

Acordada n° 40/1997 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín: una norma contra la vulneración de derechos de niños por medidas penales adoptadas respecto de sus responsables.

Introducción

Para los niños cuyos padres u otros adultos de quienes dependen atraviesan un proceso penal, uno de los momentos más duros es el de la detención, en que aquellos son arrancados de su lado por la fuerza.

La detención de un adulto, si éste tiene niños a su exclusivo cargo, impacta sobre uno de los derechos fundamentales de esos niños: el de contar con una persona responsable de su suerte.

La norma puesta en práctica por la Cámara Federal de San Martín apunta a garantizar la salvaguarda de derechos de niños que se ven vulnerados por medidas penales -legítimas- adoptadas por los magistrados respecto de los adultos de quienes dependen, al momento de la detención y en las instancias inmediatas posteriores.

Si bien su alcance es limitado en relación al impacto afectivo, social y económico, que sufren los niños en estas circunstancias, su aplicación les evita que sean objeto de algunos “daños colaterales” producidos por procesos penales respecto de los que son totalmente ajenos.

1.- La situación de hecho

Cuando se allana un domicilio y se detiene a personas adultas con niños a exclusivo cargo, éstos habitualmente quedan con otros familiares residentes en el hogar o en las inmediaciones que no han sido detenidos. Si no los hay, suelen ser entregados por la fuerza prevencional a algún vecino.

Si bien la experiencia dicta que no se da por concluido el procedimiento hasta que se deja a los niños al cuidado de otra persona y que las entregas suelen contar con el consentimiento de los responsables detenidos, debe tenerse en cuenta que éstos se hallan bajo la presión del allanamiento y de su propia detención, y limitados en su posibilidad de decidir y demandar la entrega de los niños a quienes quienes quizá consideren más adecuados para esa responsabilidad. Los familiares o vecinos, por su parte, carecen de un mínimo margen real para negarse al pedido de la fuerza prevencional de hacerse cargo de los niños, particularmente si el procedimiento es nocturno. La decisión acerca de quiénes se harán cargo de los niños -si es que existió tal decisión- muchas veces termina resolviéndose más por cercanía que por posibilidad o voluntad de las personas involucradas, y aparece viciada desde el inicio por la situación de violencia vivida.

De allí en más, si lxs niñxs son entregados por quien los recibió a otra persona, será un asunto "privado", librado a la posibilidad y decisión de quienes se han hecho cargo de ellxs, carente por completo de un marco que les garantice la protección de sus derechos; un asunto sobre el que lxs responsables detenídxs sólo podrán opinar si esas personas se toman la molestia de consultarlx y en el que lxs niñxs no tienen voz.

Todo ello, si lxs niñxs se hallaban presentes al momento del allanamiento.

Si se hallaban circunstancialmente ausentes del hogar, al regresar a éste se arreglarán cómo puedan. Si son grandecitxs, posiblemente queden solxs, si hay algún adolescente entre ellxs, es posible que termine ocupándose del resto de lxs niñxs. Si son pequeñxs, algún miembrx del entorno sociofamiliar, alertadx por algún vecinx, aparecerá antes o después para hacerse cargo. Si esto no sucede, un vecinx lxs tendrá cómo y cuanto pueda, y si no puede, lxs entregará a otra persona.

Lo mismo sucederá si lxs responsables son detenídxs fuera del hogar.

Es cierto que en general alguien termina haciéndose cargo de lxs niñxs (como suele escucharse en estos casos, alguien lxs "agarrará"). Y es cierto también que muchxs jueces comprometídx con los derechos de lxs niñxs, cuando en un procedimiento surge su presencia, convocan de inmediato el auxilio de algún organismo proteccional. También lo es que hay fuerzas de prevención que tienen normada la obligación de consultar a lxs magistradxs en tales circunstancias.

Pero los derechos de lxs niñxs no pueden quedar librados al azar ni a la buena voluntad. Menos aún cuando es la acción -legítima- del Estado la que lxs coloca en una situación de especial vulnerabilidad.

