



LEY 26.061

DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

De la Vigencia Normativa a la Vigencia Real

AUTORA: Armella, Fernanda Dalmira

LEGAJO: VABG 8285

CARRERA: Abogacía

AÑO: 2017

RESUMEN

Desde la sanción de la Ley 26.061, se produce un quiebre de paradigma en el derecho de menores, dejándose atrás la concepción tutelar, que consideraba a los niños como “menores”, “Incapaces” y objeto y representación por parte del Estado a través del Poder Judicial, de sus progenitores u otros representantes legales, siendo el eje normativo de ese sistema la Ley 10.903 de “Patronato del Estado”, también conocida como “Ley Agote”, donde el Estado asumía un rol paternalista, donde el Juez de Menores era quien decidía sobre la vida y el destino de los “menores judicializados”, ignorándose que los mismos eran titulares de derechos, y cómo tal debían ser considerados. Desde la perspectiva de la nueva norma se establece un marco conceptual tendiente a la creación de un sistema de protección integral de los sujetos comprendidos en la ley. Ahora bien, éste nuevo paradigma debe trascender en una nueva construcción social, en la construcción de nuevos modos de ser y de actuar tanto para los sujetos protegidos, como para los actuantes del derecho. Palabras clave: control de legalidad, derechos de niños, Ley 26.061, medidas extraordinarias.

ABSTRACT

Since the enactment of Law 26.061, there has been a paradigm break in the right of minors, leaving behind the concept of protection, which considered children as "minors", "Incapaces" and object and representation by the State through the Judicial Branch, its parents or other legal representatives, being the normative axis of this system Law 10.903 of "Patronage of the State", also known as "Agote Law", where the State assumed a paternalistic role, where the Juvenile Judge was who decided on the life and destiny of "juvenile justice", ignoring that they were rights holders, and how they should be considered. From the perspective of the new norm establishes a conceptual framework tending to the creation of a system of integral protection of the subjects included in the law. Now, this new paradigm must transcend in a new social construction, in the construction of new ways of being and of acting for both the protected subjects and the actors of the law. Keywords: control of legality, children's rights, Law 26.061, extraordinary measures.

INDICE

INDICE	02
INTRODUCCIÓN	04
CAPITULO 1: CONSIDERACIONES PRELIMINARES	08
1. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES.	09
1.1. La Nueva Concepción de los Derechos Humanos y su injerencia en los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.	09
1.2. La necesidad de un derecho especial protector de la infancia. Protección diferenciada. Necesidad de Especificación.....	10
2. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DE LA INFANCIA. BREVE RESEÑA	12
2.1. El Niño como sujeto de Derecho	13
2.2. El Interés Superior del Niño	13
2.3. Principio de Protección Especial	14
2.4. Principio de No Discriminación	15
2.5. Principio de Autonomía Progresiva	16
2.6. Principio de No Vulneración	16
2.7. Derecho del Niño a ser oído	17
CAPITULO 2: PROTECCIÓN DEL NIÑO EN LAS DIFERENTES LEGISLACIONES	19
1. EL ADVENIMIENTO DE UN NUEVO PARADIGMA. EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE NIÑAS Y NIÑOS.	20
2. LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ. NORMATIVA	22
2.1. El Proteccionismo Tradicional – Paternalismo - La ley Agote	22
2.2. Derecho Convencional	23
2.2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos	23
2.2.2 Declaración de los Derechos del Niño.....	24

2.2.3 Convención sobre los Derechos del Niño	25
2.3 Derecho Interno	27
2.3.1 Constitución Nacional	28
2.3.2 Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes	28
2.4. Derecho de la Provincia de Jujuy	32
2.4.1 Constitución de la Provincia de Jujuy	32
2.4.2. LEY N° 5.288 MENORES. Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia. Derechos y Garantías	33
2.4.3 Protocolo para el Acceso a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos.	34
2.4.4 Decreto 2531/16. “Círculo de Tramitación de Consultas y Denuncias sobre Vulneración de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”	35
CAPITULO 3: EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.	38
1. LA LEY 26.061 Y LOS NUEVOS ROLES DE LAS INSITUACIONES	39
1.1. El rol de Juez en el nuevo sistema	39
2. EL CONTROL DE LEGALIDAD	41
3. ¿INTERACCIÓN O CONFRONTACIÓN DE PODERES?	43
CONCLUSIÓN Y PROPUESTA.	47
BIBLIOGRAFÍA	50

INTRODUCCION

El 04 de Noviembre de 2005, el Congreso Nacional reformó legalmente la condición jurídica de toda la infancia y la adolescencia argentina. No sin un trámite dificultoso, fue sancionada como la ley Nro. 26.061. Mediante ésta norma, se rompía con el antiguo paradigma representado en el Régimen de Patronato en que contenía la Ley N°10.903, recogiendo el nuevo paradigma de la Protección Integral.

La actual normativa retoma los derechos y garantías fundamentales que le son reconocidas a niños y adolescentes, reafirmando los, pero por sobre todo, hace explícito el compromiso del estado, a nivel nacional, provincial, y municipal respecto de su vigencia efectiva. Para ello ha ampliado las previsiones que otrora se encontraban contenidas en los tratados internacionales, estableciendo deberes específicos y criterios propios, determinando al mismo tiempo principios de legislación y de actuación.

Tal y como lo ha manifestado la Dra. Susana Iris Ottogalli de Aicardi, acudimos a una época de grandes cambios, en la que puede observarse un nuevo posicionamiento frente a niños y adolescentes, fortaleciéndose su calidad de sujetos de derecho. El Estado y sus instituciones no han sido ajenos a estos cambios, pues desde los postulados jurídicos, éste asume mayor intervención. (Ottogalli De Aicardi, 2012).

Con la abrogación del Régimen de Patronato (art. 76 ley 26.061), y la plena vigencia del Convención de los Derechos del Niño a partir de la reforma constitucional operada en 1994, además de priorizar los derechos de ésta nueva categoría de sujetos y de ubicar la familia en un lugar preferencial, la Ley 26.061 ahonda en la regulación de lo que ha dado en llamar Sistema de Protección Integral, y señala cuales son los órganos de protección de los derechos en ella contenidos.

La principal novedad apreciable en la normativa es el desplazamiento de la facultad de disponer medidas de protección de los derechos que ella reconoce, pues ha trasladado la potestad de realizar medidas protectorias -hasta ahora solo detentada por la justicia- al órgano administrativo. Para ello las ha dispuesto en tres niveles: políticas públicas (arts. 4 y 5), medidas de protección integral (arts. 33 al 38) y medidas excepcionales (arts. 39 al 41). Todas ellas organizadas conforme la gravedad de la situación de amenaza o vulneración.

“...Modifica así el sistema de protección que era eminentemente judicial, virando hacia la protección integral preponderantemente administrativa y de políticas públicas. Asocia a intervención del Estado casi exclusivamente a la actuación del órgano administrativo, reservando para el Poder Judicial el control de legalidad en ciertas medidas de excepción que aquel disponga en ejercicio de sus funciones” (Ottogalli De Aicardi, S. I., 2012- p. 74).

Ante ésta nueva visión, se plantea entonces una nueva interrogante, pues ya no es el niño quien se encuentra en una situación irregular. Por el contrario, a irregularidad deviene de las omisiones en las políticas, de las prácticas sociales, de todas aquellas acciones que vulneren u obstruyan los derechos reconocidos por el ordenamiento. Y es obligación del estado y de sus organismos, garantizar la vigencia de tales derechos.

En este contexto la provincia de Jujuy adhiere a la ley 26.061, y para ello ha ido adecuando su estructura administrativa y jurisdiccional, operando el cambio de roles dispuesto por la normativa nacional. A partir de aquí se inician nuevos planteos, respecto la real vigencia de la norma en el ámbito provincial. Principalmente respecto al control de legalidad que debe ser ejercido por los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, la sanción de la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes significó el reconocimiento de la calidad de sujeto especial atento a su vulnerabilidad, determinando también la desjudicialización de su protección. Ahora bien, esa desjudicialización hecha en aras de impedir la arbitrariedad padecida ante los organismos judiciales -en muchos de los cuales estaba arraigada la idea del patronato y del menor en situación irregular,- tampoco encuentra solución acabada en el actual sistema – al menos ello en la Provincia de Jujuy-, ya que el Órgano Administrativo encargado de velar por los derechos de los infantes (de acuerdo a la Ley 26.061) también incumple su obligación de permitir los controles de legalidad necesarios en los respectivos casos, lo que también implica una arbitrariedad.

