: ¿derecho a la información o derecho a conocer los orígenes?

El art. 563 establece, como reza su epígrafe, el "derecho a la información de las personas nacidas por TRHA". La decisión de utilizar la expresión "derecho a la información" en lugar de "derecho a conocer los orígenes" empleada en la filiación adoptiva ha suscitado cuestionamientos. Ahora bien, ¿el lenguaje importa o son solo palabras?

Los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma al Código Civil responden que "sí, importa", ya que el lenguaje, lejos de ser neutro, inocente o indiferente, "tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico". Ante ello, es necesario indagar acerca del acierto del vocablo empleado, pues la utilización de una de-

186 Cfr: Capítulos 3 a 8 del Título V del CCyC.

187 Arts. 595 y 596 del CCyC.

188 Con anterioridad a la sanción del CCyC la autora se pronunció a favor de que la fuente de la filiación en los casos de TRHA debía ser esta. Véase, al respecto, De Lorenzi, Mariana A., "La voluntad parental ¿Cuánto vale el 'sí, quiero' para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana asistida", en Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (Dir.), *El Derecho de Familia en Latinoamérica N° 1*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba (Argentina), 2010, pp. 697-761.

189 En el mismo sentido, Lloveras, Nora, Orlandi, Olga y Faraoni, Fabián, "El derecho a la identidad y el emplazamiento filiatorio en las prácticas de procreación asistida", en Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (Dir.), *El Derecho de Familia en Latinoamérica N° 1*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010, p. 693.

190 Un ejemplo de ello se encuentra en la sentencia pronunciada por la jueza Silvia Morcillo en 2005 haciendo lugar a la demanda declarativa de certeza de modo de permitir a una mujer con paternidad acreditada despejar sus dudas acerca de si la ex pareja de su madre era su padre biológico sin interés de que dicho pronunciamiento cree ningún vínculo jurídico con él. La magistrada entiende que dicha acción "...resulta ser el medio idóneo para superar el estado de incertidumbre respecto de su verdad biológica que es un componente ineludible de su derecho a la identidad". Confirma que "...el derecho a conocer nuestra verdad biológica se puede ejercer mediante una acción autónoma, independientemente del estado de familia que se ostente..." (Juzgado de Familia de Córdoba N° 4, 07/09/2005, J°F.C. – acción declarativa de certeza", con comentario de Chechile, Ana María, "El derecho humano de acceder a la verdad biológica sin generar vínculos jurídicos", RDF 2006-III, Jurisprudencia Anotada, pp. 162-169).

terminada terminología no sólo plantea una quaestio nominis sino que remite a algo más profundo¹⁹¹, revelando y reforzando un particular posicionamiento ideológico¹⁹².

En primer lugar, debe destacarse que el rechazo a usar “derecho a conocer los orígenes” no es casual sino que por el contrario, busca adrede separar los supuestos de búsqueda de orígenes en la adopción y en la TRHA. Partiendo de la categorización de Fernández Sessarego, Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm sostienen que “[l]a comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera, porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (bio, vida). En la segunda en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético...”¹⁹³. En sentido similar, otros autores consideran que no son equiparables los supuestos de filiación por naturaleza, adoptiva y por TRHA, al partir cada una de ellas de circunstancias personales y emocionales propias y disímiles entre sí¹⁹⁴.

No desconocer las diferencias existentes entre estas tres clases de filiación, no obliga a suscribir la procedencia de un tratamiento desigual en el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes; un derecho cuya protección, por ser humano, fundamental y personalísimo, no depende además de consagración expresa. Que en la adopción los orígenes puedan involucrar también una historia de vida, no autoriza en modo alguno a restarle valor cuando se trate de TRHA.

Ello es así en primer lugar, porque no es posible aseverar de forma generalizada que la circunstancia de haber nacido por donación de gametos o embriones o por gestación por sustitución pueda afectar menos que haber sido entregado en adopción. Se trata de cuestiones personales y como tales, imponderables por los juristas, ya que pueden presentar tantos matices como individuos existan.

En segundo lugar, los testimonios brindados por personas nacidas por estas TRHA revelan que la trascendencia que este factor tiene en sus vidas no es en absoluto menor¹⁹⁵.

Debe agregarse además que la importancia de los orígenes no desnaturaliza el hecho de que, en uno y otro supuesto, se trate de un mismo derecho: el de acceder a ellos y conocerlos¹⁹⁶. En otros términos,

191 Eichler, Margrit, *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality*, Oxford University Press, Toronto – Nueva York – Oxford, 1997, p. 67.

192 Moris, Larisa; Silva, Alicia y Silva, Janette, “La gestación por sustitución como negocio y/o como gesto solidario. La posición de la jurisprudencia argentina ante el vacío legal”, RDF 89, 10/05/2019, 125, Cita Online:AR/DOC/1270/2019.

193 Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, LA LEY 09/10/2012, 1 – LA LEY 2012-E-1257, AR/DOC/5149/2012; “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista Derecho Privado*, Año I, N° 1, Ediciones Infojus, DACF120032, pp. 17-18. Cfr los arts. 563 y 564 con los arts. 595 incs. b) y e) y 596.

194 Así lo sostiene Sojo cuando resalta que “...el donante genético no tiene relación personal alguna con el acto de la concepción y ni siquiera conoce a los padres. Los proveedores de gametos no tienen relación filiatoria ni establecen vínculo, mientras que la concepción natural genera la relación filiatoria” (Sojo, Lorenzo A., “El anonimato de los donantes de gametos y embriones en el Proyecto”, RDFyP, La Ley, Tomo 2012, AR/DOC/2162/2012). Respecto a la adopción, dice Fortuna que en ésta habría “...un acto de entrega, un contexto familiar al que el adoptado, de permanecer con su madre biológica, hubiera pertenecido” por lo que “...la comparación con la mera entrega de material genético (semen en el caso) relativiza el argumento que hace prevalecer lo biológico” (Fortuna, Mariana J., “Necesidad de una nueva mirada en el derecho filial argentino en el marco de una adopción integrativa, a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida”, RDF 2012-V-25, Jurisprudencia Anotada, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/3322/2012).

195 En la primera parte del libro *The right to know one's biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children* (Guichon, Juliet R., Mitchell, Ian y Giroux, Michelle (Eds.), *Ob. cit.*) pueden encontrarse numerosos testimonios de personas nacidas gracias a la donación de gametos. Su lectura no sólo permite acceder de primera mano a una información que grafica con trazos claros el valor que los orígenes biológicos han tenido y tienen para estas personas, sino que además pone en evidencia la necesidad de una política legislativa que garantice lo que no es más (ni menos) que un derecho humano y fundamental del ser humano.

196 Como explica Kemelmajer de Carlucci cuando se habla del derecho a conocer los orígenes biológicos es necesario distinguir tres cuestiones: *informar, identificar y tener relaciones con alguien* (“Síntesis debate sobre procreación asistida. Ter-

una cosa es el derecho a conocer los orígenes de todas y cada una de las personas y otra distinta el impacto que estos últimos vayan a tener en los casos concretos.

Por lo demás, la cuestión no debe plantearse en términos de más o menos; se trata de un elemento de la identidad que debe estar disponible para todo ser humano sin distinciones ni discriminaciones. Las particularidades propias de cada una de las clases de filiación que establece nuestro CCyC no autorizan a negar el derecho a conocer los orígenes atendiendo a ellas; sino que únicamente inciden en la forma en que la norma lo materializa y la extensión con la que lo propone. El deseo, apatía, trauma, alivio, dolor, alegría y cualesquiera otros sentimientos que el acceso a ellos provoque, remite al ejercicio de tal derecho por cada persona, pero no a su titularidad que le corresponde por el solo hecho de ser tal.

Finalmente, es necesario precisar que el “derecho a la información relativa a los orígenes” es, en propiedad, resultado de una interpretación integradora del “derecho a obtener información” y del “derecho a conocer los orígenes”, consecuencia del primero e instrumental al segundo. La CDN no hace referencia expresa a aquél, pero su resguardo deriva de un análisis integrador de los arts. 13 y 22¹⁹⁷ con los arts. 2, 3, 7 y 8. Es decir, atendiendo al derecho a la información (consagrado en los dos primeros) en consonancia con la importancia que los orígenes biológicos reciben (en los dos últimos) y con los principios de igualdad e interés superior de la NNA (arts. 2.1 y 3.1), es posible deducir que el derecho a buscar y obtener la información relativa a los orígenes es una herramienta fundamental para que el derecho de acceder a ellos sea efectivo¹⁹⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto, y de las críticas que se han esgrimido desde algún sector de la doctrina a la expresión utilizada por el legislador¹⁹⁹, lo cierto es que la diferencia que éste realiza respecto a este derecho en la adopción y en las TRHA es meramente etimológica y no afecta al fondo de la cuestión; desde que se reconoce el derecho de acceder a los orígenes tanto en uno como en otro supuesto.

Así resulta, ante todo, de los propios Fundamentos del Anteproyecto cuando precisan justamente que “[l]a reforma regula... el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a través de estas técnicas” enfatizando que la doctrina y la jurisprudencia derivan el mismo “...de la noción de identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina”.

En segundo lugar, el término escogido no limita su alcance pues, como bien subraya Kemelmajer de Carlucci, el derecho a conocer los orígenes en las TRHA no se limita a la obtención de información médica de la persona donante (y –agregamos– gestante) sino que se trata de un verdadero derecho a la informa-

cer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur”, en RDF N°43, Julio – Agosto de 2009, p. 499). De acuerdo con ello, las dos primeras, alusivas al derecho a conocer los orígenes biológicos, son comunes a la filiación adoptiva y a la derivada de las TRHA. La única diferencia entre ellas existiría en relación con el último aspecto que en la adopción es defendido para mantener unos vínculos previos, es decir, que ya están creados y cuya ruptura podría resultar contraria al interés superior del adoptado. En las TRHA no existe tal vínculo y el derecho a conocer los orígenes biológicos no incluye un derecho a crearlo, como demuestra la defensa de la ausencia de responsabilidad y/o de cualquier vínculo jurídico entre nacidos y progenitores.

197 El art. 13.1 establece “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones”. Aunque esta disposición se inserte dentro de la “libertad de expresión” nada impide interpretar que en la libertad de buscar y recibir información pueda incluirse la información relativa a los orígenes biológicos. Según el apartado 2, el ejercicio de este derecho está sujeto a las restricciones previstas legalmente y que resulten necesarias en respeto de los derechos de terceros y de la reputación de los demás así como para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas (BREEN, Claire, “Poles Apart? The best interests of the child and assisted reproduction in the antipodes and Europe”, en *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 9, N° 2, pp. 157-180). Más relacionado con la información sobre los orígenes biológicos está el art. 22.2 que refiere al derecho de las NNA refugiadas a obtener toda la información relativa a sus padres que permita localizarlos para así permitir su reunión. En miras a asegurar la efectividad de este derecho se impone a los Estados Partes el deber de cooperar, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales que con ella cooperen. Cfr: De Lorenzi, Mariana, “El derecho a conocer los orígenes biológicos...” *cit.*, pp. 288-290.

198 *Ibidem*, pp. 288-293.

199 Galli Fiant, María Magdalena, “Régimen de filiación. Pautas para la creación de un ‘modelo argentino’”, *RDFyP*, Año V, N° 6, Julio 2013, AR/DOC/1792/2013.

ción que incluye la identidad de aquél²⁰⁰.

Desde esta perspectiva, es posible concluir que el CCyC prevé el derecho a la información para garantizar el derecho a conocer los orígenes biológicos y con él, el derecho a la identidad.

5.2. Artículos 563 y 564 del nuevo Código Civil y Comercial

Estas normas establecen que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de TRHA debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento" (art. 563) y que a su petición es posible, primero, obtener del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante relevante para la salud y segundo, se revele la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve reglado por la ley local (art. 564).

De su lectura es factible extraer tres disposiciones elementales que se dirigen a dar efectividad al derecho: la necesidad de resguardar toda la información relativa a las TRHA; la constancia de la misma en el legajo base para la inscripción del nacimiento; y el derecho de las personas nacidas a conocer la identidad del donante por razones debidamente fundadas.

A continuación se abordan las cuestiones más cruciales, por su trascendencia o dificultad, que de esta derivan: los titulares de este derecho, la preservación de la intimidad de las personas involucradas en las TRHA y las razones fundadas que habilitan a develar la identidad de donantes y/o gestantes.