2.- Contenido de la Acordada CFASM n° 40/97.

En 1997 la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín impuso como norma obligatoria para lxs jueces de su dependencia y las fuerzas preventivas que actúen en su auxilio el deber, al ordenar la detención de una persona, de **tomar conocimiento** de si ésta tiene niñxs a su exclusivo cargo, con constancia de ello en el acta del procedimiento.

Si hay niñxs en esa situación, lxs jueces están obligados a las medidas de urgencia para su salvaguarda inmediata, entre ellas específicamente su entrega al cuidado de una persona adulta, la que es refrendada tanto por la persona detenida como por quien asume la responsabilidad del cuidado de lxs niñxs. Posteriormente ambxs la ratifican en sede judicial, lo que permite, por una parte, que tengan tiempo de revisar la decisión tomada bajo presión, y por otra, que lxs niñxs, si están en condiciones de expresar opinión, puedan ser escuchadxs.

La norma obliga también a lxs jueces a imponer, a quien se hace responsable, de sus

deberes para con lxs niñxs y a brindarle la orientación y asistencia necesarias hasta que se produzca la derivación al órgano de protección de niñez competente, para lo que cuenta con el equipo de psicólogxs y trabajadores sociales de la cámara.

Al momento del dictado de la norma (1997) se decidió que los órganos competentes a los que se realizaría la derivación eran los juzgados de familia, no los juzgados de menores entonces existentes. Ello, porque la derivación tiene por único fin que lxs niñxs y lxs nuevos responsables provisorios conozcan a qué instancia recurrir en busca de ayuda si la necesitan y que dicho organismo cuente con los antecedentes de la cuestión (los juzgados de familia, en casos de este tipo, actúan a pedido de parte, en tanto los juzgados de menores colocaban a lxs niñxs bajo su disposición y vigilancia en base a su presunta situación de riesgo).

Actualmente, debido a los cambios legislativos en materia protectoria de la niñez, la derivación se efectúa a igual fin a los servicios de protección de derechos de orden administrativo existentes en el ámbito territorial de jurisdicción de esa cámara federal.

Todas las obligaciones se extienden a los casos de incapaces a exclusivo cargo de personas detenidas.

En síntesis:

Al momento de la detención: pregunta a la persona detenida acerca de si tiene a su exclusivo cargo niñxs → en caso afirmativo, consulta a quién entregarlxs → entrega de lxs niñxs a quien aquella indique → firma por parte de la persona detenida y de la persona que se hace responsable → notificación a ésta del deber de presentación en el juzgado → constancia de todo en acta del procedimiento.

En sede judicial: presentación del la persona que se hace responsable + si es posible, escucha de la opinión de los niños — ratificación de la voluntad expresada por parte de la persona detenida y de laque se hace responsable → derivación al órgano competente en protección de derechos de lxs niñxs.

3.- Su fundamento jurídico

La Acordada CFASM n° 40/97 busca cubrir el desamparo jurídico en que al momento de la detención quedan lxs niñxs a exclusivo cargo de personas detenidas, aún cuando algún tercerx les provea protección.

Hablamos de desamparo jurídico ya que sus responsables, a quienes la detención no lxs limita legalmente en el ejercicio de su responsabilidad parental, se ven imposibilitadxs de hecho para ejercer su deber de cuidado. Y si hubiera tercerxs que de hecho les brindan dicho cuidado, no se hallan obligadxs a ello ni sujetxs a la responsabilidad que ello implica.

El derecho de lxs niñxs al cuidado por parte de un adultx que se haga responsable por

ellxs queda así librado, en el mejor de los casos, a la buena voluntad de lxs adultxs cercanxs.

No es posible desconocer que hay muchas otras circunstancias que pueden generarle a un niñx la pérdida de la persona bajo cuya responsabilidad se halla; por ejemplo, la muerte o enfermedad de ésta o el abandono de su parte.