En opinión del Dr. Hugo Zamar, Juez de Menores de la Ciudad de San Pedro de Jujuy ¹, pasamos entonces de un extremo a otro, donde el ahora encargado de proteger los derechos de los niños se erige en decisor absoluto del destino de los infantes – al menos en la realidad experimentada en la Provincia de Jujuy -, sin contralor de las

¹ Entrevista personal realizada por la autora el 13/08/2017 al Dr. Hugo Daniel Zamar, - Juez del Juzgado de Menores N°2 del Centro Judicial San Pedro - Provincia de Jujuy.

determinaciones que asume –. Es así como éste nuevo sistema puede volverse tan despótico y tirano como el anterior, generando fricciones entre los diversos operadores derecho, y los entes administrativos.

Con la puesta en Vigencia de la ley 26.061 ¿Estamos entonces ante un cambio jurídico y político cultura que encuentra su correlación en la realidad? ¿Los organismos establecidos por la norma cumplen acabadamente el rol que se les ha impuesto o sigue siendo la actividad jurisdiccional la principal garante de tales derechos, no obstante la letra de la norma? Aquí cobran relevancia entonces éstas interrogantes, mismas que fueran planteadas al iniciar la presente investigación. Es necesario que durante la lectura de las siguientes páginas, el lector se pueda plantear que la aparente dicotomía entre el órgano administrativo y el judicial, no lo es sino solo en apariencia, pues del trabajo coordinado de ambos, depende que el resguardo de los derechos de los niños planteado en la norma sea real, y no mera ficción. De allí la importancia temática escogida, pues entiendo que para que la protección pretendida por los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional y la ley 26.061 es necesario una labor coordinada por parte de cada uno de los estamentos intervinientes, el cual debe ser coordinado y de comunicación constante entre sí. Desde este punto de vista abordaremos el rol que actualmente tiene cada uno de estos organismos, apreciaremos su actual desempeño, particularmente en el ámbito del Centro Judicial San Pedro, y ofreceremos una innovadora propuesta, que permita zanjar la dicotomía entre el ámbito administrativo y el ámbito judicial.

Ahora bien, la letra de la ley es clara en cuanto a la actividad que los órganos administrativos y judiciales deben desempeñar. No obstante ello, la realidad de muchas provincias -y particularmente la Provincia de Jujuy-, suele ser diferente a la de las principales metrópolis del país. No solo por los escasos de recursos, sino también por una marcada cultura que tiene a judicializar absolutamente todos los conflictos. A ello se suma la disparidad vivenciada dentro de la propia provincia, pues internamente, la capacidad de respuesta ante conflictos de éste tipo no es idéntica en la capital provincial como en el interior.

La respuesta los interrogantes planteados -a la luz de la realidad de la Provincia de Jujuy, y particularmente en el los estados tribunalicios de la Ciudad de San Pedro de Jujuy- permitirá apreciar si el cambio manifestado en la norma ha operado realmente en el ámbito de actuación jurisdiccional – tomando como base el correspondiente al

Juzgado de Menores y los Juzgados de Familia de San Pedro de Jujuy-, o si estamos ante uno de tantos casos donde la letra de la norma virtualmente es letra muerta.

El presente trabajo de investigación, pretende generar una mirada crítica respecto de la realidad que – luego de la sanción de la Ley 26.061- experimenta tanto la niñez, como los organismos encargados de su protección, y el Sistema Judicial que debe ser también contralor de las decisiones del segundo nombrado; y a la vez, proponer una alternativa jurídica al problema reseñado. Asimismo, y excediendo el análisis de éste trabajo, se plantea un segundo prolegómeno. El hecho de que en la provincia de Jujuy, no se cuenta con los organismos o entidades suficientes para garantizar la protección de los niños, y respecto a los ya existentes, estos, en muchas ocasiones, no poseen los elementos necesarios (personal capacitado, espacios físicos, logística, etc.) para afrontar la tarea que les es pertinente.

Así pues, el Trabajo se encuentra articulado en tres ejes principales. En el primero, abordaremos las nociones elementales del derecho de la Niñez y su particular necesidad de tutela especial. A continuación, en un segundo capítulo exploraremos la Regulación Legal que brinda protección a niñez. A continuación, y en un tercer capítulo, nos referiremos a los Organismos Administrativos encargados de la protección de Niñas, niños y Adolescentes. Y en un tercer capítulo, analizaremos la realidad de la Provincia de Jujuy, y en particular, la de la Ciudad de San Pedro.

CAPITULO 1

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.- ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES

1.1. La Nueva Concepción de los Derechos Humanos y su Injerencia en los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Las actuales conceptualizaciones respecto a lo que derechos humanos se refiere, importan una expresión jurídica abarcativa tanto de hombres como mujeres, sin hacer distinción. Desde la segunda mitad del siglo XX en adelante, se posiciona a la persona humana como sujeto de derechos, derechos que le son propios, que le son inherentes, siendo reconocidos por la comunidad internacional.

El advenimiento de esta nueva concepción, rompe el paradigma del estado como único y absoluto protector de los derechos del hombre, y rompe principalmente con la concepción tradicional de considerar al ser humano como objeto de derechos – ahora es sujeto de derechos- y al estado como único garante de la paz social (Lloveras, Nora. 2014).

Ahora bien, toda esta manifestación en el orden jurídico internacional devino en la necesidad de que los países del concierto mundial adecuasen sus respectivas instituciones al cambio de paradigma que iniciaba por entonces. De allí que al decir de la Dra. Lloveras:

“...destella como medular el principio *pro homine*, que contempla un conjunto de pautas y criterios que deben ser observados desde los institucional, lo gubernamental, lo judicial, entre otros, al tiempo de emplear una norma, o resolver un caso, o diseñar o aplicar políticas públicas” (Lloveras, N. 2014. La Perspectiva de Derechos Humanos en las Relaciones de Familia e Infancia. (S.E.F. Ed.) *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La Protección Integral de derechos desde una Perspectiva Constitucional, Legal y Jurisprudencial*. Tomo I (p.30). “s.d”. Argentina.)

A partir de ese momento el amparo y resguardo de los derechos humanos, pasa a ser exigible, por parte de todo individuo, y frente a cualquier sujeto que intente vulnerarlo, sea otro individuo, corporaciones o el propio estado. Su protección se ve traducida en diversos instrumentos internacionales que proclaman expresamente los derechos reconocidos, y la normativa que los resguarda; al tiempo que pasan a ser nueva

fuerza de creación normativa, pues en ellos se ven plasmados los presupuestos mínimos que brindan basamento a las normas internas de los diversos estados.

Es así como la Argentina, mediante la Reforma operada en la Constitución Nacional el año 1994, suscribe los diversos tratados de derechos humanos, reconociéndoles jerarquía constitucional, incluyéndolos en el hoy llamado “Bloque de Constitucionalidad”. De esta manera, nuestro país, a través de los arts. 31, 27 y principalmente el 75 inc. 22, incorpora dichos tratados al ordenamiento jurídico argentino, solo que en rango jerárquico constitucional o supra legal, según el caso.

Así pues, en este sentido lo ha manifestado la Dra. Ma. de Monserrat Bazán Macías, indicando que a partir de la reforma de 1994, a tenor del art. 75 inc.22, todos los tratados internacionales ratificados por Argentina, son de inmediata aplicación, para cuya operatividad no es necesaria ley alguna que lo reglamente, tal lo que surge de su comentario al fallo “Ekmekdejian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros” (Bazán Macías, M. De M., 2014). De allí que este avance axiológico permita la operatividad inmediata de los tratados de derechos humanos, ahora incorporados al Bloque Constitucional.

Es entonces a partir del momento señalado, que los tratados relativos a la niñez cobran virtualidad, haciendo asequible a la infancia esa protección tan necesaria para quienes integraban una especial categoría de sujetos, por su específica vulnerabilidad.

1.2. La necesidad de un derecho especial protector de la infancia. Protección diferenciada. Necesidad de Especificación.

“El hombre, y sus derechos, preceden a las normas” (González Del Solar, 2015. p.54.). Así el niño, como persona de sujeto de derechos, ingresa en las normas vestido de sus derechos fundamentales. Ahora bien, su persona atravesará diferentes estadios – persona por nacer, menor de edad- hasta finalmente devenir en adulto. Su paso por el mundo del derecho estará signado por su capacidad progresiva, y el resguardo que las normas le brinden, será acorde a ella.