5.2.1. Titularidad y ejercicio del Derecho

Dos grandes primeros interrogantes que plantea el análisis de las disposiciones legales son: ¿a quién se reconoce este derecho? Y si es posible, y en su caso desde cuándo, que la persona menor de edad ejerza este derecho por sí?

En relación al primero, destaca la referencia exclusiva que se hace a la información sobre "el donante". Es decir, explícitamente se definen como titulares de este derecho a las personas nacidas de donaciones de gametos o embriones y nada se dice respecto a las nacidas por la técnica de subrogación de úteros. Aun cuando esta omisión pueda atribuirse al silencio que el legislador guarda respecto a la gestación por sustitución, lo cierto es que tampoco se la incorporaba en el Anteproyecto²⁰¹.

Sin perjuicio de ello y desde que todo lo que no está prohibido, está permitido (art. 19 de la Constitución Nacional), en virtud del principio de igualdad y no discriminación se impone una interpretación sistemática que efectivamente proteja este derecho en los supuestos de filiación por TRHA, cualquiera sea la práctica que se realice, y en un sentido amplio que abarque tanto los orígenes genéticos como gestacionales. En otras palabras, la alegalidad de este tratamiento²⁰² no autoriza a enervar un derecho

200 Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Síntesis debate sobre procreación asistida..." *cit.*, p. 499.

201 El art. 562 del Anteproyecto, en cambio, hacía referencia explícita a la gestación por sustitución estableciendo las condiciones de admisibilidad para que en estos casos se establezca judicialmente la filiación de la persona nacida a favor de los comitentes. Sin embargo, debe tenerse en consideración que las disposiciones sentadas actualmente en los arts. 563 y 564 del Proyecto mantienen la misma redacción que cuando se regulaba la gestación por sustitución lo que evidencia que en ningún momento la norma proyectada extendió el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes a estos supuestos, limitándolo expresamente a las personas nacidas de técnicas de reproducción humana asistida "con gametos de un tercero". La misma observación realiza Castellon, Ana I., "La voluntad procreacional como nuevo criterio de atribución de la maternidad", JA 2013-III, SJA 2013/07/31-64, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1689/2013.

202 Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, es "alegal" aquello "no regulado ni prohibido". Sobre la alegalidad de esta figura véanse, De Lorenzi, Mariana y Cappella, Lorena, "Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor", RDF 2016-IV-136, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/714/2016; De Lorenzi, Mariana, "Gestación por sustitución: cuando la realidad supera la alegalidad", RDF 2017-II, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/179/2017; Lloveras, Nora y De Lorenzi, Mariana, "Gestación por sustitución: obstáculos, amor y alas", ERREIUS, ErreNews, Civil, Novedades, N° 92, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, 15/08/2017.

humano y fundamental como el de marras, en virtud de distinciones basadas en el nacimiento o filiación, sin riesgo de afectar el principio de igualdad²⁰³. Con este criterio, no corresponde distinguir entre vínculos genéticos y gestacionales ni entre donantes y gestantes, incluyendo todos los supuestos y extendiendo en este sentido los alcances de las disposiciones legales.

El segundo planteo es el relacionado con el ejercicio autónomo del derecho de acceso a la información sobre los orígenes. El art. 564 prevé la legitimación de "la persona nacida" sin mención a edades ni requisitos. Ante ello, como se fundamenta a continuación, es procedente defender que la persona que goce de edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí este derecho.

Así resulta de un análisis sistémico que brinde coherencia de conjunto a diversas normas dispersas en los Libros Primero y Segundo del CCyC, conforme los principios y valores jurídicos y desde el *sine qua non* respeto de los mandatos convencionales (art. 2).

En primer término, el art. 23 establece que en nuestro ordenamiento jurídico rige la regla de presunción de la capacidad. En particular, respecto a las personas menores de edad, debe atenderse a la máxima de su capacidad para ejercer los actos civiles que no le están prohibidos cuando gocen de edad y grado de madurez suficiente. Así resulta de las reglas de capacidad (sentadas en los arts. 26, 2º párr., 24 inc. 2, 100 y cs.) y de las pautas de autonomía progresiva (art. 639, inc. b), 677 y cs.).

Por último, procede la aplicación analógica de los criterios empleados por el legislador en el art. 596 cuando regula el derecho de la persona a conocer los datos relativos a su origen y acceder a la información que conste en el expediente judicial y administrativo de adopción y también en los registros respectivos. El mismo se le reconoce al adoptado cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente y siendo menor de edad, el juez puede decidir que intervenga para que presten colaboración el equipo técnico del tribunal, el organismo de protección o el registro de adoptantes.

Los adolescentes tienen además expedita una vía para iniciar, con asistencia letrada, una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes.

Deben hacerse asimismo extensible a estos casos, las disposiciones que permiten a las madres y padres solicitar asesoramiento en los mismos organismos y que exigen su compromiso expreso de hacer conocer sus orígenes a sus hijas e hijos, para estos casos, en los documentos de consentimiento informado o bien en la sentencia judicial si la hubiere.

En definitiva, quienes han logrado ser madres y/o padres por TRHA deben hacer conocer a sus hijas e hijos sus orígenes y éstos pueden, desde que tengan edad y madurez suficiente, acceder a los expedientes y registros donde conste su información, y desde los trece años, a iniciar una acción autónoma con tal fin con asistencia letrada.

5.2.2. El resguardo de la intimidad de las personas involucradas en las TRHA

Una de las preocupaciones más resonadas respecto a la materia ha sido la de asegurar el debido respeto de la intimidad de donantes, gestantes o usuarios de las TRHA. El legislador la toma en consideración e incorpora una serie de normas en tal sentido.

Ante todo, deja explícita la ausencia de vínculo jurídico entre la persona nacida por TRHA y la donante o gestante, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales (art. 575 CCyC). En este sentido, declara la inadmisibilidad del reconocimiento y del ejercicio de cualquier acción de reclamación o impugnación de la filiación, cuando hubiera mediado consentimiento previo, informado y libre²⁰⁴. De esta forma, se

203 Un ejemplo de ello nos lo da el caso resuelto por el Juzgado Nacional Civil N° 86, "Caso N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento", 18/06/2013, MJ-JU-M-79552-AR, RDF 2013-VI-57 ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/23081/2013.

204 Así lo establece de forma muy precisa en una norma general como es el art. 577 del CCyC. Aun cuando la claridad de su redacción permite entender la inadmisibilidad de todo tipo de planteo judicial y extrajudicial relacionado con el vínculo parento filial, esta disposición es repetida (innecesariamente) en un párrafo final de cada precepto que regula cada acción de filiación (Cfr: arts. 582; 588; 589; 591; 592; 593).

preserva tanto a las personas donantes y gestantes de cualquier tipo de reclamos jurídicos y/o económicos, como así también a las que con voluntad procreacional recurren a estos tratamientos, erigiendo el consentimiento previo, informado y libre como barrera a planteos biologicistas²⁰⁵.

El consentimiento prestado por los donantes y gestantes, previo a la práctica y recabado por los centros de salud intervinientes, excluye una eventual afectación a su intimidad. En efecto, no existe vulneración posible a la privacidad de quien formaliza su voluntad y suscribe el documento, libremente y una vez recibida de forma clara, precisa y detallada²⁰⁶ toda la información sobre la TRHA, incluida la posibilidad de que sus datos médicos e identitarios sean develados al nacido si concurren las condiciones legales de procedencia.

Queda asimismo protegida la intimidad de todos los involucrados cuando se establece el carácter reservado de la información sobre la TRHA, la cual sólo podrá ceder oportunamente frente al nacido. De esta manera, el procedimiento médico se asienta en el "principio de confidencialidad", descartando el mal llamado "principio del anonimato".

Aun cuando en los Fundamentos del Anteproyecto se diga, y desde la doctrina se repita, que el mismo "establece la regla del anonimato", ello no es así. Desde el momento en que posibilita la revelación de la identidad del donante, se está dejando claro que los donantes, lejos de ser anónimos, son identificables. Esta precisión es importante porque, excediendo lo meramente terminológico, deja en claro la filosofía sobre la que se asienta la regulación. El "principio de confidencialidad", a la par que preserva debidamente la identidad de donantes y gestantes y de este modo, su intimidad no resulta a priori incompatible con el derecho a conocer los orígenes. El "anonimato" en cambio, vulnera per se este derecho al institucionalizar la imposibilidad absoluta de saber quién ha sido la persona donante o gestante.

La información sobre los orígenes tiene carácter reservado, que a la sazón no es sinónimo de secreto²⁰⁷. El respeto de la intimidad de los involucrados se manifiesta en la decisión legislativa de determinar la reserva como regla y de qué modo, ante quiénes y bajo qué circunstancias puede ceder excepcionalmente dicha confidencialidad, rigiendo también la actuación judicial respectiva.

De ello se deduce, para comenzar, que no es absoluta sino que admite limitaciones y, en segundo lugar, que cuando proceda excepcionalmente la revelación, ésta deba realizarse con el debido respeto a los intereses de donantes, gestantes y usuarios de las TRHA, impidiendo la difusión pública de este hecho.

En el primer sentido, la identidad del donante podrá ser abierta en las circunstancias establecidas, a los profesionales involucrados en la TRHA o a la persona nacida. La reserva debida no puede en modo alguno convertir al juez o a la persona nacida en cómplice o víctima de una mentira, respectivamente, ni puede pedirse que la ley establezca un derecho de donantes, gestantes o progenitores a mantener en secreto actos libremente realizados en detrimento de un derecho de terceros ajenos a esa decisión²⁰⁸. No resultaría procedente semejante pretensión para así exonerarse de la responsabilidad que tiene sobre sus propios actos sin afectar el principio de buena fe y la prohibición del abuso del derecho. Y así lo precisa el CCyC.

El segundo aspecto implica que el carácter confidencial de la identidad del donante o de la gestante no queda anulado por la posibilidad de que la misma se revele a los legitimados legales y que por tanto en estas situaciones deba actuarse con la mayor prudencia escudando su privacidad en la máxima medida posible.

205 Arts. 560 a 562 y cs. CCyC.

206 Ello en los términos indicados por la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente y por los arts. 55 y cs del CCyC y antes de realizarse la TRHA.

207 Como dice el Diccionario de la RAE, es aquello "que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas".

208 Famá, María Victoria, "El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial", *XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar – Disertaciones y Ponencias*, Mar del Plata, 22 al 27 de octubre de 2012, La Ley – Abeledo Perrot, p. 359.

Como muestra el art. 564, dos son las vías de acceso a la información. Si el derecho en juego es el “derecho a la salud”, los datos médicos del donante podrán obtenerse directamente del centro médico interviniente en la TRHA a petición del nacido²⁰⁹. Si en cambio se trata del “derecho a conocer los orígenes o de acceder a la información en virtud de cualquier otro derecho” se deberá interponer una demanda judicial, que tramitará por el procedimiento más breve previsto por la legislación local y estará condicionada a que el juez concluya que existen “razones debidamente fundadas”²¹⁰. Conforme con ello, el acceso a la información identificativa del donante no es un mero trámite y la vía judicial despeja todo temor de que se trate de un acto impulsivo, irreflexivo o caprichoso o conducido por motivos inmorales o ilegales, motivo por el cual los Fundamentos afirman que la regulación adopta una “postura intermedia”.

5.2.3. Las “razones debidamente fundadas” de la revelación

La norma no especifica qué entiende por “razones debidamente fundadas”. Este silencio abre la puerta a interpretaciones de lo más disímiles. Sojo, por ejemplo, rechaza que el derecho a conocer los orígenes sea razón suficiente para acceder a la identidad²¹¹, temiendo que las TRHA se conviertan en un recurso difícil y oneroso. Sin embargo, atendiendo a que los Fundamentos refieren al derecho a conocer los orígenes como aquél proveniente “...de la noción de identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina”, la deducción propuesta por el doctrinario desconoce su carácter de derecho fundamental.

El magistrado interviniente será quien realice el juicio de valor para determinar si existen razones debidamente fundadas que ameriten develar la identidad de las personas donantes o gestantes. Para ello deberá evaluar las circunstancias particulares del caso, guiado siempre por el interés superior de la NNA cuya traducción exige la máxima satisfacción y protección posible de su derecho a la identidad. Si juzga que efectivamente concurren dichas razones es necesaria una pronta respuesta, pues es el derecho fundamental a la identidad el que está en juego.