El caso que nos ocupa, sin embargo, adquiere ribetes diferenciales, ya que esa pérdida se origina en medidas adoptadas por magistradxs en el ejercicio de sus legítimas funciones respecto de adultxs, en virtud de las cuales lxs niñxs son forzadamente separadxs de aquellxs de quienes dependen, sin que el responsable de tal separación forzada –el Estado, a través del Poder Judicial- adopte los recaudos indispensables para garantizar que otra persona adulta ocupará ese lugar.

Nuestro país se ha comprometido interna e internacionalmente a la protección de los derechos de todxs sus habitantes, y en particular, de lxs niñxs. En estos casos tal precepto no sólo no se cumple, sino que la vulneración al derecho de lxs niñxs de contar con una persona adulta responsable de su cuidado es consecuencia de un acto por parte del Estado. Le cabe al Estado, cuanto menos, el deber de prevenir daños mayores y de reparar el ya hecho.

4.- Necesidad del dictado de una norma específica:

De los mandatos constitucionales y de las normas infraconstitucionales relativas a los derechos de lxs niñxs y a los deberes de funcionarixs públicxs es posible extraer, por vía de interpretación, la obligación de lxs jueces del fuero penal de adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de lxs niñxs que hubiesen quedado carentes de un adultx responsable a raíz de una medida por ellxs ordenada.

Sin embargo, en los hechos, **estxs niñxs y lo que con ellos suceda no es tenido en cuenta al momento de la detención de lxs adultxs.**

El punto es que **lxs jueces penales con competencia respecto de adultxs no están obligadxs a adoptar esas medidas, en tanto tampoco están obligadxs a enterarse de la posible existencia de niñxs en esa situación.**

Lo que la norma aporta es la obligación para lxs jueces penales que entienden en causas seguidas a adultxs de conocer si hay niñxs que, en razón de sus decisiones, quedan sin responsable de su cuidado (algo tan simple, pero a la vez tan ajeno al procedimiento penal seguido a mayores). Y, de ser ello así, de poner en marcha mecanismos pre-judiciales básicos, a cuya activación se hallan obligadxs por el sólo hecho de tener noticia de la situación.

Hace visibles a estxs niñxs porque obliga al juez penal a ver.

Las decisiones tomadas por lxs jueces penales en el ejercicio de sus funciones tienen,

sobre las personas, secuelas que exceden lo meramente judicial. Cuando esas secuelas recaen sobre niños (niños, además, totalmente ajenos a los procesos penales) nadie tiene derecho a desentenderse.

La Acordada no “inventa” nada: los jueces sólo ponen en marcha mecanismos de protección existentes pero a cuya activación no se hallaban obligados, porque tampoco estaban **obligados a enterarse** de que había niños que quedaban sin un adulto responsable merced a sus decisiones.

La Acordada, además, coadyuva a una modificación favorable de las prácticas del conjunto del sistema. En instituciones con procedimientos muy reglamentados, con jerarquías más bien rígidas, con escaso margen de decisión en los sectores operativos, tales como las fuerzas de seguridad y el Poder Judicial, los operadores tienden, ante lo que no está explícitamente normado, a no innovar, a limitarse a las pautas establecidas y a seguir los procedimientos instituidos por la costumbre. En el caso de la jurisdicción federal de San Martín la existencia de la Acordada ha fortalecido en los operadores obligados a su aplicación la conciencia de que la salvaguarda de los derechos de los niños debe ser prioritaria, aún en las decisiones que no se dirigen directamente a ellos.

5.- Alcance de la intervención judicial

Los niños no quedan sujetos en modo alguno al juez penal ni la intervención de éste los judicializa. En el esquema normativo que nos rige, no son los jueces penales ni otros jueces los responsables de proteger a los niños en ausencia de sus responsables, sino otros adultos de la confianza de éstos, por ellos designados.

La competencia del juez penal alcanza exclusivamente al aseguramiento, en la emergencia de la detención, de un responsable de los niños, tras haberles sustraído a éstos el responsable a cuyo cuidado estaban hasta ese momento. Sólo garantiza que se cumpla la entrega efectuada por los responsables detenidos, quienes conservan las facultades de la responsabilidad parental, pero se hallan imposibilitados para cumplirla por sí mismos.