Ahora bien, conforme a lo enunciado, es dable entender que al referirnos al niño, si bien nos encontramos ante una persona –en el sentido jurídico- lo estamos ante una persona “en desarrollo”. Y es precisamente de esta condición que deviene la necesidad de su protección y representación, sin que ello implique que por su propia condición de niño, sus derechos sean menores que el de los adultos. Muy por el contrario, tal

circunstancia lo hace merecedor de un resguardo diferencial, necesario por la mayor indefensión. De esta manera, el Dr. González del Solar, hace un análisis de los pronunciamientos que al respecto ha tenido la Corte Suprema de la Nación Argentina, y concluye que este plus de garantías, no implica ni un privilegio ni un detrimento a la igualdad consagrada por nuestra C.N. Es precisamente esa vulnerabilidad – por ser persona en desarrollo- el atributo que diferencia y caracteriza al estado de minoridad (González Del Solar, 2015. p.55). Así pues, este plus de protección no debe valorarse como una discriminación negativa, sino por el contrario, es un mecanismo superador de las desigualdades que limitan o impiden el ejercicio de sus derechos.

Conforme lo planteado, es posible hablar entonces de un proceso de especificación de los derechos humanos – desde la perspectiva del ejercicio de esos derechos- a favor de ciertos colectivos menos favorecidos, mediante la formulación de instrumentos diferenciados. En este contexto de ideas, la nota característica e identificadora de este colectivo, será la vulnerabilidad.

Es así como niños, ancianos y mujeres, por sus singularidades, integran esta categoría. En este sentido, Gustavo Feldman nos ilustra diciendo: “el carácter de niño implica una categorización real y forma de los individuos que pueden denominarse como tales, y conlleva la ostentación de un “status” jurídico superior al del resto de las personas físicas” (Feldman G., 1998, p.15).

En suma, deviene entonces necesario una protección específica para esta nueva categoría de sujetos, en atención su vulnerabilidad, de manera tal que aquellos derechos amparados por los principales normas de derechos humanos, cuenten con una normativa específica que zanje las desigualdades naturales – en este caso, de la niñez- reafirmando y reforzando los derechos ya reconocidos, y otorgando una protección complementaria cuya impronta es la protección jurídica general. De allí la importancia y la trascendencia de la Declaración de los Derechos del Niño, el posterior dictado de la Convención de los Derechos del niño – en adelante C.D.N.; a nivel nacional, el reconocimiento de los Tratados Internacionales de DD. HH. con carácter constitucional, y principalmente con la sanción de la Ley 26.061 de Protección de Niñas Niños y Adolescentes.

Con ésta última norma –Ley 26.061- se produce el advenimiento en nuestro ordenamiento jurídico del nuevo paradigma en materia de infancia; el de la Protección Integral, el cual se encuentra fundado en la dignidad de la persona, la autonomía progresiva del niño, y el principio ético de la vulnerabilidad. De esta manera, se evita

caer en la concepción reduccionista del modelo de Intervención del Patronato, del niño objeto, que se encuentra en situación irregular, pre concebido como incapaz. La Dra. Silvia Eugenia Fernández, ha entendido que el modelo de la Protección Integral es un modelo basado en el pluralismo, en una ética común, que excluye cualquier ética de máximos (Fernández, S.E., 2014).

2. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DE LA NIÑEZ. BREVE RESEÑA

El vocablo “principio” para los Presocráticos, designaba todo aquello a partir de lo cual derivan las cosas. Son construcciones jurídicas que impregnan la norma, dándoles la estructura fundamenta a partir de la cual se compondrá un determinado sistema jurídico. (Bazán Macías, M. De M., 2014).

Tal y como lo habíamos analizado en el acápite anterior, el derecho convencional ha sido objeto de un proceso de especificación, deviniendo hoy en una serie de documentos vinculantes en lo que al derecho de Niños respecta. El principal de ellos, la Declaración de los derechos del Niño. Este desarrollo ha resultado en una serie de principios y presupuestos mínimos troncales, que deben ser respetados, y a partir de los cuales, las legislaciones locales puede ampliar el espectro protector. A la luz de estos principios rectores debe llevarse a cabo toda creación normativa, toda exégesis jurídica, y todo acto administrativo.

Ahora bien, a continuación se hará una breve reseña de los principios que rigen el derecho de la niñez, pues un exhaustivo análisis de los mismos, excedería el marco de la investigación. No obstante ello, considero necesaria su referencia, puesto que la cuestión a tratar en el presente trabajo – la real operatividad de la ley 26.061- importa una pendiente por parte de los operadores del derecho y por parte de los organismos estatales, de manera tal que la actividad llevada a cabo de manera incompleta, o directamente no llevada a cabo, importa una violación clara a dicha norma, y a los tratados internacionales que le brindan fundamento, por omisión de los siguientes principios.

2.1 El Niño como Sujeto de Derecho:

La normativa nacional y supra nacional, recepta el nuevo paradigma; una nueva concepción se cierne respecto al status de la infancia. El niño – tal y como lo hemos puesto de manifiesto desde el principio del presente trabajo- otrora visto en situación irregular y objeto de protección, ahora deviene en persona, sujeto de derecho, digno de una protección especial, derivada de su particular condición de persona vulnerable.

Olga Orlandi, al tratar los principios derivados de la filiación biológica, afirma, que este nuevo paradigma trae aparejada directivas que no pueden ser dejadas de lado al momento de legislar, reglamentar, interpretar o aplicar la norma. Indica que esta nueva corriente de pensamiento concibe al niño como sujeto de derechos fundamentales, reconociéndole derechos específicos, los cuales encuentran su justificación en su particular condición de persona en desarrollo. Para Orlandi, hemos dejado atrás la concepción paternalista de la doctrina de la “situación irregular”, de menor incapaz, que solo podía ser representado por sus progenitores, sus representantes legales o el estado (Orlandi, O., 2010).

2.2 El Interés Superior del Niño:

Es el principio rector por excelencia. La primer mención a este principio se encuentra contenida en el art. 3 de la CDN, que reza: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño”². Silvina Fernández refiere que este principio opera como rector e integrador de las diversas normas legales, siendo la principal pauta de resolución ante un conflicto de intereses. Asimismo, es el principal criterio tomado en cuenta en las intervenciones institucionales. (Fernández, S.E., 2014)

El Dr. Tavip (2010), desde su basta comprensión del tema como juez de familia en la Provincia de Córdoba, indica que tal concepto, solo pudo adquirir el rango que hoy ostenta en atención a dos hechos que han sido fundamentales en el desarrollo de los derechos, a saber: En primer lugar, el contexto ideológico receptor de los derechos

² Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

humanos, cuyo objeto de protección es el hombre, y en segundo lugar la concepción de “protección Integral” en contraposición a la teoría del menor en situación irregular. (Tavip, G.E., 2010)

En este sentido el interés superior del niño es una pauta de actuación, un parámetro de actuar, que es vinculante e imperativo para todos los órganos estatales que deben intervenir en la protección de la infancia. De allí que por propia disposición de la CDN, resulte extensiva dicha norma a las organizaciones privadas de bienestar social.

Este concepto, estaría encuadrado en lo que se ha dado en llamar “definiciones marco”, pues su alcance no resulta sencillo de establecer, atento a la constante evolución de las pautas culturales y sociales presentes entre los distintos estados (Grosman, C.P. 1998).

Este interés superior, se verá plasmado en diversas disposiciones de la CDN. (art. 3 inc. 1; 9 incs. 1 y 3; 18 inc. 1; 20 inc. 1; 21, 37 y cc. de la CDN). Nora Lloveras nos recalca el carácter global y rector de esta pauta de actuación e interpretación, indica entonces que la primacía del interés de niñas, niños y adolescentes, debe sobreponerse al interés de todos, se convierte en una prioridad al momento de decidir sobre los sujetos de derecho. Este interés no solo es primero, sino que además debe ser “el mejor interés” que le corresponda al niño, por eso está “primero” que otros intereses, y se autodefine como “superior”, porque es el mejor interés para el cuidado desarrollo de la vida del niño (Lloveras, N. 2009).

Ahora bien, es en la ley N° 26.061 que se formula el concepto de interés superior. La norma, en su art. 3°, lo definirá como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la norma. Reconoce a los niños su calidad de sujetos de derecho, su derecho a ser oídos, el respeto a su desarrollo personal dentro de su ámbito familiar, social y cultural; a que su edad, grado de madurez y su capacidad sean tenidos en cuenta, tomando también en consideración su centro de vida. Todo este conjunto de derechos, y el la garantía de se harán efectivos, es lo que la ley entine de como interés superior del niño. En el capítulo siguiente, retomaremos el análisis de la Ley 26.061.

2.3. Principio de Protección Especial

La CDN, ha determinado en su art. 19 el derecho de todo niño a medidas de protección, acorde a lo que su condición requiera, y que estas medidas pueden provenir tanto de su familia, como de la sociedad y del Estado.