La trascendencia de este derecho queda en evidencia en dos disposiciones: el trámite por el procedimiento “más breve que prevea la ley local” y la mención de la información en el legajo base para la inscripción del nacimiento. En efecto, los tiempos de la niñez y la adolescencia son apremiantes; razón de más para exigir la celeridad que impone la norma. Pero, además, siendo el Estado el último responsable del respeto de los derechos de las NNA, deben tomarse las medidas necesarias en previsión de que los padres no cumplan con su deber de información. Así, la exigencia de que toda la información conste en el legajo base para la inscripción del nacimiento demuestra la magnitud que esta tiene para la efectividad del derecho a conocer los orígenes y que además le pertenece también a la persona nacida. Ello torna imprescindible primero, que el legajo quede registrado por tiempo indeterminado y segundo, que en la partida de identificación exista una referencia a dicho registro permitiendo la trazabilidad de la información.

En definitiva, el CCyC parte del respeto del derecho a la intimidad –y de la reserva que rige en este tipo de tratamientos– sin desproteger el derecho de la persona a su identidad, cumpliendo los compromisos internacionales asumidos con la ratificación de los instrumentos de derechos humanos y en pos de los principios de dignidad humana, igualdad y no discriminación por razón del nacimiento. Y precisamente en razón de ello anuncia que si la persona se viera lesionada en su identidad, o de cualquier modo menoscabada en su dignidad, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...” (art. 52).

Frente a ello, se busca una solución que brinde la máxima satisfacción posible a los derechos en jue-

209 La posibilidad de acceso directo del nacido por técnicas de reproducción humana asistida a los archivos donde se encuentre la información relativa a la identidad de los donantes, por la que optan algunos países como el Reino Unido, Suecia, Finlandia o Nueva Zelanda, es descartada por el legislador argentino que sólo la autoriza en virtud del reseñado derecho.

210 Por esta solución se inclinan Lloveras, Nora, Orlandi, Olga y Faraoni, Fabián, *Ob. cit.*, pp. 683-684.

211 Así lo deduce del énfasis que da el término “debidamente” que le conduce a pensar “...que solo comprende razones de trascendencia o diferenciadas de la común temática de identificación o anonimato” y de la necesidad de evaluación judicial de las razones (Sojo, Lorenzo A., *Ob. cit.*).

go y provoque la menor restricción a su alcance²¹². Con la apertura moderada del acceso a la identidad del donante, el legislador inclina la balanza hacia los derechos de las NNA con base en dos de los principios fundamentales que inspiran el actual derecho de familia: el carácter superior que se le reconoce a su interés y la autonomía progresiva. La consideración primordial que el interés de NNA merece hace que, no obstante ponderar los intereses también dignos de atención de todos los adultos involucrados (donantes, gestantes, progenitores), éstos no se impongan a aquéllos²¹³. No puede ser de otra manera. Por legítimo que sea el interés de los donantes o de las gestantes en ocultar su identidad, nunca puede instrumentalizar ni perjudicar a las NNA en el goce de sus derechos fundamentales²¹⁴. En cuanto principio jurídico hermenéutico, garantista de la efectividad de los derechos subjetivos²¹⁵ y arma de defensa del derecho más digno de protección²¹⁶, el paradigma del interés superior obliga a resolver cualquier situación a favor de los derechos de las NNA.

6. REFLEXIÓN FINAL

Se inauguraban estas líneas con el provocador interrogante de Bertrand Russell: "¿para qué repetir antiguos errores habiendo tantos errores nuevos por cometer?". Luego de esta breve aproximación a la situación actual del derecho a conocer los orígenes en relación a las NNA nacidos por TRHA es posible comprobar que existe una voluntad política de aprender de los errores y no volver a repetirlos. Muestra de ello son las medidas legislativas adoptadas tanto a nivel nacional como provincial. Sin embargo, debe admitirse que no basta con ello.

Es necesario ir más allá de lo estatuido y reflexionar e idear pautas aún más garantistas pues, claro está, no todos son aciertos. Ello no impide reconocer que la sola existencia de normas ya es un avance, pues es preferible la acción –aunque sea a base de prueba error– que la desidia. Como decía Goethe, "el único hombre que no se equivoca es el que nunca hace nada". Y corresponde seguir haciendo y pensar reglas que se dirijan fundamentalmente, a conservar, registrar y sistematizar la información para una mayor efectividad de este derecho.

En segundo lugar, es dable esperar que la jurisprudencia realice una interpretación extensiva y garantista de este derecho y se continúe transitando por el camino que vienen marcando numerosas resoluciones judiciales en materia de gestación por sustitución cuando incluyen el compromiso de las madres y/o padres de hacer conocer la verdad sobre la concepción, gestación y nacimiento al establecer la filiación en virtud de la voluntad procreacional.

Por último, son precisos también avances en el ámbito administrativo hacia políticas públicas que, por un lado, diseñen mecanismos de protección, de acompañamiento en la búsqueda pero sobre todo

212 Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, Unicef, Santiago de Chile, 1999, p. 59.

213 *Ibidem*, p. 58. En primer lugar, la intimidad de las madres y padres cede cuando, tras escindirse las relaciones sexuales y la fecundación, para lograr esta última atraviesan la frontera de su vida privada y recurren a unos tratamientos médicos que se encuentran en el ámbito público, y las de las personas donantes o gestantes cuando, existiendo una norma que establece el derecho a conocer los orígenes y teniendo la libertad de no donar (preservando así su intimidad) optan por hacerlo (autorizando la intrusión en ella), elección que no puede pretender ejercerse en detrimento de los derechos de los nacidos. En segundo lugar, aun cuando se enfrenten dos derechos de igual rango (derecho a la identidad y derecho a la intimidad) siendo que el conflicto se genera entre una NNA titular del primero y una persona mayor de edad titular del segundo, como manda la propia CDN y la Ley 26.061, el interés superior de aquél debe primar. Más difícil es la respuesta al conflicto cuando el titular del derecho a la intimidad sea otro niño, niña o adolescente (como, por ejemplo, una hermana o hermano genético o gestacional), pues en tal caso ambos deberán ser atendidos.

214 De Miguel Sánchez, Noelia, *Tratamiento de Datos Personales el Ámbito Sanitario: Intimidad «versus» Interés Público*, Colección Administrativo, N° 14, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 163.

215 Turner Saelzer, S.; Molina Pezoa, M. y Momberg Uribe, R., "Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo", *Rev. Derecho (Valdivia)*, Diciembre de 2000, Vol. 11, pp. 13-26.

216 Prieto Fernández, Carmen, "El interés del hijo en los procesos de filiación un interés de carácter preferente", *Actualidad Civil*, 1991-1, p. 139.

de preservación de la información y, por el otro, difundan este derecho y concienticen sobre la importancia de los orígenes y la sinceridad en los casos de TRHA tanto a las NNA como a los adultos. Uno de los grandes desafíos es así reunir, registrar, sistematizar, centralizar ya la vez descentralizar, tratar, resguardar y cruzar toda esa biografía entre los diferentes responsables (registros, ministerios, secretarías, etc.). Sin estacaución, el derecho a conocer los orígenes cae en saco roto.

Es asimismo imprescindible dar a conocer que la persona con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho no solo a conocer la verdad sobre sus orígenes sino también a acceder a toda la información a ellos relativa, y que a partir de los trece años pueden incluso incoar una acción autónoma a tal efecto.

Un reto pendiente (y quizás el primero pensando en el efecto dominó que desprende) es el de trabajar para superar los tabúes, miedos, desconocimientos, derrotas, ilegalidades y vergüenzas que sostienen los silencios. Son piezas cruciales para ello, las campañas de difusión y educación para adultos y NNA, así como una detallada y adecuada información por parte de las clínicas y centros médicos intervinientes a las personas usuarias, donantes y gestantes, concientizando sobre el valor de los orígenes.

No deben repetirse viejos errores que resultan terribles por recurrentes y arcaicos y que más lo son cuando, como decía Balmes, usurpan el nombre de la ciencia. Menos aún debe caerse en equivocaciones peligrosas, como aquellas que ponen en juego lo más íntimo, propio y digno del ser humano: su propia identidad. No debe olvidarse que "un error es tanto más peligroso cuanto más cantidad de verdad contenga" ([Henry Amiel](#)) y el silencio, el ocultamiento o la mentira sobre los orígenes pretenden justamente liquidar una verdad, esa verdad, la verdad. Sin embargo, al final la verdad siempre triunfa y sale a la luz porque tiene voz propia que, aun acallada, desde el silencio grita y se deja escuchar, liberándose y liberando.

PANORAMA ACTUAL SOBRE DISCAPACIDAD EN ARGENTINA

Representaciones sociales, leyes y políticas públicas

Ps. Marisa Chamorro^()*
*Ab. Facundo Vidal Valls^(**)*

Los autores se proponen indagar sobre los derechos de las personas con discapacidad, enmarcados en un contexto local que se presenta contradictorio de ante mano. Analizando la legislación vigente, con sus contradicciones y posibles declaraciones de inconstitucionalidad, pasando por el andamiaje jurídico existente y las prácticas habituales, indagan en profundidad las políticas públicas en la materia, cuestionan los mecanismos de inclusión propuestos debido al error conceptual que en muchos casos los asiste y plantean una serie de cambios que permitan la plena vigencia del nuevo modelo social de inclusión.

The authors intend to inquire about the rights of persons with disabilities, framed in a local context that is at least contradictory. Analyzing the current legislation, with its contradictions and possible declarations of unconstitutionality, through the existing legal scaffolding and the usual practices, they investigate in depth the public policies in the matter, question the mechanisms of inclusion proposed due to the conceptual error that in many cases the attend and propose a series of changes that allow the full validity of the new social inclusion model.

(*) Psicóloga. Docente a cargo de seminarios sobre discapacidad en la UNR desde 2010. Doctorando en la temática en la Facultad de Psicología UNR.

(**) Abogado. Se desempeña en el área de discapacidad de la Defensoría del Pueblo desde 2010. Doctorando en la temática en la Facultad de Abogacía UNR

Hablar de discapacidad en el contexto actual, implica abordar un fenómeno complejo, atravesado por múltiples discursos y cargado de significaciones sociales particulares. Los atravesamientos de la problemática incluyen aspectos políticos, sociales, legales, filosóficos, biológicos, clínicos y educativos, entre otros. Por tal motivo, no es posible identificar la discapacidad con una única disciplina y requiere, para su comprensión y abordaje, de la interrelación de varios campos de conocimiento.

Asimismo, pensar la cuestión de la infancia y la adolescencia cuando aparece un diagnóstico de discapacidad a la luz del paradigma de Derechos Humanos implica un posicionamiento centrado en los sujetos. Conlleva el análisis crítico de las concepciones y prejuicios que atraviesan y han atravesado el imaginario social, e implica estar advertidos de las consecuencias de la cultura neoliberal y la patologización y medicalización de las infancias.

Si se sitúa el análisis desde una comprensión histórica de la temática, se advierte que el lugar de los sujetos con discapacidad ha sido siempre complejo. En las sociedades antiguas, la discapacidad era considerada como una marca del pecado, causada por motivos divinos o religiosos. Las personas con discapacidad eran consideradas innecesarias para la sociedad y por lo tanto, se generaban medidas directas o positivas ligadas a su exterminio. En otros casos se los relegaba a espacios sociales destinados a los anormales y las clases pobres.

Con el advenimiento del capitalismo, a partir de la industrialización de las sociedades, se produce la necesidad de una mano de obra que trabaje incansablemente y sin ningún recaudo para su salud. Es en este contexto que surge la noción de discapacidad como incapacidad de producción para ese sistema capitalista centrado únicamente en las ganancias. Aunque se advierten las consecuencias de la explotación de los sujetos, es recién después de las dos guerras mundiales cuando surge la tendencia de compensar las consecuencias de "las injusticias del capitalismo espontáneo" (Valencia, 2014, p.16). Se producen entonces políticas ligadas a la identificación de los sujetos con discapacidad y la elaboración de estrategias de rehabilitación cada vez más avanzadas y específicas.

El paradigma de la rehabilitación o modelo rehabilitador (Palacios, 2008) comprende la discapacidad en sus causas científicas, ligadas a una alteración funcional y/o anatómica ubicable en el cuerpo biológico. Desde esta concepción, las personas con discapacidad no serán consideradas prescindibles, sino que tendrán la chance de ser rehabilitadas para incorporarse nuevamente a la sociedad. El fin es la normalización de los sujetos y su asimilación al resto de la sociedad, aunque el costo es muy alto para los sujetos, ya que implica la insistencia continua en la normalización de una función dañada irrecuperablemente como condición de inclusión, lo cual lo confronta con una exclusión en los hechos.