Es por ello que la norma activa sus mecanismos protectivos sólo en caso de detención de una persona sola o de una pareja parental a cuyo exclusivo cargo hubiera niños; y no en los casos en los que es detenido sólo uno de los dos miembros de una pareja parental, ya que en tales casos los niños continúan contando con una persona adulta responsable de su cuidado. Si ésta requiere asistencia, apoyo o contención, serán otros los mecanismos a activar

6.- Las buenas prácticas surgidas de la experiencia de la jurisdicción federal de San Martín:

a.- respecto de la fuerza prevencional:

La experiencia ha mostrado que dos factores que facilitan la debida actuación judicial son:

- 1.- conocer con antelación si habrá niñxs en la vivienda a allanar; ello permite brindar mejores instrucciones al personal policial y judicial y prever la intervención de personal de ámbitos proteccionales, y
- 2.- que las personas a cuyo cargo quedaron lxs niñxs se presenten en el juzgado a primera hora hábil a ratificar o no la aceptación de la entrega efectuada, esto es, cuando se les recibe declaración indagatoria a lxs responsables detenidxs. Ello facilita la escucha, el intercambio y las consultas.

Respecto de ambos factores es capital la correcta actuación del personal prevencional en las tareas de inteligencia y en la debida notificación. Por ello han dado buen resultado las siguientes prácticas:

- Que los jueces reúnan a las autoridades policiales del ámbito territorial de su jurisdicción y notifiquen personalmente de la norma.
- Que requieran al personal que hace las tareas de inteligencia previas al allanamiento que detecten si en la vivienda a allanar residen niñxs.
- Que en la orden de allanamiento se incluyan las directivas básicas acerca de cómo debe procederse (consulta a los detenidos respecto de si tienen niñxs a exclusivo cargo, entrega de los niños, constancia en acta, comunicación permanente con el juzgado).
- Que se les entregue un modelo de acta del procedimiento que pueda ser cargado en sus computadoras y que incluya las cuestiones vinculadas a la norma que no deben obviar.

b.- respecto del personal judicial:

Se elaboraron instructivos, modelos de acta de entrega (en base a los derechos consignados en la Convención sobre los Derechos del Niño) y se trabajó personalmente con jueces y funcionarixs acerca de las situaciones abarcadas y las pautas de actuación.

Se trabajó también con el equipo de psicólogxs y trabajadores sociales de la cámara respecto de sus prácticas y de la articulación con los organismos proteccionales de derivación. En el caso de la jurisdicción federal de San Martín, el equipo psicosocial interviene acompañando a lxs nuevxs referentes y lxs niñxs en la situación de crisis, hasta el dictado de una resolución de mérito respecto de la/las personas detenidas. En caso de que éstas continúen bajo régimen de detención, articulan con los organismos proteccionales correspondientes la derivación.

La experiencia permitió identificar las alternativas más comunes y las situaciones “anómalas” que pueden suscitarse, tanto durante la detención como más tarde, en sede judicial (niños a exclusivo cargo presentes en la finca, niños a exclusivo cargo circunstancialmente ausentes, niños de terceras personas circunstancialmente en la finca, niños a exclusivo cargo de los detenidos sin ser sus hijos, niños de muy corta edad, carencia de personas a las que hacer entrega, oposición de los niños a ésta o clara inconveniencia de ella, necesidad de permanencia de los niños con la persona responsable hasta definir la entrega, no comparecencia de la persona a cuyo cargo quedaron lxs niñxs, cambio de parecer de lxs responsables deteniéndose respecto de la entrega efectuada, negativa de la persona que asumió el cuidado a continuar en la función, etc) al igual que las mejores formas de derivación.

Se reunieron entonces, a modo de protocolo, las buenas prácticas de actuación respecto en esas situaciones recogidas de la experiencia de lxs operadores, para con ellas mejor orientar con ellas a magistradxs y funcionarixs e instruir en el tema a lxs operadores judiciales que ingresan.