Este principio debe traducirse entonces en medidas específicas de protección especial, en medidas positivas que aseguren la integridad de los infantes. La CDN, en su art. 4 dispone: “*Los estados parte, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.*”³

En nuestro país el art. 75 inc. 22 de la CN pone en cabeza del estado la implementación de acciones positivas que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, los tratados internacionales.

Para culminar, le ley 26.061 consagra el denominado principio de efectividad al decir: “Los organismos del estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías”.

Es a este particular al que nos terminaremos avocando en los capítulos posteriores, pues es este el aspecto en el que esta autora, considera, se han realizado pocos serios esfuerzos para que la letra de la norma tenga real vigencia y operatividad en la realidad cotidiana. Pero tal y como se adelantara, esta es solo una breve reseña, puesto que el tema serpa tratado con mayor amplitud en los capítulos subsiguientes.

2.4. Principio de No Discriminación:

En los párrafos anteriores afirmamos la pertenencia de los niños a un grupo de garantías a personas caracterizadas por su vulnerabilidad, cuyos derechos requerían de un plus de garantías a efectos de colocarlos en pie de igualdad respecto al resto de la sociedad.

De esta manera, el principio de la No Discriminación plantea la no discriminación negativa del infante. Esto a *prima facie* parecería contradictorio, puesto que por un lado se procura un reconocimiento y protección diferenciados, pero por el otro se procura

³ Art. 4 de la Convención de los Derechos del Niño.

que el niño no sea discriminado por su condición de tal. Muy por el contrario, este principio, el cual resulta de la lectura del art. 2 CDN, se procura la efectivización de los derechos de los niños, sin distinción de color, sexo, idioma, religión, opinión política, etnia, origen social o posicionamiento económico. Refiere a la igualdad en el trato al niño, sin importar su condición, salvo la particularidad “de ser niño”.

2..5. Principio de Autonomía Progresiva

Tal y como lo hemos ya manifestado, una de las características particulares del niño como sujeto de derecho, es particularmente el de ser persona en desarrollo. De allí también deviene su particular vulnerabilidad. Ahora bien, la CDN ha reconocido a los infantes autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos (art. 5). El ejercicio de dicha autonomía será conforme el grado de madurez y desarrollo de cada niño en particular. Ello así planteado, no importa una incapacidad, sino todo lo contrario.

Esta capacidad de decisión autónoma en materia de derechos, es la posibilidad de tomar decisiones, la cual variará en cada caso en concreto.

La norma contempla diversas etapas de madurez psicofísica, con su correlativa graduación en el ejercicio de sus derechos. Asimismo dicho principio se plasma en la letra de la Ley 26.061 en el ámbito interno (art. 3), cuando esta reza: “... su condición de sujeto de derecho... grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.”⁴

2.6. Principio de Vulnerabilidad

El principio de vulnerabilidad, se manifiesta como complemento del principio de protección especial y del de capacidad progresiva. Se encuentran íntimamente vinculados. Pues la ley exige la intervención del Estado con carácter reforzado en atención a la vulnerabilidad del sujeto destinatario de tal protección. Ahora bien no debemos dejar de tener presente que dicha intervención no debe llevarse a cabo desde la postura paternalista del estado que caracterizaba al paradigma del menor en situación irregular.

⁴ Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

Hablamos entonces de una intervención que conlleve la aplicación de medidas protectoras que garanticen el derecho de los niños, pero éste, tenido como un ser sujeto de derecho completo, cuya capacidad progresiva se irá desplegando a lo largo de su ciclo vital. Desde éste punto de vista, el concepto de vulnerabilidad surge como un axioma sumamente valioso, permitiendo justificar éticamente la intervención estatal y jurídica, en aras de una protección integral. Es así como Silvia E. Fernández (2014) propicia la idea de que autonomía y protección no son nociones necesariamente antagónicas, sino que pueden llegar a ser complementarias, siempre y cuando cedan recíprocamente, compatibilizando los derechos en juego (Fernández, S.E., 2014).

2.7. Derecho del Niño a ser oído.

Para algunos autores, como Silvia Fernández (2014), éste derecho se encuentra incluido dentro de los principios o estándares específicos del derecho de Niños, indicando que la construcción de dicho derecho, no puede omitirse la participación de los principales involucrados, el propio niño.

De origen convencional, este derecho ha sido plasmado en el art. 12 de la CDN, el cual dispone que son los Estados Partes los que son garantes de la formación del niño, de que su opinión sea expresada de manera libre, y de que esta sea escuchada, teniendo como parámetros la edad y la madurez del niño.

En este sentido podemos afirmar que tal garantía es consecuencia directa de su carácter de sujeto del derecho. Así pues, su opinión – en la medida de su madurez- debe ser tomada en cuenta en cada actividad – administrativa, jurisdiccional, etc.- que lo involucre. El Comité de los Derechos del Niño, puso de manifiesto en una de sus Observaciones Generales que:

“...no debe verse como una limitación, sino como una obligación para los estados partes, evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida de lo posible. Eso significa que los estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por sentado que el niño tiene capacidad

para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas;
no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”⁵

Dentro de la misma observación, se advierte incluso que los estados no deben imponer ningún límite de edad al derecho del niño a ser oído. De todos los principios expuestos, particularmente uno –el de protección - será motivo de este trabajo, aunque todos lo integren en su totalidad, pues uno da sentido al otro.

⁵. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009 - *Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño* (2014) p.206 .UNICEF. México. [Versión electrónica]

CAPITULO 2
PROTECCIÓN DEL NIÑO
EN LAS DIFERENTES LEGISLACIONES

1. EL ADVENIMIENTO DE UN NUEVO PARADIGMA. EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE NIÑAS Y NIÑOS

Ignacio Campoy Cervera nos permite una primera referencia al modelo de Reconocimiento y Protección de los Niños. Declara que el objetivo principal de estas concepciones es la protección de los niños de todas las amenazas, provenientes de la realidad, de las estructuras sociales, y de las propias personas (Campoy Cervera, I., 2014).

En primer lugar, es necesario indicar que para el Proteccionismo, el reconocimiento de los derechos de los niños, es condición previa para alcanzar la debida protección. Dentro de esta rama de pensamiento, hablaremos entonces de un “Proteccionismo Tradicional” y de un “Proteccionismo Renovado”. El primero de ellos, tomará en cuenta solo al derecho para la protección de los infantes, mientras que la segunda postura, propugnará la necesidad de un “sistema” de reconocimiento y protección efectiva de sus derechos.

Históricamente, el niño ha gozado de cierta protección durante toda la historia, pero no es sino hasta 1989, con la Declaración de los Derechos del Niño – en la Asamblea General de Las Naciones Unidas-, que comenzará a concebirse la idea del Proteccionismo Renovado. Hasta entonces, las ideas de la época – Proteccionismo Tradicional-, entendían que si bien los niños eran titulares de derechos, éstos debían mantenerse al margen de su ejercicio. Esta concepción, es propia del paternalismo, pues su concepción del niño, es la de un niño indefensa persona imperfecta e incapaz, incompleta durante su tiempo de formación, y solo al alcanzar su madurez, será independiente. Éste fue el concepto legitimador para la actuación del estado que si bien, llevaba acciones a favor de los niños, negaba a éstos toda participación en la determinación de cuál sería su mejor interés.

Por ese entonces, los primeros legitimados para el control y la dirección en la vida de los infantes eran los padres. Hablamos de los conceptos del *pater familia*, el cual en ejercicio de la patria potestad, dirigía sus acciones hacia lo que él consideraba el mejor interés en la vida de sus hijos. Los infantes quedaban relegados a ser meros receptores de los beneficios derivados de las decisiones de sus padres (Campoy Cervera, I., 2014).

El Segundo legitimado era el estado, el cual intervenía ante las falencias o dificultades de los progenitores – pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad, o ante la ausencia de los mismos – como en el caso de los huérfanos o

abandonados-, y particularmente en los casos de niños en conflicto con la ley penal. Nacen por entonces los primeros tribunales de menores. Nótese que el hasta el vocablo empleado para referirse a la infancia es el de “menor”, vocablo que en sí mismo carga con la connotación de inconcuso, de inacabado. Para el proteccionismo tradicional, el menor era algo que todavía no se encontraba completo, y eran precisamente los padres y el estado, quienes completaban – con sus cuidados – la personalidad del menor, encausando sus acciones y asumiendo su protección. El principal inconveniente que enfrentaban era que el interés del niño quedaba relegado por el interés de los progenitores y/o el del estado.