En la línea del modelo rehabilitador, se encuentran las primeras políticas de normalización en Europa y Estados Unidos. Según Egea García y Sarabia Sánchez (2004) las primeras políticas dirigidas a la discapacidad se remontan a la década del cincuenta en el Siglo XX, momento en el cual el director del Servicio Danés para el Retraso Mental lanza un nuevo principio al que denomina normalización y que formula como: "La posibilidad de que los deficientes mentales lleven una existencia tan próxima a lo normal como sea posible" (p. 3). Dicho principio quedaría reflejado en la normativa danesa de 1959.

Diez años después, en 1969, B. Nirje, director ejecutivo de la Asociación Sueca para Niños Retrasados, profundiza este principio de la siguiente manera: "Hacer accesibles a los deficientes mentales las pautas y condiciones de la vida cotidiana que sean tan próximos como sea posible a las normas y pautas del cuerpo principal de la sociedad" (p. 3). Desde los países escandinavos este principio se extiende por toda Europa y alcanza los Estados Unidos y Canadá, desde donde Wolfensberger (1975) retocará este

principio de normalización dándole una formulación más didáctica. En palabras de Wolfensberger citadas por Egea García y Sarabia Sánchez (2004):

Normalización es la utilización de medios culturalmente normativos (familiares, técnicas valoradas, instrumentos, métodos, etc.), para permitir que las condiciones de vida de una persona (ingresos, vivienda, servicios de salud, etc.) sean al menos tan buenas como las de un ciudadano medio, y mejorar o apoyar en la mayor medida posible su conducta (habilidades, competencias, etc.), apariencia (vestido, aseo, etc.), experiencias (adaptación, sentimientos, etc.), estatus y reputación (etiquetas, actitudes, etc.). (p.3)

De acuerdo con Egea García y Sarabia Sánchez (2004), el principio de normalización comienza a incorporarse en la formulación de políticas de intervención sobre la discapacidad y la principal consecuencia será según los autores, la presentación en el Reino Unido en 1978, del documento conocido como Informe Warnock, en el que se plantea el principio de la integración en el ámbito escolar. El principio de integración rebasará la función escolar y se verá extendido a otras parcelas: se comenzará a hablar de integración social o integración laboral.

Más tarde, en la década de 1980, la Organización Mundial de la Salud (OMS) realiza un ordenamiento de las discapacidades por niveles progresivos de gravedad que se asocian a las secuelas físicas y funcionales de una falta o falla orgánica. Este sistema se denominó CIDDM (Clasificación internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías). La Discapacidad es concebida "como toda disminución (restricción) o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro de un margen que se considera normal para un ser humano. La discapacidad sería entonces el resultado de la incidencia de una deficiencia que restringe o anula las habilidades de una persona para desarrollar una actividad considerada normal dentro de su contexto socio-cultural". Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías.

Tal como mencionan Villanueva López, Eusebio Leyba y Peralta Sánchez (2005), con esto se buscó unificar los conceptos y terminologías entre los distintos profesionales y estuvo orientado a la efectividad del trabajo de la rehabilitación. Se colocan en una estrecha relación cuestiones como la enfermedad, la deficiencia en tanto exteriorización de las consecuencias de la enfermedad, la discapacidad, como objetivación de la deficiencia en el sujeto y en su capacidad de realizar actividades sociales de un modo normal y la minusvalía en tanto problemática de la socialización.

En este mismo informe de la OMS, se clasifican las discapacidades teniendo en cuenta el área del cuerpo afectada, de manera que se dividen en discapacidades mentales o cognitivas, físicas o neuro-motoras y sensoriales. Las discapacidades se dividen según el área corporal afectada.

Discapacidad mental o cognitiva. Muchas de estas clasificaciones se han basado en el coeficiente intelectual. Existen distintas gradaciones de alteración. Síndrome de Down, alteraciones genéticas, lesiones cerebrales, alteraciones metabólicas, alteraciones en la formación, epilepsia.

Discapacidad física o motora. Se clasifica según las secuelas que presenta, efectos en el sistema nervioso central, como la hemiplejía. En el sistema extrapiramidal, como el parkinson, etc.

Discapacidad Sensorial: El área afectada son los órganos de los sentidos: ceguera, sordera.

Enfermedad: Es una situación intrínseca al individuo. Puede ser genética, hereditaria o accidental.

Deficiente: Es consecuencia de la enfermedad. Es su exteriorización en el cuerpo y representa una pérdida o anormalidad de una estructura o función fisiológica.

Discapacidad: Es toda restricción o ausencia de la capacidad, causada por la deficiencia, para realizar una actividad dentro de márgenes normales. La discapacidad es la consecuencia y la manifestación de la deficiencia en la conducta o acción humana.

Minusvalía: Es la situación desventajosa a nivel social que presenta un individuo a causa de su deficiencia o discapacidad. Implica una discordancia entre el desempeño de ese sujeto y el grupo de pares, el grupo normal.

El planteo de la OMS representó un gran avance en materia de atención hacia las diversas problemáticas de las PCD en el momento de su aparición, sin embargo hace algunos años se vienen planteando las falencias del contenido ideológico del mismo. Por un lado, las categorías definidas agrupan a una serie de individuos con etiologías y cuadros nosográficos con grandes diferencias. Además se advierte la relevancia del déficit y la insistencia en el rótulo (Fainblum, 2004). El deslizamiento que se produce se evidencia en una asociación demasiado fuerte entre la discapacidad y la identidad del sujeto.

En este marco Aronowicz da cuenta de las dificultades que implica una identificación en el orden del ser con la discapacidad. En *El mito de la identidad: Yo sordo* (2009), la autora describe la situación de los niños y adolescentes que se identifican a sí mismos con el sustancial predicado "yo sordo" que los asocia como iguales, con conductas y preferencias similares determinadas por la característica de carecer de audición. Se creen excepciones / excepcionales, son reticentes al cambio y a dejar ese lugar de padecimiento, al proclamar:

"...la naturaleza ha cometido conmigo una grave injusticia negándome la bella figura que hace a los hombres seres amados. La vida me debe un resarcimiento y lo tomaré. Tengo derecho a ser una excepción, a pasar por encima de los reparos que detienen a los otros. Y aun me es lícita la injusticia, pues conmigo se ha cometido" (Aronowicz, 2009, p. 93).

Las consecuencias de la pregnancia social del modelo médico-rehabilitador de la discapacidad se leen en la preminencia del déficit. Este queda en primer plano y genera un efecto obturador del sujeto. Angelino (2009) analiza el lugar preponderante de la deficiencia en los postulados ligados al modelo rehabilitador. La encuentra ligada a un proceso de naturalización de ciertas representaciones de cuerpo normal que se construyen a partir de una determinada ideología. La ideología de la normalidad.

A su vez, Vallejos (2009) da cuenta de la normalidad como construcción, surgida en el siglo XIX y relacionada con el surgimiento de la estadística y la eugenesia, la industrialización de las sociedades, la proliferación de discursos y prácticas ligadas a la idea de raza, género, diferencia sexual, etc. Como saldo de este proceso, se construye la formulación del hombre medio, estándar, regular, usual, forma no desviante o tipo común. Para Foucault, este par conceptual normalidad-anormalidad surge con la modernidad y se asocia a un poder positivo que intenta tornar dóciles y útiles a los sujetos. Este proyecto se asocia, tal como describe Vallejos, a la construcción discursiva del concepto anormal, a la medicalización y moralización de la sociedad.

De manera que la discapacidad no existe como condición biológica del individuo, sino que se construye en un particular entramado representacional social y político. Las condiciones injustas que generaron estas concepciones son las que denunciaron los movimientos sociales. En 1970 los movimientos de personas con discapacidad se suman a los movimientos de lucha por los derechos civiles. Se lucha por mejores niveles de vida y más acceso al medio físico y por una vida independiente. Es así como se origina el modelo social. Este considera la discapacidad como una construcción social y política. Diferentes actores representantes del modelo social participaron en el proceso de debates que culminó con la aprobación de la Convención de Derechos de las Personas Con Discapacidad (CDPCD) en 2006. Esta convención sostiene la importancia de las barreras sociales, políticas, económicas, culturales en la producción de la discapacidad. Y da cuenta de ciertas características estigmatizantes o disvaliosas que se producen en un contexto social determinado.

A su vez, los movimientos sociales que pugnan por los derechos de las personas con discapacidad utilizan la denominación Persona Con Discapacidad cuya abreviatura es PCD para referirse al sujeto de derecho, la persona bio-psico-social, aluden a su condición de ciudadano, miembro de la sociedad, et. A partir de esta nueva denominación, se produce un corrimiento conceptual que implica un cambio social. La noción de discapacitado connota una condición del ser del sujeto, mientras que la idea de persona con una discapacidad ubica la cuestión en el orden del tener. Es así como se tiene una discapacidad o se está en situación de discapacidad. Esta óptica le deja lugar al sujeto ya que la discapacidad

pasa a ser un rasgo, una característica solamente y no nomina completamente al sujeto.

Desde una perspectiva clínica, Fainblum (2004) establece que una posición que se enfoque en garantizar el despliegue de la dimensión subjetiva implica una posición ética en cuanto a la condición humana. Además, destaca dos dimensiones implicadas en la subjetividad: la primera, en la cual prevalece el orden simbólico, el lenguaje y la cultura; la segunda, singular, que implica la marca propia e irrepetible en la que se hace presente un sujeto.

La idea de sujeto con discapacidad o que tiene una discapacidad, alude al sujeto de derecho pero implica también al sujeto de deseo. Belgich (1996) entiende que desde el psicoanálisis, un individuo será considerado sujeto cuando "...haya quien lo nombre y a través del nombre le asigne un lugar en la diferencia de los sexos y en la sucesión de las generaciones" (p. 80). El sujeto lo será cuando encuentre una matriz simbólica que lo preexiste y cuando encuentre su lugar en el seno familiar. El autor plantea que en este escenario, sostenido por distintos atravesamientos culturales y sociales, el sujeto asumirá una relación consigo mismo y con su deseo.

Por todo lo expresado hasta aquí, comprender la situación actual de las PCD implica tomar en consideración los diversos atravesamientos de la temática. Ya sea en la dirección de un trabajo clínico o en la temática de la inserción educativa, social o laboral, se deberán atender a las significaciones sociales particulares que cada contexto produce sobre la discapacidad y a los modos de intervención cargados de ideología. En este sentido, los aspectos legales constituyen un tema a analizar ya que sus presupuestos inciden en las maneras de comprensión social. Iniciar una lectura crítica e implicada de la problemática permitirá otorgarle un lugar central al sujeto fuera de cualquier reducción del mismo a su discapacidad.

REPERCUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA: SUBSISTENCIA DE DOS DE LOS SISTEMAS

Se destacó anteriormente que la evolución de los modelos en discapacidad no fue rápida, uniforme ni pacífica, y si bien tuvo su corolario en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aún no es lamentablemente, un modelo plenamente establecido en nuestro país por la existencia de normas anacrónicas aún vigentes.

El primer punto de acercamiento con el modelo social se dio con la reforma de 1994 de la Constitución Nacional que incorpora a nuestro derecho un nuevo paradigma: el de los Derechos Humanos. Esa reforma permitió incorporar al derecho local convenciones internacionales, (art. 75 inc 24 CN) dándole una jerarquía superior a las leyes por debajo solo de la Constitución. E inclusive algunas Convenciones sobre Derechos Humanos cuentan con jerarquía constitucional (art. 75 inc 22).

Si bien ese fue un enorme avance, produjo un quiebre entre el derecho privado y el derecho público, puesto que la Constitución tenía principios novedosos y en favor de la igualdad real mientras que las leyes eran privatistas y sostenían la igualdad formal (no protegía a los más débiles). Este fenómeno se ha visto no solo en materia de discapacidad, sino también en diversas áreas del derecho como la protección de niños, niñas y adolescentes o las relaciones de consumo, por ejemplo. Esta situación se fue morigerando mediante leyes especiales en las diferentes materias y como se verá a continuación se logró un gran avance con el remplazo del Código Civil del siglo XIX por el Código Civil y Comercial de 2014.

En materia de discapacidad ya se ha dicho que la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPCD) se suscribió en 2006 y en 2008 se incorporó al derecho interno argentino mediante ley 26.378, dándosele en 2014 jerarquía constitucional mediante ley 27.044. Es decir, desde esa fecha se cuenta con los principios del modelo social en la Convención –con jerarquía constitucional– y aunque mucha legislación interna se ha ido aggiornando a este modelo (por ejemplo la ley 26.579 sobre salud mental) la gran mayoría del derecho interno se sigue basando en el modelo rehabilitador. Leyes marco en materia de discapacidad como la 22.431 dictada en 1981 (Sistema de Protección Integral de Personas con Discapacidad) y la 24.901 promulgada en 1997 (Sistema de Prestaciones Básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de personas con discapacidad) se encuentran pla-

gadas de principios rehabilitatorios, cuyo espíritu es la normalización de la persona con discapacidad.