8.- el control de lo actuado

La Cámara adoptó otras resoluciones, tendientes a asegurar el mejor cumplimiento de la Acordada n° 40/97.

a.- La notificación al Asesor de Menores de todo lo que se actúa. Ello generó un intenso conocimiento sobre la cuestión por parte del Ministerio Público posibilitando que éste –por vía de lxs defensores- actúe en el control del cumplimiento de la norma respecto de lxs imputadxs a quienes defienden.

b.- la obligación de hacer constar en la minuta de elevación en apelación de las causas, en qué fojas obran las constancias respectivas. Ello posibilita el control de lo actuado por parte de la cámara.

c.- Se ordenó que en todo informe que lxs profesionales del equipo psicosocial labren respecto de una persona detenida, sea cual fuere su objetivo, se haga mención de la situación en la que quedaron tras la detención lxs niñxs a su cargo, lo que posibilita otra vía para asegurar la debida intervención si por algún motivo, ésta no se hubiese realizado oportunamente.

9.- La Acordada CFASM n° 40/97 como buena práctica posible

La ley argentina prevé dos mecanismos de protección específicos para niñxs a cargo de adultxs encarceladxs: el alojamiento intramuros del niñx con la madre hasta los 4 años (ley 24.660, art 195) y el arresto domiciliario de la madre de niñxs hasta 5 años (ley

24.660, art 32, f). Ninguno de ellos procede de forma inmediata a la detención.

Si lxs niñxs de hasta 4 y 5 años cuentan, por vía de esos institutos, con algún grado de amparo, el resto de lxs niñxs cuyxs responsables son detenidxs no reciben por parte del Estado atención diferencial alguna, y sus vidas se hallan libradas a la buena suerte.

Tanto lxs niñxs pequeñxs convivientes con sus madres, como quienes, con cualquier edad, quedaron extramuros en manos de otras personas, tras el impacto de la detención sufren necesidades y riesgos especiales derivados de ésta, lo que lxs hace acreedores de medidas especiales de protección por parte del Estado.

Pero en el caso de quienes estaban a exclusivo cargo de personas detenidas, proveer a esa protección resulta ineludible, a fin de que no queden libradxs a a su suerte. Lxs niñxs, nuestros cachorrxs humanxs, son responsabilidad de todxs, también de lxs jueces penales cuyas decisiones impactan gravemente en sus vidas.

Son incontables lxs niñxs que hallándose en situación de especial vulnerabilidad por la detención de sus responsables han sido protegidos por la Acordada CFASM n° 40/97 desde su dictado hace 23 años.

La eficacia de la norma motivó que ésta fuese reconocida como “buena práctica posible”, en las conclusiones del Día de Debate 2011 del Comité de los Derechos del Niño - Alto Comisionado de Derechos Humanos, Naciones Unidas- relativo a “Niños de Padres Encarcelados”

http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Collateral%20Convicts_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf - pág 11), ante el cual fuera expuesta y debatida.

Ello la hace una norma apta de ser replicada en cualquier jurisdicción.

10.- Conclusión:

La afectación a los derechos de lxs niñxs en nuestra sociedad reconoce raíces complejas y multicausales y la búsqueda de soluciones exige la articulación de normas y políticas públicas de distinto orden. El caso de lxs niñxs a exclusivo cargo de personas detenidas es un claro ejemplo.

Pero esa búsqueda de soluciones también exige que cada institución, cada organismo, cada persona asuma la responsabilidad de gestar alternativas en el área de su competencia. Tratándose de niñxs, ello es un deber que nos impone nuestra Constitución Nacional.

La Acordada CFASM n° 40/97 hace visibles a niñxs que de otro modo transitarían invisibles por los márgenes de los procesos penales sufriendo sus consecuencias, y con ello posibilita la puesta en marcha de otros mecanismos de protección.

Es un paso, quizá pequeño pero significativo, en orden a achicar la brecha entre aquel mandato constitucional y la durísima realidad que les toca vivir a lxs niñxs cuando son

detenidos sus responsables.