Para Campoy Cervera (2014), las acciones del Proteccionismo Tradicional importaban una protección de los derechos de los niños, al margen de los derechos humanos. (Campoy Cervera, I., 2014).

Tal y como lo adelantara, Convención de los Derechos del Niño significó un quiebre en la concepción tradicional. Se produce entonces un cambio de paradigma, surge el Proteccionismo renovado, el cual es la principal corriente de pensamiento, cuyo espíritu impregna las normas positivas que hoy tiene vigencia en los principales ordenamientos jurídicos, tanto a nivel interno, como en la faz convencional.

El Proteccionismo Renovado parte de la concepción del niño como persona completa, con valor en sí misma, que si bien necesita resguardo hasta su madurez – época en la que se completa su proceso formativo- su opinión y participación en la toma de decisiones. Se incluye entonces a los niños en el discurso de los derechos humanos.

Comparte con la anterior doctrina, la idea de vulnerabilidad e indefensión, pero ahora respecto a una persona con capacidades en desarrollo –particularmente las cognitivas-. Sus principales marcos de actuación estarán dados por normas convencionales, y sus principios rectores, serán los mencionados en el capítulo anterior, particularmente el hecho del niño como sujeto de derecho y su Interés Superior.

Así pues, desde este nuevo concepto de proteccionismo renovado, derivará el concepto de protección integral, cuya recepción en nuestro ordenamiento jurídico tiene lugar con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, por la cual se incorporan mediante el art. 74 inc.22 , los tratados de derechos humanos a nuestro sistema normativo, con carácter constitucional, entre ellos, la Convención de los Derechos del Niño, el posterior dictado de la ley 26.061, la que establece un Sistema de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes; y actualmente, la recepción de

dichos principios en el Código Civil y Comercial abordado en el presente trabajo, cuyo análisis no será abstracto, mediante el reemplazo de conceptos como el de patria potestad por responsabilidad parental, la recepción del principio de capacidad progresiva, etc.

En los siguientes títulos, será desarrollada la temática de la protección integral, particularmente en lo atinente al desempeño de la función administrativa y jurisdiccional.

2. LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ. NORMATIVA

2.1. El Proteccionismo Tradicional – Paternalismo - La ley Agote

El “problema de la minoridad” fue encarado hacia el año 1880 por diversas instituciones privadas y religiosas que se ocupaban de los menores desamparados, porque el estado no había desarrollado una política de planificación de la actividad tutelar.

Con la llegada de la corriente inmigratoria, el aumento de la pobreza y la cantidad de personas excluidas del mercado de trabajo, hizo centrar la atención de las autoridades en los incipientes problemas sociales.-

La familia y la escuela se consideraron deficientes para el control de sectores sociales entendidos como “peligrosos”, “marginales”, organizándose la respuesta estatal con la creación de instituciones de corrección de menores y de leyes específicas sobre la minoridad.-

El Patronato de la Infancia fue creado en el año 1892 con amplias facultades para intervenir judicial y extrajudicialmente en cualquier asunto referido a niños en peligro material y moral, es en ese contexto donde surgen los tribunales de menores como la respuesta institucional, formando parte de un conjunto de cambios entre los cuáles se destacaban el reemplazo de las penas determinadas por medidas discrecionales utilizando la intervención judicial tanto para los niños y adolescentes que cometían delitos como para aquellos que se encontraban en un inminente peligro moral o material.-

El modelo de intervención del Patronato, entendido como el conjunto de políticas estatales enmarcadas en el paradigma de la doctrina de la situación irregular que

considera al niño o adolescente como un “objeto” de tutela por parte del Estado, y utiliza como parámetro las condiciones morales y materiales de la vida privada del niño, se sustenta en un andamiaje institucional basado en el control social estatal.-

La institucionalidad del paradigma se establece en Argentina en el año 1919 con la ley 10.903 conocida como “Ley Agote”.-

Así la política pública de la infancia a principios de siglo XX, surge como un modelo de control social de niños y adolescentes, donde la intervención del Estado parte del concepto de “riesgo moral y material” de niños y jóvenes y actúa cuando considera a los mismos como un peligro para sí o para los demás, llevándose a cabo la intervención estatal a través de la institucionalización y judicialización de la pobreza, sustentándose básicamente en el poder de coerción del estado.-

Este modelo fue generando a lo largo del siglo un sistema de instituciones tutelares que sustituyeron a la familia y la comunidad, siendo el modelo de intervención la institucionalización en hogares asistenciales e instituciones penales, psiquiátricas, comunidades terapéuticas, conforme al problema social y al abordaje propuesto por los profesionales del sistema.

El Patronato era considerado como una política social que debe atender a la población infantil pobre, sustentándose en esquemas clientelares y asistencialistas, desconociendo los principios universales de políticas públicas para niños, niñas y adolescentes, redefiniendo una y otra vez, la condición de pobreza, pero homologándola siempre al concepto de riesgo.

2.2. Derecho Convencional

Tal y como se ha afirmado, desde la reforma de 1994, por disposición del art. 75 inc. 22, todos los tratados internacionales de derechos humanos poseen operatividad inmediata, sin necesidad de ley que lo reglamente.

2.2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Fue ratificada por Argentina, disponiendo normativamente una serie de derechos y garantías. Esas normas, en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN, son de carácter constitucional. En el catálogo de derechos civiles y políticos, es el art. 3º el que

manifiesta que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Lo hace sin distinción de sexo, edad o nacionalidad. (art. 24).

Indica también en su art. 5, que la integridad de toda persona debe ser respetada. Asimismo, en el art. 8 manifiesta *“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”* (Asamblea General de las Naciones Unidas - Declaración de los Derechos Humanos – Art. 8).

Seguidamente y especificando los derechos del niño, en nsu art. 19 indica: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieran por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*, (Asamblea General de las Naciones Unidas - Declaración de los Derechos Humanos – Art. 19). Éste artículo se complementa con el art. 24, donde reconoce la igualdad ante la ley, y el art. 25 referido al resguardo jurisdiccional.

2.2.2 Declaración de los Derechos del Niño

Nacida del seno de la Asamblea de Naciones Unidas en el año 1959. Es el primer documento específicamente referido a la Niñez. Su diez principios, son considerados como la primera manifestación orgánica y sistematizada de normas protectoras de los niños (Bazán Macías, M. De M., 2014).

Así su preámbulo indica: *“el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*⁶.

Seguidamente, incorpora la primera noción que se ha tenido del “interés superior del Niño”, cuando su segundo Principio reza:

*“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con éste fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*⁷.

⁶ **DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** Preámbulo. Asamblea General de las Naciones Unidas. 1959.

⁷ **DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** 2º Ppio.. Op. cit. . 1959.

Más adelante, en el 2º párrafo del Séptimo Principio, dirá también que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación que tal responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. Mientras que en el Principio 6º, indica. *“La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia, o que carezcan de medios adecuados de subsistencia”*⁸.

2.2.3 Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención de los Derechos del Niño, sancionada en el año 1989, marca un antes y un después en la concepción sobre la infancia y la adolescencia, fundándose en el respeto por sus derechos como seres humanos, teniéndose presente su calidad de personas en desarrollo, y es el punto de partida para la posterior creación de la normativa que hoy nos ocupa. La Convención ingresa al derecho argentino mediante la sanción de la Ley 23.849 el 27/09/1990, siendo jerarquizada con rango constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional tras la reforma de 1994.-

La Convención es mayor instrumento protector de los derechos de la niñez surgido de la ONU. El derecho convencional posterior aclara o hace recomendaciones, pero siempre dentro del marco referencial de éste documento, y en el particular caso que nos ocupa, hincapié en la necesidad de cuidados y asistencia especiales que experimenta la infancia.

En su art. 1º definirá lo que se entiende por niño: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*⁹. Mientras que el artículo 3º se consagra el principio del “interés superior de niño”, y el de la “protección integral”, régimen de responsabilidad que deberá ser observado por padres, instituciones intermedias y por el propio estado. Señala categóricamente que debe primar “el interés superior del niño” ante cualquier medida

⁸ **DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** Principio 6º - Op. cit. 1959

⁹ **CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Art. 1** Asamblea de Naciones Unidas. 1989.

dispuesta por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunal, autoridad administrativa u órgano legislativo. El artículo reza...

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. ...Art 2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. ...Art. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”¹⁰

Completando la garantía establecida, el art. 4 el cual dispone que es obligación de los estados garantizar los derechos de la niñez.

Así “...Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”...¹¹

Mientras que el art. 5, deja específicamente claro que el deber de estado de respetar los roles de la familia, incluso de la familia ampliada, y de la comunidad en su caso, en lo atinente a la vida del niño. Particularmente de este artículo será uno de los estandartes de la ley 26.061. lo mismo que el art. 9 cuando reza:

1. 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

¹⁰ CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. Cit. Art. 1 al 3.