El gran avance para adecuar el ordenamiento jurídico a los principios de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad se dio con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en 2014 bajo ley N°26.994 y que entrara en vigencia recién en agosto de 2015. Este nuevo cuerpo legal tiene el objetivo de armonizar nuestro sistema normativo con los principios constitucionales. Incorporó conceptos novedosos y modificó disposiciones de significativa importancia, entre las que se destaca la restricción de la capacidad. No sólo por la estrecha vinculación entre la restricción de la capacidad y la discapacidad, sino también por la incorporación expresa de principios de la Convención que se verán a continuación.

El Código Civil de Vélez Sarsfield (1871), se regía por el binomio Capacidad – Incapacidad (que se mantuvo con la posterior modificación de la ley 17.711). La declaración de interdicción aparejaba como consecuencia la designación de un curador para la celebración de todos los actos de la vida civil que revestía un carácter total. Recién casi un siglo después, la ley 17711 (1968) introdujo la primera modificación para aquellas personas cuya afección de salud mental no resultara tan gravosa –“disminuidos en sus facultades mentales”- manteniendo la inhabilitación de la condición de capacidad de la persona, con designación de un curador asistente que acompañaría al inhábil.

Sin embargo, la reforma significativa se dio mucho tiempo después (en 2010) cuando se sancionó la Ley 26.657 de Salud Mental (LSM), que no fue un suceso casual, sino que se realizó porque Argentina se encontraba comprometida por convenciones internacionales (Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley 25.280) y CIDPCD (Ley 26.378) y por medio de la cual se incorporaron los principios, pautas y criterios que luego se plasmarían en el NCCyC en 2014.

Un cotejo entre la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y el Código Civil y Comercial permite concluir en la incorporación de “la capacidad jurídica como derecho humano” como eje sustancial de la regulación en esa materia (surge de los art. 12 de la CIDPCD, 3 y 5 de la LSM y el art. 31 inc a) del NCCyC), y que a su vez se refleja en otros principios también contemplados expresamente en las normas mencionadas: 1) la capacidad se presume, 2) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona. 3) La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial. 4) La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión. 5) La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios. 6) Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Asimismo, el NCCyC valiéndose de la CIDPCD y de las Reglas de Brasilia, sistematizó el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, considerándolo como un sujeto de derecho, indicando quiénes son pasibles de ser restringidos en su capacidad (Art. 32) quiénes pueden requerirlo (art. 33), qué medidas pueden tomarse en forma cautelar y con qué requisitos (art. 34), la obligatoriedad de participación activa en el proceso de la PCD, la audiencia ineludible con el juez con participación de letrado y Ministerio Público, así como los ajustes razonables que deben incorporarse (art. 35) y fundamentalmente las particularidades y alcances de la sentencia del proceso de restricciones a la capacidad (art. 37 y 38) en el que se establece la elaboración de sentencia con restricciones propias para cada caso, como si se tratase de un “traje a medida” de acuerdo a las aptitudes y necesidades de la persona con discapacidad.

Esta concepción no sólo es trascendental por eliminar el vetusto binomio capacidad- incapacidad, sino ha traído aparejado la incorporación de otros principios propios de la CIDPCD o si se quiere, del modelo social: 1) el reemplazo del sistema médico hegemónico propio del modelo rehabilitador, por el de una evaluación interdisciplinaria: Así dice el NCCyC: “la sentencia debe tener diagnóstico y pronóstico” pero no refiere a la evaluación de un médico psiquiatra sino de un equipo interdisciplinario. 2) El objetivo central del proceso es la promoción de la autonomía de la persona y el ejercicio personal de sus derechos, a cuyo fin se regula la designación de figuras de apoyo (art. 43 NCCyC)

Precisamente, con el objetivo de facilitar la vida autónoma de las PcD, el legislador ha sido amplio al referirse a las figuras de apoyo, pero sin descuidar la subjetividad de la PcD en la toma de decisiones: "El juez designará a la/las persona/s o redes de apoyo que posibiliten y asistan a la persona en ejercicio de su capacidad". A diferencia de lo que sucedía con la legislación civil tradicional, de corte asistencialista, que entendía que "por su bien" (el de la PcD); "otro" (un tercero), puede tomar mejores decisiones, sustituyendo al "incapaz".

La CIDPCD por el contrario, exige que se le de apoyo a la persona para el ejercicio de su capacidad, de las propias aptitudes, acorde al respeto de la dignidad personal. Cambia el paradigma de sustitución de la voluntad por uno basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas (Art 12 CIDPCD).

¿Qué significa la figura de apoyo? La CIDPCD refiere a los apoyos como un mecanismo de ejercicio de Derechos Humanos en general (Preámbulo CIDPCD). Así las medidas de apoyo se expanden a todas las áreas de desenvolvimiento de la persona con discapacidad.

El apoyo es la herramienta, el fin es la libertad de tomar decisiones propias, que excede el ámbito puramente jurídico. (Art. 3 CIDPCD). Los apoyos constituyen ajustes "a medida", por eso la Convención no enumera sus clases y formas. Como se ejerza tal apoyo se determinará en función de cuanto se limite y gradúe la asistencia, no la capacidad. En tal sentido, dice el art. 43 NCCyC en su primer párrafo: "se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general".

Lamentablemente, la Convención no ha repercutido aún en todo el derecho interno argentino. Existen un sinnúmero de normas cuyo espíritu es rehabilitatorio o aún peor asistencialista. El ejemplo más claro es el de la norma regulatoria de las Pensiones No Contributivas, que son verdaderas pensiones asistenciales que el Estado otorga –no por discapacidad- sino por incapacidad laboral (es importante destacar que no toda persona con discapacidad se encuentra imposibilitada para trabajar pero que muchas veces le es imposible acceder a un trabajo en igualdad de condiciones por barreras propias de la sociedad), creadas por ley 13.478 (en 1948) y reglamentadas por el decreto 432/1997 que imponen como requisitos para su otorgamiento:

a) Poseer una incapacidad laboral del 76% (superior al exigido para jubilación por invalidez que es el 66%).

b) Ser argentino o naturalizado (con 5 años de residencia ininterrumpida) o extranjero con 20 años de residencia ininterrumpida)

c) No tener ningún bien ni otro ingreso, ni el beneficiario ni su cónyuge, ni tener ningún familiar con obligación alimentaria en condiciones de asistirlo.

Como puede verse hoy Argentina no cuenta con una asignación por discapacidad que pueda asegurar un nivel de vida digno a todas las personas, sino que cuenta con una pensión de subsistencia para casos de extrema vulnerabilidad social que presentan imposibilidad para el trabajo, se encuentren o no en situación de discapacidad.

INFANCIA, ADOLESCENCIA Y DIAGNÓSTICO

El contexto actual incluye las representaciones a las que se aludía antes –normalización, rehabilitación, reducción del déficit, etc. pero tal como se viene detallando, ha incorporado en los últimos años la versión de la discapacidad enmarcada en los Derechos Humanos. La aparición de este nuevo paradigma con foco en los aspectos sociales de la discapacidad implica sin dudas, una visión habilitadora para los sujetos y una actitud promisorias para su inserción plena en la vida social. Sin embargo, tal como se mencionaba anteriormente, aún existen contradicciones y ambigüedades importantes tanto en materia legal como cultural.

El neoliberalismo, como marca de época, propone un sujeto desgajado de su historia y autoprodutor de su bienestar. Al decir de Murillo (2006, 2012, 2013), el neoliberalismo connota mucho más que una teoría económica e implica una verdadera cultura basada en la producción deliberada de un apronte angustioso, que surge de una constante sensación de inseguridad y que se traduce en una suerte de malestar continuo para los sujetos. Por su parte, Alemán (2016) describe al neoliberalismo como el primer régimen sociohistórico que intenta alcanzar la primera dependencia simbólica, afectando, tanto a los cuerpos como a la captura por la palabra del ser vivo en su dependencia estructural. Esta cultura necesita producir un hombre nuevo, engendrado de su propio presente, sin historia, sin causa, sin legado simbólico.

En este contexto cultural y político, el predominio de intereses económicos, unido a la reducción de la participación del Estado en la efectivización de las prestaciones en materia de discapacidad, promueven en ocasiones propuestas empresariales y desubjetivizantes que generan efectos contrarios a los esperados.

Ejemplo de esto es la realización de diversas y numerosas prácticas dirigidas desde el modelo médico, que colonizan la existencia de los niños/as y los mantienen constreñidos a unas rutinas intensas de rehabilitación. Innumerables denominaciones y especificidades cada vez más minuciosas, se ocupan del incansable intento de normalización, tarea tan interminable como redituable.

Desde esta perspectiva se minimizan por ejemplo, las múltiples determinaciones que intervienen en los aprendizajes de la lectura, la escritura y la adquisición de conceptos, y se prioriza una descripción de estados y conductas que dejan de lado al niño en tanto sujeto. Esta situación afecta a la infancia en general y se vuelve más cruda con los niños que nacen con alguna discapacidad.

Muchos autores denominan esta situación como una patologización de la infancia. Dueñas, Kahansky y Silver (2013) refieren la creciente aparición de nuevos diagnósticos enmarcados en los manuales de clasificación psiquiátrica (DSM IV, DSM V, CIE 10). Desde esta perspectiva, los niños son catalogados con diagnósticos como TDA (Trastorno por Déficit de Atención) o TDAH (Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad), TGD (Trastorno Generalizado del Desarrollo), TEA (Trastorno de Espectro Autista), disléxicos, TOD (Trastorno de Oposición Desafiante), TOC (Trastorno Obsesivo Compulsivo), trastorno bipolar, etc. Se reduce así la comprensión de las problemáticas infantiles y sus determinaciones, provocándose una desestimación del análisis de los enormes cambios socioculturales que afectan estos tiempos. Se produce una coagulación del ser de los sujetos bajo los rótulos de padecimientos infantiles.

Procediendo de manera sumaria, esquemática y carente de verdadero rigor científico, se hacen diagnósticos y hasta se postulan nuevos cuadros a partir de observaciones y agrupaciones arbitrarias de rasgos, a menudo basadas en nociones antiguas y confusas [...] Rótulos y etiquetas, maquillados de diagnósticos y píldoras psicotrópicas que prometen resolver todos los conflictos naturales de la vida, arrojando a la vida de la escena. (Dueñas et al., 2013, pp. 33-34).

Una vez obtenido el rótulo y la nomenclatura, los sujetos se convierten en consumidores de prácticas y tecnología médica. Al respecto, Terzaghi plantea que la profundización del modelo neoliberal acentuó la transformación de los niños en consumidores a partir de patologías que antes eran solo diagnosticadas en los adultos. Advierte la autora que la creciente difusión y extensión de los manuales de clasificación psiquiátrica coincide con el gran avance de las neurociencias.

Entonces la obtención del diagnóstico rótulo es indispensable para obtener a cambio las prestaciones necesarias para el tratamiento de la supuesta enfermedad ya que no se producen otras respuestas de parte del Estado que tiendan a garantizar la inclusión de ese grupo poblacional. De este modo se certifica la condición de discapacitado a un niño o adolescente que presenta algunos problemas de aprendizaje, de conducta o del orden social y se priorizan algunos aspectos de sus determinaciones y características. En estos casos a las dificultades que presentaban los niños, se agrega el peso de un diagnóstico que implica una limitación en la participación social, cargado de significado en cuanto a la falta de futuro y reconocimiento.

En este punto tal vez sería importante hacer una discriminación entre los niños que presentan algún déficit orgánico, una diversidad funcional y aquellos otros que tienen lo que se puede llamar un problema del desarrollo.

Así mismo, teniendo en cuenta la pregnancia social de una mirada patologizadora de la infancia, los niños que además portan desde el punto de partida un diagnóstico de limitación física, serán blanco de innumerables intentos y técnicas de readaptación. En este maremágnum de intervenciones, será difícil en ocasiones distinguir las que sean necesarias para la estimulación de alguna función que le brinde herramientas al sujeto, de aquellas otras tendientes a la adquisición de conductas mecánicas y poco productoras de subjetividad.

PROBLEMÁTICAS DE LA INCLUSIÓN ESCOLAR

En el plano educativo, el derecho a una educación inclusiva implica que el sistema educativo sea capaz de recibir y enseñar a todas las personas. Para esto tendrá que adoptar en ocasiones las medidas necesarias para que aprendan y participen en igualdad de condiciones y considerar que la diversidad es un verdadero beneficio.

Este derecho está reconocido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en su artículo 24. La Convención obliga a los Estados a garantizar sistemas educativos inclusivos en todos los niveles, brindando los apoyos y ajustes que sean necesarios a quienes los requieran.

El órgano encargado de evaluar el cumplimiento de la Convención es el Comité sobre Derechos de las personas con Discapacidad que se expide mediante Observaciones Generales. Precisamente la Observación General N° 4 (OG 4) refiere al derecho a la educación inclusiva, sus componentes y las formas de garantizarlo.

La Ley Federal de Educación incluía entre sus objetivos "Asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades" (Art. 11 inc a). Pero debido al carácter Constitucional de la Convención (Ley 27.044), fue necesario adaptar la normativa nacional a fines de que la mencionada ley no devenga inconstitucional.

El organismo encargado de hacerlo a nivel nacional fue El Consejo Federal de Cultura y Educación. De acuerdo al art. 45 de la ley Federal de Educación N° 24.195 de 1993 "es el ámbito de coordinación y concertación del Sistema Nacional de Educación y está presidido por el ministro nacional del área e integrado por el responsable de la conducción educativa de cada jurisdicción y tres representantes del Consejo de Universidades." Entonces, en diciembre de 2016, este organismo generó la Resolución 311/16 sobre "Promoción, acreditación, certificación y titulación de estudiantes con discapacidad", que reconoce el derecho de la niñez y juventud con discapacidad a ser inscripta en la escuela común en todos sus niveles, a que se les provean los apoyos y ajustes que necesiten y a recibir títulos en igualdad de condiciones.

En Santa Fe no se cuenta con una Ley Provincial de Educación que recepte los conceptos de la ley Federal de Educación. Si bien existe un proyecto de ley, actualmente en la Provincia no hay norma alguna que refiera a "educación inclusiva. Es así como las cuestiones relativas a la escolaridad de las personas con discapacidad se han regulado a través del Decreto N°2703/2010 "Régimen para la Integración Escolar Interinstitucional de Niños, Adolescentes y Jóvenes con Discapacidad en el Sistema Educativo".

Es importante destacar que no es lo mismo hablar de integración escolar que de educación inclusiva: en ese sentido la OG N°4 distingue la inclusión de la exclusión. Las distintas formas de exclusión serían: impedir a la PCD el acceso a la educación, la segregación de las PCD se produce cuando sólo tienen ac-

ceso a escuelas especiales, pero también se dan situaciones de exclusión encubierta cuando se produce efectivamente una integración (sistema por el cual las PCD asisten a escuelas denominadas comunes sin que éstas modifiquen sus prácticas y estrategias de enseñanza).

Es importante destacar que existen contradicciones entre el decreto y la CDPCD y que muchos consideran que el decreto 2703/2010 debe ser considerado inconstitucional, exigiéndose el respeto de la Resolución 311/16, de la OG N°4 y de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en otras palabras, de la Constitución Nacional.

Esto se debe por ejemplo a que el artículo 24 de la CDPD dispone que las PCD "no pueden quedar excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad" mientras que la Resolución 311/16 del Consejo Federal de Educación, obligatoria en todo el país, establece que:

Nivel Inicial: En el nivel inicial, la niñez con discapacidad tiene derecho a ser inscripta en la escuela común (art. 19).

Nivel Primario: En el nivel primario, el ingreso de las personas con discapacidad es al igual que para el resto de la población escolar, a los 6 años de edad (art. 23).

Nivel Secundario: Una vez certificado el nivel primario, las personas con discapacidad tienen derecho a ingresar al nivel secundario (art. 32).

Sin embargo, se observan negativas de inscripción o reinscripción de niños con discapacidad generalmente bajo el argumento de que "la escuela no es apta para niños, niñas y adolescentes con discapacidad", "que tienen completo el cupo para discapacidad", etc. Todos los argumentos antes expresados se encuentran vedados por las normas mencionadas, además de configurar un acto discriminatorio. También es común la práctica de incrementar la cuota mensual o cobrar doble matrícula, que por supuesto es contrario a la ley y también acto discriminatorio.

Otra práctica discriminatoria habitual es la reducción horaria. Muchas personas con discapacidad concurren a la escuela común una cantidad reducida de horas en comparación con sus pares sin discapacidad. Esta decisión de la escuela produce una exclusión de las mismas de ciertas materias y actividades curriculares y extracurriculares. Esta situación, cuando no encuentra otro fundamento más que la discapacidad, es discriminatoria. (Es importante aclarar que el grupo de niños con discapacidad es altamente heterogéneo, tanto en sus limitaciones funcionales como en sus contextos por lo cual, en algunos casos suele ser necesaria la toma de alguna medida de este tipo. Sin embargo no deben ser tomadas centrándose únicamente en el diagnóstico de discapacidad y sin profundizar en el conocimiento del caso. Tampoco sin agotar la búsqueda de los recursos posibles para que la mencionada inclusión a la escolaridad común sea realizada).

Las personas con discapacidad tienen derecho a cursar todas las materias y a participar en todas aquellas actividades que se desarrollen dentro y fuera de la escuela, tales como actos escolares y salidas educativas y/o recreativas. La reducción injustificada del horario escolar implica excluir a la persona con discapacidad de la escuela, privándola de la adquisición de contenidos y habilidades que el Estado ha considerado necesarios para la sociedad. Implica también privarlas de la participación en espacios recreativos y obstaculizar el desarrollo de su sentido de pertenencia en relación al grupo. La reducción de jornada es una medida propia del enfoque integrador: cuando la escuela siente que no puede enseñarle a una persona, decide excluirla en lugar de preguntarse a sí misma qué debe hacer para garantizar su plena participación.

De hecho como ya se ha mencionado, la Observación General N° 4 es contundente al exponer que la educación inclusiva se opone a otros sistemas de enseñanza adoptados históricamente en relación a las personas con discapacidad: la exclusión, la segregación y la integración. Por lo que tampoco podría la escuela común derivar a una escuela especial.

La educación inclusiva implica que todas las personas se eduquen juntas y que las escuelas adopten las modificaciones que sean necesarias para que todas ellas aprendan y participen en igualdad de condiciones.

Mantener un sistema de enseñanza común y uno especial es totalmente incompatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La educación inclusiva tiene por objeto poner fin a la segregación en la escuela, garantizando que la enseñanza se brinde en espacios inclusivos, accesibles y que dispongan de los apoyos adecuados.

En caso de dificultad las escuelas deberán asegurar la continuidad del alumno en el año siguiente y revisar las prácticas pedagógicas y los apoyos utilizados para asegurar que sean los apropiados en vez de imponer o sugerir la inscripción de niños, niñas o jóvenes con discapacidad en un colegio especial llegado un determinado año o nivel.

Asimismo el artículo 24 de la CDPD obliga a los Estados firmantes a prestar el apoyo necesario para garantizar la educación de las personas con discapacidad en el sistema regular. Esta obligación incluye la de poner a disposición personas que asistan a los y las docentes del aula en la inclusión de estos/as estudiantes, tales como docentes integradores/as, pares pedagógicos, docentes de apoyo, acompañantes terapéuticos/as, auxiliares de apoyo, acompañantes personales no docentes, maestros/as de apoyo a la inclusión, asistentes personales, intérpretes en lengua de señas, entre otros/as.

Mientras que a nivel nacional, la Resolución 311/16 reconoce que el Sistema Educativo debe asegurar el apoyo necesario que requiera el alumnado con discapacidad (art. 1) en todos los niveles (inicial, primario y secundario). Es decir, el derecho a contar con la asistencia específica no implica una obligación para la PCD por lo que no se lo puede obligar a ingresar con un apoyo si no lo requiere, tampoco se le puede negar el ingreso, el inicio o continuidad de clase ante la falta del apoyo o impedir que el personal de apoyo concurra a la escuela todo el tiempo que sea necesario, ya que para el establecimiento educativo sí implica una obligación.

Por otro lado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone que para garantizar la educación inclusiva, deben asegurarse las medidas de accesibilidad, los apoyos y los ajustes que sean necesarios para que todas las personas puedan aprender. Es decir, se busca que la escuela se adapte a los requerimientos de su alumnado en lugar de intentar "normalizarlo".

La Observación General N° 4 establece que el sistema educativo en su conjunto debe ser accesible, incluidos los edificios, las herramientas de información y comunicación, los planes de estudios, los materiales educativos, los métodos de enseñanza y los servicios de evaluación, lingüísticos y de apoyo, como así también que deben realizarse todos los ajustes que las personas con discapacidad requieran para su inclusión.

A nivel nacional la Resolución 311/16, también establece la obligación de implementar ajustes (arts. 2 y 13), incluso aquellos que se necesiten para que el/la alumno/a acceda al currículum (art. 37). Los establecimientos educativos deben garantizar la accesibilidad plena realizando todos los ajustes y acciones específicas tendientes a la eliminación de barreras que impidan al alumnado acceder a la educación en igualdad de condiciones. Así las PCD pueden exigir que se modifiquen las estrategias de enseñanza, que se utilicen diferentes lenguajes de comunicación (lenguaje de señas, sistema braille, etc.), que se modifique el mobiliario e infraestructura, que se produzca un cambio de aula o se adopte un apoyo determinado o se realice cualquier cuestión que facilite la eliminación de barreras.

En resumen, debe destacarse que para que la educación sea inclusiva y no discriminatoria se debe garantizarse el aprendizaje igualitario para todos los alumnos, con y sin discapacidad, ya sea permitiendo el acceso en igualdad de condiciones, garantizando los apoyos necesarios para eliminar las barreras propias de la discapacidad, y también otorgando la posibilidad de certificar los aprendizajes en igualdad de condiciones (títulos primarios y secundarios). Según la Observación General N° 4, el alumnado con discapacidad debe recibir un trato igualitario en los procedimientos de evaluación y examen y certificar sus capacidades y logros en igualdad de condiciones. Por su parte la Resolución 311/16 establece que la trayectoria escolar de los/as estudiantes con discapacidad debe ser documentada mediante instrumento formal de evaluación en igualdad de condiciones y sin discriminación (arts. 25 y 35).

Por último, debe hacerse hincapié en que tal como lo establecen los artículos 118 de la Ley de Educación Nacional y 11 del Reglamento del Consejo Federal de Educación, la Resolución 311/16 es obligatoria en todo el país. Si bien algunas provincias como Santa Fe están trabajando en resoluciones locales para que estas sean coherentes con la norma nacional, los derechos que esta resolución consagra son plenamente exigibles desde diciembre de 2016, fecha en la que fue aprobada.

PARENTALIDAD Y DISCAPACIDAD

Es importante también otorgar aquí un lugar a la función de los padres en la problemática de los niños con discapacidad. En el contexto actual, se advierte una carencia de prácticas e intervenciones profesionales orientadas a trabajar ese vínculo temprano. En cambio la tendencia es a centrarse en el niño y buscar el objetivo de la equiparación con los normales. Esto implica con frecuencia un empecinamiento por corregir las desviaciones físicas, funcionales e incluso conductuales, que no siempre favorecen el despliegue subjetivo.

Otro punto a destacar es el de las asociaciones de padres, unidas por el déficit e identificadas con la patología o el diagnóstico. Se trata de respuestas al sufrimiento que implica la patología y a la necesidad de obtener las prestaciones que sus hijos necesitan realizar. En este sentido vasen (2015) plantea que los padres demandan cobertura y lo hacen dentro del esquema que conocen. Pero no es posible dejar de considerar que detrás de estas sinceras demandas se evidencian intereses económicos ligados a los laboratorios y las corporaciones y que estos se encuentran relacionados con un modelo médico de intervención sobre la problemática.

Por lo tanto es necesario que tanto los padres como los profesionales estén advertidos de esta situación. Es importante que los referentes de las distintas disciplinas que llevan adelante los tratamientos clínicos de estos niños/as puedan tener una lectura crítica sobre los manejos de las empresas y/o corporaciones con relación el tema. De manera tal que nunca se pierda de vista el objetivo de la subjetivación de ese niño/a. Que el eje o la dirección de las intervenciones sea el sujeto implica tomar en cuenta la matriz simbólica que lo preexiste, tener en consideración su lugar en la trama familiar y sus posibilidades de asumir una relación consigo mismo y con su deseo.

Si se parte del lugar trascendental del otro en la constitución subjetiva y la importancia de sus marcas significantes, es posible centrarse en una perspectiva que dé lugar al sujeto, e indagar en los modos en que la cultura construye un entramado representacional que afecta al otro, afecta a los padres y a la parentalidad.