¹¹ CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. Cit. Art.4

del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones..¹²

Respecto a los niños en situación de riesgo indica:

“Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.¹³

En consonancia con los mencionados artículos, el art. 32 se referirá al niño, observándolo desde su especial vulnerabilidad, otorgándole de esta manera, mayores prerrogativas que a los adultos, pues reconoce en su persona un ser con menores recursos para enfrentar determinadas circunstancias.

De esta manera, el mayor instrumento legal creado a favor de la niñez, establece cuales son las garantías mínimas que el estado debe brindar a los niños, estableciéndolos como un estándar mínimo respecto del cual pueden ampliarse dichas garantías, mas nunca menos que ellas.

2.3. Derecho Interno

¹² CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. Cit. Art.9

¹³ CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. Cit. Art.20

Dentro del Derecho Nacional, son dos las principales normas que velan por el resguardo de los niños. Seguidamente haré referencia a la principal normativa vigente.

2.3.1 Constitución Nacional.

En su art. 16, la CN, reconoce la igualdad de todos los habitantes de la Nación, igualdad que ante la ley y las instituciones. Esta igualdad reconocida no implica igualdad absoluta, desconociendo las divergencias naturales como es el caso de los niños.

En atención a ello, la CSJN indicó que el principio de igualdad no impide que los legisladores tomen en cuenta esas diferentes situaciones a los efectos de legislar, (Bazán Macías, M. De M. 2014).

Luego, en su art. 75 inc. 22 declarará que poseen carácter constitucional los tratados de derechos humanos, de entre ellos, la Convención de los Derechos del Niño.

2.3.2 Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La Ley 26.061 fue sancionada el 28 de septiembre de dos mil cinco, promulgada el veintiuno de octubre del mismo año y publicada en el Boletín Oficial el veintiséis de octubre de dos mil cinco, siendo el resultado del siguiente trayecto:

“La Cámara iniciadora fue la de Diputados a raíz de la presentación de un proyecto, el 2126-D_2004. Este documento fue girado a las Comisiones de la Cámara mencionada de Legislación General, Población y Desarrollo Humano, Justicia y Asuntos Penales, Seguridad Interior y Narcotráfico y Presupuesto y Hacienda. En la sesión ordinaria de fecha 29/09/2004 – orden del día 1281/2004 – se aprobó un proyecto de ley de “protección integral de derechos de niños y adolescentes”. Dicho texto salió con un dictamen de mayoría y tres de minoría. En fecha 01/10/2004 ingresó a la Cámara de Senadores, en su carácter de Cámara revisora...Las Comisiones a las que fue girado fueron las mismas que en Diputados: Legislación General, Población y desarrollo Humano, Justicia y Asuntos Penales, Seguridad Interior y Narcotráfico y Presupuesto y Hacienda. En fecha 06/04/2005 la Cámara de Senadores emitió un nuevo dictamen que consistió, básicamente, en adaptar otro elaborado para el proyecto remitido por Diputados. En fecha 01/06/2005 la Cámara Alta aprobó con sendas modificaciones el texto original proveniente de la Cámara de Diputados...” (Gil Domínguez, Andrés y

otros (2007) - *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*
Comentada, Anotada y Concordada (1º Ed.) Argentina - Buenos Aires: Ediar p. 23)

Ésta nueva norma, dejaba atrás la calificación de “situación irregular” con la que se etiquetaba a dos clases de niños y adolescentes, una, representada por los estratos sociales altos, donde la crianza y socialización de los niños eran de carácter privado, como así también, en los sectores medios ; en tanto, los niños pertenecientes a sectores de bajos recursos económicos, recibían la intervención directa del estado, a través de programas que eran destinados a paliar las diversas carencias básicas de una manera asistencialista, por ejemplo, la separación de los infantes de su medio familiar de origen decidido por el juez ante el llamado “peligro material y moral” receptado por la Ley 10.903; en contraste, la doctrina de la “protección integral de derechos” comprende todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, promoviéndose de esta manera la unidad de propósitos y acciones entre el desarrollo social, económico y la protección jurídica de la infancia, mediante el reconocimiento de todo niño, como sujeto social de derechos, en un contexto de democracia que facilita su interacción dentro y con de la familia y con la sociedad.

Resulta necesario destacar que a diferencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061 incorpora el término “adolescentes” y reemplaza el concepto de “menores” por el de “niños y adolescentes”, introduciendo además la perspectiva de género cuando dice “niñas, niños y adolescentes”, respondiendo de esta forma a la doctrina internacional de los derechos humanos, respondiendo al cambio ideológico-político.

La 26.061, surge, entre otras causas, por la necesidad de adecuación n de la normativa nacional a la Convención internacional de los Derechos del Niño. Esta nueva norma establece medidas administrativas y legislativas que permitan efectivizar los derechos reconocidos en la norma internacional.

Para Cristian Musa, con la nueva norma, argentina produjo en cambio en la condición jurídica de toda la infancia y la adolescencia (Musa, L.C. – 2006).

En su cuerpo normativo, se receptan las garantías ya reconocidas en los diferentes tratados internacionales. De esta manera, el art. 1 indica que los derechos reconocidos por ella se encuentran asegurados en su máxima exigibilidad. Luego, deja sentado el alcance del concepto de interés superior del niño, indicándolo como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley”,

comprendido a su vez de: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de su derecho en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común. El Sistema de Protección Integral de Derechos es el nudo central de la ley 26.061, este vendría a ser como una red interinstitucional que proviene de los niveles - nacional, provincial y/o municipal – revalorizando de este modo, la función de los organismos administrativos que están destinados a la efectiva satisfacción de derechos o a la rápida restitución, si ellos son vulnerados mediante la ejecución de medidas previstas en el art. 33 de la normativa mencionada supra.

De ésta manera se produce un modo de intervención que es novedoso en las prácticas, un modo de relacionarse distinto entre el Estado y la Familia, diferenciándose la “situación de carencia” de la “ de conflicto”, a la primera se responderá con las medidas de protección, y aquí la intervención judicial es subsidiaria, para lograr la exigibilidad o el cumplimiento de las acciones o políticas públicas pertinentes para alcanzar la satisfacción de los derechos vulnerados; en tanto, en la segunda, es el poder judicial el encargado de producir la restitución de derechos.

Pero muchas veces se produce esa distinción no se presenta de manera clara, y en atención a la complejidad de la problemática familiar planteada, es entendible que los organismos administrativos deban acudir a la Justicia para poner fin a la conculcación del o de los derechos que resulten comprometidos, estaríamos ante una doble intervención – que es colaborativa – sobre todo cuando se trata de una medida de separación del niño de su familia de origen, a través del correspondiente “control de legalidad”.

Debe advertirse que la efectiva implementación del Sistema de Protección de Derecho depende de una decisión política a tal efecto – provincial o local, excediendo estos aspectos a la ley.

Los cimientos sobre los que se afirma esta ley son: 1).- Organismos a Administrativos descentralizados; 2).- Órganos Judiciales que respeten la esfera de competencia administrativa y que a la vez tengan a su cargo el control de legalidad de las medidas dictadas por aquellos; 3).- Políticas, planes y programas de protección de derechos a disposición de los organismos administrativos, sustentándose básicamente

en la adecuada asignación de recursos económicos y humanos, caso contrario, se obligará al sistema judicial a entrar en escena para la ya nombrada exigibilidad judicial, suponiendo un retraso en la satisfacción o restitución de un derecho y el tratamiento desigual entre aquellos que están en condiciones materiales y/o físico-emocionales de exigir un derecho a la Justicia de modo individual y los que no pueden acceder dicha exigibilidad.

La nueva relación que surge entre el ámbito administrativo y el judicial a partir de la implementación de la Ley 26.061, es una de las cuestiones más candentes, ya que la citada normativa apunta a la desjudicialización de algunas cuestiones que hasta la actualidad se tramitaban ante los órganos judiciales, siendo esta la crítica más contundente que ha recibido, refiriéndose al respecto Eduardo Zannoni:

“Incluso en los casos más graves que exigen separar a los menores de su medio familiar o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, las medidas son adoptadas por la autoridad local de aplicación, quien, previa citación de los representantes legales deberá resolver la legalidad de la medida y notificarla al juez competente, quien deberá derivar el caso a la autoridad de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes (art. 39). En otras palabras, se confina al juez a ser un mero mensajero, correo de la autoridad de aplicación. Ni siquiera un recurso jurisdiccional se prevé contra las resoluciones de dicha autoridad. Esto no obedece sólo a ignorancia o torpeza del legislador, sería ingenuo o pueril creer eso. Es algo mucho más grave, que tiene nombre: se denomina totalitarismo, porque es fruto del avasallamiento de la división de poderes, y asoma como la punta del iceberg del avance que día a día pretende socavar los cimientos del sistema republicano al servicio de quienes medran en estructuras en que se disputa el control y el poder sobre personas y bienes” (Zannoni, E. A. (2006)- – Opinión comentada por Belof, M. ,2006 *Tomarse en serio la infancia*. Ed. “S.d”).