El advenimiento del sujeto difiere del acto biológico del nacimiento. Antes de este acontecimiento, ese niño por venir es ya un cúmulo de ideales, nombres, expectativas y proyectos. El hijo no nacido aún soporta ya el ideal de sus padres, que inventan o crean un hijo de acuerdo con ese ideal, anudado a su deseo. A su vez y más allá de este importante despliegue simbólico que es esperable que ocurra en los padres, cuando nace un niño lejos está de cumplir ese sinnúmero de expectativas proyectadas sobre él.

Cuando el niño que nace porta algún déficit, todo este proceso se complejiza aún más. Autores como Levín (2011), Bruner (2016), advierten de las dificultades que enfrentan los padres a la hora de ubicar a ese hijo con discapacidad en su linaje familiar. Silberkasten (2006), habla de la falta de anclajes identificatorios que padecen los padres a la hora de posicionarse como tales, frente a un hijo con discapacidad. Esto tiene que ver con la carencia de una red social de significados compartidos acerca de qué es ser padre de un sujeto que porta una determinada deficiencia.

Los padres están sostenidos por un saber experiencial e histórico de lo que es ser madre o padre y por otro lado, por un saber ligado a la propia infancia. A la vez, este espacio sutil al que adviene el niño es tan importante como el aire que respira, en el sentido de que no solo se apuntala en lo biológico, no

es solo de la leche de lo cual va a depender su existencia, sino que su existencia subjetiva emergerá en ese espacio no sustancial. Rodulfo (2009) alude a que “el mito familiar es aquello que el niño respira allí donde es colocado” (p. 36). Más adelante, destaca que el mito familiar es equiparable al oxígeno, es lo que se trasmite a través de las prácticas cotidianas que incluyen actos, dichos, ideologemas, normas educativas, regulaciones del cuerpo, etc.

Por lo tanto, el trabajo con los padres en tanto agentes de la parentalidad es un punto que merece el aporte de recursos de distintos tipos. Y como estrategia preventiva en la clínica con niños/as con discapacidad constituye un rasgo distintivo que no es posible soslayar. El acompañamiento atento de los procesos subjetivos de los niños/as, la oferta de construcción de un relato de vida que difiera de la trayectoria de los tratamientos y las intervenciones médicas relacionadas con la discapacidad son, tanto con padres como con los sujetos que presentan alguna discapacidad, aquellos andamiajes indispensables que los profesionales pueden brindar.

NIÑEZ ENCARCELADA

Un caso de vulneración solapada

Lic. Rosario Gauna Alsina^()*

El presente texto pretende hacer un recorrido sobre la situación de niños y niñas que viven en cárceles para adultos, con la pretensión de garantizar su cercanía con la madre presa. Sin embargo, al mismo tiempo que se plantea la defensa de un derecho, se vulneran las garantías mínimas que protegen a la infancia, asentado tanto en la Convención sobre los derechos del niño, como en la legislación nacional al respecto. El trabajo se centra en un análisis de las cárceles de la Provincia de Buenos Aires, aunque su desarrollo conceptual abarca a la realidad de todas las cárceles para mujeres del territorio provincial.

The text presents a tour of the situation of children living in prisons for adults, allegedly in order to ensure their closeness to the mother prisoner, and where at the same time that the defense of a right is raised, they are violated the minimum guarantees that protect children, both in the Convention on the Rights of the Child, and in national legislation in this regard. The work focuses on an analysis of the prisons of the Province of Buenos Aires, although its conceptual development encompasses the reality of all prisons for women in the provincial territory.

^(*) Lic. en Psicología (USAL). Maestranda en Criminología (UNL). Integrante del equipo técnico del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. Coordinadora del área Género de la Asociación Pensamiento Penal.

“Una de mis premisas básicas será que se debe luchar para que se reduzca en el mundo el dolor infligido por el hombre. Puedo ver muy bien las objeciones a esta posición: me dirán que el dolor hace crecer a la gente; que la hace más madura, la hace nacer de nuevo, tener un discernimiento más profundo, experimentar más gozo si se desvanece el dolor, y según algunos sistemas de creencias, acercarse más a Dios o al cielo. Algunos de nosotros quizá hayamos experimentado algunos de estos beneficios. Pero también hemos experimentado lo contrario: el dolor que detiene el crecimiento, el dolor que retrasa, el dolor que hace perversas a las personas. De cualquier manera, no puedo imaginarme en situación en que yo me esforzara por hacer que aumentara en el mundo el dolor infligido por el hombre. Tampoco puedo ver ninguna buena razón para creer que el nivel reciente de imposición de dolor sea correcto y natural. Además, puesto que el asunto es importante y me siento obligado a elegir, no veo otra posición defendible que la de luchar para que disminuya el dolor. Una de las reglas sería entonces: cuando se esté en duda, no se debe imponer dolor. Otra regla sería: impóngase el mínimo dolor posible. Busquemos opciones a los castigos, no sólo castigos opcionales.”²¹⁷

En Argentina sin causa u orden judicial alguna, crecen cientos/as de niños y niñas en prisión todos los años. La legislación nacional²¹⁸ con el fin de evitar la ruptura del vínculo materno-filial, habilita a las mujeres encarceladas con hijas/os menores de 4 años a convivir con ellas/os dentro del establecimiento penitenciario o a solicitar el arresto domiciliario para quienes tengan a su cargo niñas/os menores a 5 años.

La aplicación de este instituto aún genera controversias y así como muchas/os chicos/as acaban experimentando las mismas dolencias que sus madres en cuanto al acceso a ciertos derechos relacionados a la educación, salud, higiene, alimentación, contacto con el exterior, entre otros. Es decir, que resultan expuestos a la hostilidad del ambiente carcelario y a las múltiples violencias que lo atraviesan. Dada su condición de extrema vulnerabilidad y el escaso desarrollo psíquico, las consecuencias del encierro se profundizan y adquieren otro nivel de relevancia.

El presente artículo pretende estudiar la normativa existente, analizar la realidad que vivencian los niños en prisión y ahondar respecto del impacto que supone la prisionización a edades tan tempranas.

1. ES UN JUEGO NOMÁS...

“Para que no se asuste, yo le digo que los guardias son sus tíos y cuando pasan corriendo con armas le invento que están jugando. Mi hijo los mira contento a través de las rejas y los saluda.”

(Testimonio de una madre alojada con su hijo de 3 años)

Según el Informe Anual 2017 de la Procuración Penitenciaria de la Nación²¹⁹ (en adelante “PPN”), durante ese año el Servicio Penitenciario Federal alojaba a 43 niños y niñas junto a sus madres en las unidades que se encuentran bajo su órbita. En 2018²²⁰ este número se redujo a 40.

217 Christie, N. (1981). “Los límites del dolor”. Fondo de cultura económica. México. Disponible en: <http://www.pensamiento-penal.com.ar/system/files/2015/03/doctrina40714.pdf>

218 Art. 32 y Art. 195, Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad N° 24.660

219 Procuración Penitenciaria de la Nación (2017) Informe anual. Disponible en: <https://ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2017.pdf>

220 Procuración Penitenciaria de la Nación (2018). Informe anual. Disponible en: <https://ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2018.pdf>

En el mismo período la Defensoría del Pueblo de Buenos Aires en su informe de situación sobre “mujeres madres con niñas y niños en contextos de encierro”²²¹ señala que 67 niñas y niños se encontraban alojadas/os en las cárceles bonaerenses junto a sus madres.

Las/os niñas/os que permanecen en prisión junto a ellas acaban habituándose a lógicas carcelarias que las/os obliga a incorporar dinámicas autoritarias y violentas desde edades muy tempranas. Esto genera que muchas madres desistan de la posibilidad de vivir con ellas/os en la prisión. Naturalizan el maltrato, gritos, conviven en espacios reducidos, rodeado de plagas (insectos, roedores, etc.), expuestos a humedad y servicios básicos insuficientes. La exposición a armas y requisas humillantes es habitual. Cabe destacar que las/os integrantes del servicio no están capacitadas/os para el trato con niñas/os, ya que su formación se orienta a la seguridad.

En el país diversas investigaciones e informes²²² dan cuenta de las atrocidades que se producen dentro de las prisiones: tortura, tratos humillantes, sobrepoblación, mala alimentación, robos, amenazas, privaciones de todo tipo, requisas, etc. La institución carcelaria, lejos de alcanzar los objetivos que dice perseguir, profundiza las violencias. Si surgen dudas respecto de los efectos de la prisión en las personas adultas, más aún puede cuestionarse su impacto en la niñez.

La etapa inicial del desarrollo infantil constituye un momento crucial para la configuración del psiquismo. Es un período en el cual el cerebro se desarrolla con extrema rapidez y sus conexiones se establecen a una velocidad que no volverá a repetirse en otra etapa evolutiva de la vida. También en este momento se asientan las bases para el posterior desarrollo cognitivo, social y emocional del niño (UNICEF, 2017). Se moldean las funciones principales, habilidades motoras, lingüísticas, su capacidad de aprender, afectivizar y crear. De aquí la importancia de los vínculos primarios y el entramado en el cual se inscriben dichas relaciones.

Una herramienta para comprender el impacto del ambiente en la subjetividad es el Modelo Ecológico de Bronfenbrenner (1986, 1987). Esta mirada entiende a la conducta del sujeto íntimamente vinculada a la interacción con el entorno y define al desarrollo psicológico como un proceso complejo donde existe multiplicidad de factores intervinientes. La noción de contexto es clave en esta perspectiva, que refiere a los ambientes ecológicos sociales, culturales y físicos en que las personas se hallan insertas.

Las investigaciones (Pinheiro, 2006) realizadas sobre la exposición a violencias y ambientes hostiles durante la niñez dan cuenta del severo impacto a nivel cerebral, intelectual y emocional. “Cuanto más adversas son las experiencias durante la niñez, mayores las probabilidades de retrasos en el desarrollo y de posteriores problemas de salud, como las enfermedades cardíacas, la diabetes, las toxicomanías y la depresión. Las investigaciones también indican que si los niños entablan desde muy temprano en sus vidas relaciones con adultos que les cuiden, les den apoyo y respondan a sus necesidades, se pueden prevenir o revertir los efectos perjudiciales del estrés tóxico”²²³

No existen niveles razonables o tolerables de violencia y no se puede justificar su uso bajo ninguna circunstancia. No sólo porque constituye la violación de tratados internacionales, sino porque son conocidos sus efectos a nivel psíquico y físico. La complejidad de esta situación nunca puede constituir una excusa para dejar de proteger los derechos de la niñez.

221 Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires (2019). Informe de situación: “Mujeres madres con niñas y niños en contextos de encierro”. Disponible en: https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf

222 Para mayor información se puede acceder a los informes que la PPN realiza todos los años, los informes anuales (Sistema de la Crueldad) de la Comisión Provincial por la Memoria, informes realizados por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, observaciones y recomendaciones del Relator Especial de la ONU sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes durante las visitas a nuestro país, entre otros.

223 Center on the Developing Child, Universidad de Harvard. Universidad de Harvard, “Key Concepts: Toxic Stress”. Center on the Developing Child, Cambridge.

2. LAS “MALAS MADRES”

Se hace inevitable comenzar el recorrido analizando el encarcelamiento de las mujeres madres para analizar posteriormente el efecto en la vida de sus hijas/os y en la estructura social en general.

En Argentina, 9 de cada 10 mujeres presas son madres (Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación –en adelante, CELS, MPD y PPN-, 2011), jefas de hogar, provenientes de hogares vulnerables. A su vez, debido al rol estereotipado que acostumbra ocupar las mujeres en la sociedad, suelen hacerse responsables del cuidado de los niños y de otras personas de su entorno cercano.

El impacto de la prisionización de las mujeres se extiende más allá de su situación particular. Algunas de las consecuencias se encuentran relacionadas al desmembramiento familiar, generando que sus hijas/os sean llevados a hogares o que vayan rotando entre distintos familiares. Los hombres de la familia no suelen percibir esto como parte de sus tareas y tampoco realizan las diligencias para mantener el contacto con sus madres (visitarlas en el penal, comunicarse por otros medios, etc.). De esta forma, las/os niñas/os quedan desprovistos de toda contención, separándose de sus hermanas/os y rompiendo sus vínculos sociales.

Por otro lado, si se observa el alto porcentaje de mujeres encerradas preventivamente, notase que la utilización de esta medida se encuentra sobredimensionada en la población femenina. En sumatoria, si se advierte que la mayoría se encuentra detenida por delitos no violentos, causas vinculadas a la tenencia o tráfico de estupefacientes, bien podría recurrirse a otros recursos y evitar así una serie de vulneraciones.