En tanto Mary Beloff nos dice:

“Por ley federal se autoriza un procedimiento administrativo local ad hoc que requiere fundamentación jurídica y cuyo resultado debe ser notificado en un plazo de veinticuatro horas a la autoridad legal”; resaltando “si bien el concepto de autoridad competente es bastante difuso en esta ley, parece razonable interpretar que en este párrafo se está refiriendo a la autoridad judicial, porque de tratarse de una autoridad administrativa no tiene inteligibilidad el procedimiento.

Además, sería abiertamente inconstitucional por introducirse competencias provinciales no delegadas y por afectar la garantía de control judicial suficiente. En otras palabras, la ley parece introducir un control judicial de oficio de toda medida adoptada por parte de la autoridad administrativa de aplicación. Más allá de otras consideraciones constitucionales, no parece ser éste un procedimiento “eficaz” ni “eficiente” (art. 16 CIDN) “Belof, M. - 2006. Tomarse en serio la infancia. p 25 y 26. Ed. “S.d”.)

Así cuando la administración ejerce su función, para que ésta sea válida constitucionalmente, debe existir un control judicial que abarque la revisión del derecho aplicable, los hechos fundantes y la prueba producida, lo que implica que la administración no está habilitada para dictar pronunciamientos finales y definitivos que tengan carácter irrevisable.-

Cuando se trata de la amenaza y violación de derechos de niños y adolescentes, esto es, cuando no están involucradas situaciones fácticas signadas por la urgencia y la gravedad de los derechos en conflicto, quien está llamado a intervenir es el órgano administrativo, pero respecto de lo otro, no se podría impedir la intervención de la Justicia de manera directa, y que es el organismo que tiene la facultad de poder dictar verdaderos actos jurisdiccionales, que son, medidas cautelares de exclusión, impedimento de acercamiento, etc., éste sería el punto de equilibrio.-

En los casos de violencia familiar y maltrato infantil, las prácticas deberán ir delimitando el campo de actuación administrativa-judicial, sin dejar de tener en cuenta que ambos están del mismo lado, bregando por la satisfacción y/o restitución de derechos de niños, niñas y adolescentes, logrando una interacción que se deconstruya para una necesaria reconstrucción sobre los elementos de cooperación, confianza y solidaridad, lo que en la actualidad – al menos en el ámbito tribunalicio y administrativo de la provincia de Jujuy, plantea un problema.

2.4. Derecho de la Provincia de Jujuy

2.4.1 Constitución de la Provincia de Jujuy

El art. 1º de la Constitución de la Provincia de Jujuy reconoce a la persona humana en su dignidad, obligando a los órganos del Poder Público a respetarla y a protegerla. En

su art. 20, complementa dicha protección, refiriéndose a la integridad física, psíquica y moral, la cual, debe ser respetada.

Seguidamente en el art. 25 la norma reconoce la igualdad ante la ley. Por ello expresa:

*“Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y gozan de igual protección de la ley en iguales condiciones y circunstancias. No se admite discriminación alguna por motivos de raza, color, nacionalidad, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, posición económica, condición social o de cualquier otra índole”*¹⁴

La norma, no hace referencia directa a los niños, salvo en otros artículos de su cuerpo normativo. En este sentido, brindará especial protección al niño al declarar en el art. 29 párrafo 2, al indicar que *“toda persona tiene derecho a ser oída”*.

Luego, en sus diversos artículos indicará protecciones especiales que deben ser brindadas a los niños al momento en que estos accedan a la justicia.

2.4.2 LEY N° 5.288 MENORES. Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia. Derechos y Garantías

Fue promulgada en el 2002, prescribiendo específicamente la protección del niño garantizada por esta norma, la Constitución Provincial, Nacional, y los tratados internacionales, se extiende hasta la mayoría de edad, y síndica específicamente al estado provincial como garante del interés superior del niño. (art. 1. Ley 5,288/02). Su autor, el Dr. Hugo Zamar, en una entrevista personal mantenida con él, relataba que la principal virtud de esta norma radicaba en el hecho de reconocer a los niños como actores sociales, con función activa en la sociedad. En este sentido, la ley indica *“niños y adolescentes desempeñan una función activa en la sociedad y nunca serán considerados meros objetos de socialización, control o prueba, debiendo el Estado provincial implementar medidas que desarrollen la autonomía del niño y del adolescente y que aseguren su integración y participación social”*. Mientras que el art. 11 le reconoce el derecho a la integridad corporal, tanto física, psíquica y moral.

El art 22 de dicha norma estatuye además que:

¹⁴ CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE JUJUY. Art. 1

“Los niños y adolescentes no podrán ser privados de sus derechos sin el debido proceso legal, el cual garantizará el derecho a ser oídos en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que lo afecte y el respeto y dignidad que se le debe como personas en desarrollo.”¹⁵

2.4.3. Protocolo para el Acceso a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos.

Fue establecida por la Acordada N° 15, Folio N° 347/363 N° 200, del año 2012, disponiendo un protocolo a los fines de orientar la actuación de funcionarios y autoridades involucrados en las diversas etapas de los diferentes procesos -penal, civil, familia- en la que intervienen los niños.

En sus principios generales se prescribe el resguardo a la salud psicofísica y el bienestar del niño víctima de delito, y a los adolescentes, conforme las directivas de la Convención de los Derechos del Niño. Su norma hace expresa referencia al “interés superior del niño” definido dicha convención, el cual debe ser tenido en cuenta también es comprensivo del acceso a la justicia como medio reparador fundamental en el proceso de recuperación de toda víctima.

Esta Acordada, hacía mención a tres instituciones administrativas que trabajaban en conjunto con la justicia, hoy inexistentes debido a nuevas disposiciones de la nueva administración pública. Me refiero a los C.A.I.N.A.F. (Centros de Ayuda Integral del Niño, Adolescente y la Familia) y C.A.I.V.I.F. (Centro de Ayuda Integral en Violencia Familiar), en las Escuelas; y O.A.V.D. (Oficinas de Atención a las Víctimas de Delitos), los cuales dependían de la Secretaría de Niñez Adolescencia y familia, y actuaban como brazo articulador con los Tribunales de Menores y de Familia. Hoy, estos centros, han desaparecido, su función ha sido abordada completamente por la Secretaría de Niñez – mediante sus centros receptores de demandas espontáneas y sus centros de Admisión.

Actualmente, asistimos a una completa desarticulación –sea por falta de dialogo o por desinterés- entre la faz Administrativa y la Justicia. Me permito afirmar en este particular.

¹⁵ **LEY N° 5.288 MENORES. Art. 22** - Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia. Derechos y Garantías. Provincia de Jujuy.

2.4.4. Decreto 2531/16. “Circuito de Tramitación de Consultas y Denuncias sobre Vulneración de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”

Este decreto dispone que el Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Jujuy a través de la Dirección Provincial de Protección Integral de Niñez Adolescencia y Familia, la cual depende de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y familia, serán los encargados de la operatividad del nuevo sistema, el cual es de aplicación a todas las personas menores a dieciocho años de edad.

Este decreto estatuye que toda persona y organismo del Estado que hubiere tomado conocimiento de la vulneración de derechos respecto a un niño – como consecuencia de la falta de acceso a una política pública- debe dar intervención directa al área de gobierno competente, siendo el Ministerio que ejecuta la política, el responsable de brindar el programa, servicio o recurso para restituir de manera inmediata el derecho conculcado.

La comunicación debe hacerse directamente a la Dirección de Niñez (tal y como se la conoce), la cual depende de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. Dichas comunicaciones se llevarán a cabo de tres maneras.

a) El procedimiento ordinario de Comunicación de derechos:

Las denuncias pueden ser radicadas directamente por la población en general, o por los Organismos Estatales, en las Oficinas de Protección de Derechos (OPD), más cercanas al domicilio del Niño. A su vez las OPD informarán a la Dirección de Niñez.