En esta línea, es habitual encontrar mujeres detenidas que refieren desconocer el paradero de sus hijas/os o que expresan la dificultad para mantener contacto habitual con ellas/os. El impacto en la subjetividad que genera la pérdida de referentes en instancias tan tempranas no es tenido en cuenta por los sistemas de justicia. Además, ni los servicios penitenciarios, ni las autoridades estatales contemplan dispositivos para acompañar este proceso.

A fin de evitar la ruptura del vínculo materno-filial, el artículo 195 de la Ley de Ejecución N° 24.660 habilita la posibilidad que las/os niñas/os permanezcan junto a sus madres hasta los 4 años de edad. Si bien la normativa indica que estos espacios deben contar con cuidados especiales, en la práctica es posible constatar que esto no ocurre. La infraestructura no difiere demasiado del resto de los establecimientos penitenciarios (exposición a plagas, espacios reducidos, lógicas penitenciarias, etc.).

A su vez, estas mujeres constantemente se ven evaluadas en su capacidad de maternidad. Esto se traduce en amenazas por parte del personal uniformado advirtiéndoles que van a quitarles a sus hijos (CELS, MPD y PPN, 2011), revisiones nocturnas que implican constatar el estado de salud de los niños sobrepasando la autoridad de la propia madre, barreras en el contacto con las maestras del jardín, entre otros.

Posteriormente la ley 26.472, modificatoria del Código Penal de la Nación como de la ley 24.660, incorporó la posibilidad de acceder al arresto domiciliario para el caso de las mujeres madres con hijos de menores de 5 años de edad²²⁴. Esta última reforma supone una mejora, en tanto reconoce el efecto desfavorable del encierro en etapas tan tempranas y configura una salida más lógica al disponer el egreso de la madre en lugar del ingreso del niño a la unidad.

De igual manera las Reglas de la ONU para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes” (Reglas de Bangkok), establecen en la Regla 64 que “Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños”.

224 Art. 32 de Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad N° 24.660 - Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.472 B.O. 20/01/2009. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>

3. ¿UN BENEFICIO O UN DERECHO?

El arresto domiciliario no constituye un beneficio a favor de la madre, si no un derecho del niño a crecer en un ambiente sano que permita el buen desarrollo de sus habilidades cognitivas, comportamentales y emocionales. La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante "CDN") en su preámbulo reconoce que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión" y a lo largo de toda la normativa enuncia una serie de garantías destinada a proteger esta fase (Art. 5 y ss).

De modo similar, en su artículo 9 expresa que "los Estados Partes velarán por que 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."

También, la Ley N° 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes define en su artículo 3 el interés superior del niño y detalla una serie de condiciones que deben respetarse. Dentro de ellas se encuentre el resguardo a su centro de vida, el pleno desarrollo de sus derechos en su medio familiar, social y cultural. Asimismo advierte que frente a conflicto de intereses los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecerán por encima de otros intereses igualmente legítimos.

Por otro lado, en su artículo 9 insta a garantizar la integridad física, sexual, psíquica y moral. Mientras que en sus artículos 10 y 11 manifiesta la importancia de sostener el vínculo familiar, principalmente con sus padres.

De este articulado se desprende la importancia de asegurar el bienestar del niño, como así también, la vinculación materno/paterno-filial. Recientemente, la Comisión Provincial de la Memoria (CPM) presentó un habeas corpus en razón de la reciente intervención del Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia, a partir del cual no permite el ingreso de niñas/os a las unidades penitenciarias. Es cierto que las instituciones encargadas de proteger la niñez deben velar por los derechos de los/las niños/as, pero esto incluye también garantizar la relación con su familia de origen.

Por otro lado, a pesar de la incorporación de la figura de la prisión domiciliaria, existe gran cantidad de madres que oportunamente habrían accedido al arresto domiciliario y que se ven forzadas a regresar al centro penitenciario. Esto se debe, como se decía anteriormente, que muchas madres son jefas de hogar y no cuentan con una red que facilite sus labores. La normativa omite que estas mujeres suelen ser el sostén económico de sus familias y deja a mera discrecionalidad del juez el otorgamiento de permisos. Por ejemplo: la posibilidad de trabajar o concesiones vinculadas a los "malabares" que supone el ejercicio de las tareas de cuidado (llevar a sus hijos al jardín, hospital, etc.).

La falta de contención estatal y decisiones judiciales que no contemplan las particularidades de esta población deriva en su vuelta a la unidad donde pueden, al menos, obtener un trabajo mal pago.

Finalmente, podemos apelar al principio de intrascendencia de la pena que garantiza que el castigo es personal e intransferible. La introducción del arresto domiciliario persigue este objetivo sin afectar la potestad punitiva del Estado, sólo que la ejecución de la pena se lleva adelante en un lugar diferente. No es menor la aclaración, ya que es común que aparezcan ciertas críticas y prejuicios en torno a la aplicación de este instituto.

En la legislación aún se encuentra pendiente la posibilidad de que los padres puedan acceder a ella. En la praxis podría sospecharse que se concibe la figura de la prisión domiciliaria como una forma de evadir la pena privativa de la libertad por parte de las/os progenitores, en lugar de comprenderla como una forma de proteger la infancia y evitar el menoscabo de sus derechos.

4. LA RUPTURA

Una de las instancias más traumáticas que atraviesan las/os niñas/os y las madres que se encuentran en la unidad o transitando el arresto domiciliario, es el momento de la separación. Aquellas/os

niñas/os que habían permanecido casi exclusivamente con sus madres, al alcanzar la edad estipulada por ley, deben retornar a su hogar o quedar al cuidado de otro referente. Cuando no existen personas dispuestas a asumir dicha responsabilidad se generan situaciones especialmente preocupantes. Las/os niñas/os son derivados a hogares, comienzan un largo recorrido a través de distintas instituciones y en algunos casos, son puestos en adopción a pesar de la oposición de su madre (Monclús, M., s.f.)

En relación a este punto, las “Reglas de Bangkok” destinan un apartado sobre “Reclusas embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel” (reglas 48 a 52). La regla 52 indica:

“1. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente. 2. Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares. 3. En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público”.

La brecha entre la ley y la práctica es inmensa. Lo cierto es que el momento de la separación no suele desarrollarse adecuadamente, afectando negativamente tanto en la/el niña/o como en su madre. A su vez la escasez de programas destinados a garantizar la preservación del vínculo materno-filial luego de la externación, complejizan el suceso traumático.

5. HECHOS PRAGMÁTICOS

En el año 2015 el Juez de ejecución penal de San Isidro, Alejandro David, ordenó el arresto domiciliario de mujeres madres y embarazadas de la Unidad 33 de Los Hornos, dependiente el Servicio Penitenciario bonaerense. Allí se alojaban 54 niños y niñas entre 0 y 4 años de edad. En el marco de una visita institucional constató varias situaciones violatorias de los derechos y señaló:

“Al respecto cabe señalar que conforme lo normado por el art.11 de la ley 12.256 `Ninguna persona podrá ser internada en un establecimiento sin la correspondiente orden escrita de autoridad competente`. Va de suyo, además, que ninguna imputación puede dirigirse contra niños de entre 0 y 4 años de edad, y por consiguiente no puede haber orden válida que autorice su encarcelamiento, razón por la cual resulta evidente que se trata de personas inocentes que permanecen alojadas en el ámbito penitenciario, sin mediar intervención jurisdiccional alguna, por delitos a los que resultan ajenos, en algunos caso imputados y en otros cometidos por sus madres, afectando con ello el principio de personalidad o de intrascendencia de las pena (propio de un estado de derecho), lo que convierte en ilegítima esa privación de la libertad. A mayor abundamiento se encuentra además gravemente afectado el principio de legalidad, el estado jurídico de inocencia, el derecho a la libertad, y el derecho a la vida como derivación del derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la familia y mantener y afianzar los vínculos familiares (no sólo con su madre), el derecho a la dignidad, derecho de acceso a la justicia y fundamentalmente el derecho a no ser utilizados para mitigar la alarma social (...) Resulta indiscutida la necesidad de que el niño permanezca junto a su madre durante los primeros años de vida, fundamentalmente en la etapa preescolar, es decir aquellos años en que acabará por formar su personalidad. Sin embargo ello no implica que para salvaguardar este derecho, y alegando el interés superior del niño se vulneren otros, cuya afectación trae consecuencias aún más graves, tal como detallara anteriormente.”²²⁵

Durante ese año la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, había solicitado priorizar el monitoreo electrónico para esta población. Sin embargo, tal como se detalla anteriormente al momento de la visita había casi 60 niñas/os alojados en la Unidad. El Juez David, al detectar las condiciones de vida indignas a las que estaban expuestas/os tomó la decisión de adoptar la medida, aunque

225 <http://ajbsanisidro.org/wp-content/uploads/2015/12/Fallo-Alejandro-David.pdf>

muchas de las mujeres allí alojadas dependieran de otros magistrados. Más allá que las leyes nacionales y provinciales lo habiliten, aún es una figura controversial en tanto aplicación. Decisiones de este tipo, también impactan negativamente en la/el magistrada/o que, a pesar de cumplir con lo dispuesto en la normativa, en la práctica genera dudas (ver apartado 3).

6. A MODO DE CIERRE

En resumen, con la orden de un juez penal y sin intervención de un juez de familia, se decide el destino de cientos/os de niñas/os en el país. Los efectos nocivos del encierro y las consecuencias que genera la pérdida de los vínculos primarios a edades tan tempranas son irreversibles. Esta etapa del desarrollo evolutivo requiere particular atención. Desde el ingreso del/la niño/a al penal, si así se dispusiese, su estadía y egreso, deben ser realizado con extremos cuidados.

La prisión domiciliaria se crea en función de mantener el vínculo materno-filial, el derecho del niño a crecer en un ambiente sano y evitar la trascendencia del castigo. Si bien existen algunos antecedentes, queda pendiente la incorporación de la figura paterna al artículo 32 de la ley de ejecución penal y la expresa protección de los derechos de la familia durante la prisión domiciliaria.

El arresto domiciliario nunca constituye un beneficio para la madre, sino un derecho en favor de la niñez y su complejidad tampoco puede utilizarse de excusa para evitar tomar las medidas necesarias para que así sea.

El Derecho a veces peca de indolente al no prever las consecuencias de sus decisiones judiciales. Las diferentes profesiones deben unir esfuerzos y tratar este problema en conjunto. Incorporar un análisis interdisciplinario nos permitiría trascender las barreras de la ley y alcanzar un entendimiento más profundo, obteniendo respuestas más eficientes y acordes a la complejidad de los fenómenos a los que hay que enfrentarse diariamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación (2001). *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires. Ed. Siglo Veintiuno. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf>
- Church World Service América Latina y el Caribe (CWS) y Gurises Unidos (2014). *¿Invisibles hasta cuándo? Una aproximación a la vida y derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe*. Disponible en: http://www.cwslac.org/docs/Invisibles_hasta_cuando.pdf
- Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. *Informe de situación. Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro*. Disponible en: https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf
- MONCLÚS, M. , "Mujeres con hijos en prisión. Comentario a los artículos 195 y 196". Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/comentadas/comentadas46511.pdf>
- Procuración Penitenciaria de la Nación. (2018). *Informe anual*. Disponible en: <https://ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2018.pdf>
- PINHEIRO, P. (2006). *Informe mundial sobre la violencia contra los niños*. Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas.
- UNICEF. (2014). *Eliminar la Violencia Contra los Niños y Niñas: Seis Estrategias Para la Acción*. Disponible en: https://www.unicef.org/spanish/publications/files/UNICEF_Ending_Violence_Spanish_WEB_240215.pdf



EDITORIAL LIBRERÍA JURIS de Luis Maesano

Moreno 1580 / S2000DLF Rosario Telefax 0341-4267301/2

República Argentina

editorial@editorialjuris.com www.editorialjuris.com

Diciembre de 2019

ISBN 978-950-817-422-2

ISBN 978-950-817-422-2



Apuntes para pensar infancias / Mirta Hebe Mangione Muro...

[Et al.] ; Dirigido por Mirta Hebe Mangione Muro ; Orlando

Cesoni. - 1A ed. - Rosario : juris, 2019.

Libro digital, pdf

Archivo digital: descarga y online

ISBN 978-950-817-422-2

1. Derechos del niño . 2. Protección a la infancia. 3. Infancia. I. Mangione muro, Mirta Hebe, dir.
II. Cesoni, Orlando, dir.

Cdd 346.0135