Luego, la OPD o la Dirección de Niñez evaluarán la situación y adoptarán la medida de protección que corresponda, informado a la persona u organismo estatal que tramitó la comunicación o denuncia, para poder continuar el trabajo en conjunto. (Este particularmente es el talón de Aquiles del sistema planteado, tal y como lo manifestaré en el capítulo siguiente).

En consonancia con lo dispuesto por la ley 26.061, en el apartado f, el decreto establece:

“cuando las medidas de protección adoptadas por la OPD, o por la dirección de Protección Integral de Niñez Adolescencia y Familia dependiente de la Secretaría de Niñez Adolescencia y Familia, sean de carácter excepcional (separación temporal del grupo familiar), se comunica la medida al área estatal involucrada a fin de continuar conjuntamente el trabajo. La Dirección de Protección Integral de

Niñez Adolescencia y Familia presenta la medida excepcional al Organo Judicial competente a los efectos de control de legalidad como lo establece el procedimiento del art. 40. De la ley 26.061”¹⁶ (el subrayado me pertenece).

b) Procedimiento de Comunicación de Vulneración de Derechos en situaciones de emergencia (riesgo inminente del derecho a la integridad física)

Si la comunicación la realiza el ciudadano común o las ONG, debe ser realizada en la OPD a través de la línea gratuita 102. Ahora bien, si la comunicación la realizan funcionarios públicos del Gobierno, Funcionarios del Poder Judicial o del Ministerio Público, fuerzas de seguridad o guardia permanente de la Dirección de Niñez, se realizará en un número telefónico dispuesto a tal efecto.

Recibido el anuncio, será la Dirección de Niñez, o la OPD, quien determine si existe tal vulneración y si el caso amerita medidas de protección de derechos o acceso a programas.

c) Circuito de comunicaciones por escritos u oficios de organismos del gobierno, del Poder Judicial, del Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo y de las Fuerzas de Seguridad, a la Mesa de Entradas.

Las presentaciones enviadas por los organismos mencionados son receptadas en la mesa de entradas de la Dirección de Niñez. Luego, la propia Dirección de Niñez, o la OPD que ésta designe, realiza las evaluaciones y determina la existencia de vulneración a efectos de determinar si la misma amerita la adopción de medidas de protección de derechos.

En el capítulo que continúa, se tratará el tema del rol del juez conforme la ley 26.061, y su particularidad en el ámbito de la provincia de Jujuy, ello en correlación a este decreto en particular, evidenciando que la práctica se aleja

¹⁶ Decreto 2531/16. “Circuito de Tramitación de Consultas y Denuncias sobre Vulneración de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Apartado f. Provincia de Jujuy.

mucho del espíritu de la Ley de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes.

CAPITULO 3
EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

1. LA LEY 26.061 Y LOS NUEVOS ROLES DE LAS INSITUACIONES

Desde la sanción de la Ley 26.061, se produce un quiebre de paradigma en el derecho de menores, dejándose atrás la concepción tutelar, que consideraba a los niños como “menores”, “incapaces” y objeto y representación por parte del Estado Argentino a través del Poder Judicial, de sus progenitores u otros representantes legales, siendo el eje normativo de ese sistema la Ley 10.903 de “Patronato del Estado”, también conocida como “Ley Agote”, donde el estado asumía un rol paternalista, donde el juez de menores era quien decidía sobre la vida y el destino de los “menores judicializados”, ignorándose que los mismos eran titulares de derechos, y cómo tal debían ser considerados.

La Nueva ley fue condición indispensable para poner en acto -al menos ésa era la intención primigenia- las los tratados internacionales vigentes tras la reforma constitucional de 1994. Desde la perspectiva de la nueva norma se establece un marco conceptual tendiente a la creación de un sistema de protección integral de los sujetos comprendidos en la ley.

Ahora bien, éste nuevo paradigma debe trascender en una nueva construcción social, en la construcción de nuevos modos de ser y de actuar tanto para los sujetos protegidos, como para los actuantes del derecho.

No son pocos los escollos que en pos de éste objetivo han operado en la realidad Jujeña, especialmente plasmado en la tarea del Juzgado de Menores N° 2 de la ciudad de San Pedro de Jujuy, hasta hace muy poco, a cargo de las causas con niños en situación de vulnerabilidad y niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Hoy, tal rol ha sido modificado por la norma, La vigencia de la ley 26.061 ha puesto en cabeza del órgano administrativo la operatividad y defensa de tales derechos, dejando a los jueces solo el control de legalidad de las medidas adoptadas. Resta observar si tales cambios han operado, o si se trata de situaciones jurídicas e institucionales pendientes.

1.1. El rol de Juez en el nuevo sistema.

Tal y como lo he desarrollado supra, la Ley 26.061 propone un sistema de protección tendiente a la desjudicialización de los casos en que se vean conculcados los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

¿Es ahora el Órgano Administrativo el principal custodio del resguardo de los derechos de la infancia? Si diéramos una respuesta apresurada, esta sería afirmativa, pues es el órgano administrativo quien lleva la mayor responsabilidad- por así decirlo. Ahora bien, si hacemos un análisis más profundo del espíritu de la norma, observaremos que ésta ha tenido como finalidad agilizar los procedimientos en los que los niños se veían involucrados, resguardándolos de esta manera de las interminables idas y vueltas que significaban los estrados judiciales. No obstante ello, la Administración no es el único encargado de que los derechos de los niños se efectivicen.

Aquí entonces es donde se impone una respuesta negativa a la pregunta que habíamos formulado. La ley procura una respuesta articulada de todo el sistema, tanto del administrativo, como del Judicial, e incorpora también a entes privados y ONGs en pos de efectivizar los derechos que le son reconocidos a la infancia.

Ahora bien, a los efectos prácticos, tal y como lo entiende Eligio Resta (2014), existe una delimitación legal a las actividades que cada ente debe desplegar. Así, las funciones tradicionalmente asumidas por el Poder Judicial, hoy son absorbidas por el Poder Administrativo, ello en el marco de la desjudicialización mencionada (Resta, E. 2014).

La ley 26.061 enuncia claramente las medidas que el órgano administrativo puede llevar a cabo por sí mismo, y cuáles deben ser puestas en conocimiento del órgano judicial. Para ello, las separa clasificándolas de la siguiente manera:

a) Medidas de protección: llevadas a cabo por el órgano administrativo sin intervención del órgano judicial. Su finalidad es la preservación y o restitución del efectivo goce y ejercicio de derechos que se presume vulnerados.¹⁷ Son acciones principalmente administrativas. El art. 35 de la ley 26.61, indica cuales son las llamadas “medidas de protección” diciendo:

“Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o

¹⁷ Art. 34 ley. 26.061: Finalidad. Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares”¹⁸

- b) Medidas excepcionales: llevadas a cabo por el órgano administrativo, las cuales deben ser puestas en conocimiento del órgano judicial para su control de legalidad.¹⁹. Estas medidas previstas en los arts. 39 y ss. Son consideradas de tipo excepcional, pues importan la separación de los niños de su centro de vida, de su medio familiar primario, cuando medien circunstancias graves que lo ameriten. Eligio, Resta nos advierte respecto a la difusa naturaleza jurídica de estas medidas, pues si bien son administrativas – por ley- se encuentran sujetas al control de legalidad del poder Judicial.

Así planteado entonces, estamos ante un sistema doble o mixto, el que sin lugar a duda da lugar a fuertes discusiones, principalmente en lo que respecta a los límites y alcances de cada uno de los poderes estatales. (Resta. E. 2014).

2. EL CONTROL DE LEGALIDAD

Dispuesto por el Art. 40 de la Ley 26.061, una vez que el órgano administrativo ha declarado la medida excepcional, debe notificarla fehacientemente a la autoridad jurisdiccional, dentro de las 24 hs, para que esta pueda hacer efectivo el control de legalidad. El órgano jurisdiccional – con intervención del ministerio pupilar- debe en el plazo de 72 hs, luego de una audiencia con los representantes legales del niño, efectuar

¹⁸. **PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS., NIÑOS Y ADOLESCENTES.** Art. 35.

¹⁹ **LEY 26.061 - Art. 40.**– Procedencia de las medidas excepcionales. Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el art. 33 .Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el cap. IV del Código Penal de la Nación.

el control de legalidad de la medida y derivar el caso al poder administrativo para su implementación.

Es decir, que el control de legalidad no se efectúa sobre la medida ya implementada. Este control debe ser previo. Y digo debe, ya que el control de legalidad es la garantía establecida por la norma, para evitar arbitrariedades por parte de la Administración en situaciones tan delicadas, como lo es la separación del niño de su centro de vida.

En este orden de cosas, el control de legalidad atribuido al órgano judicial, no debe limitarse al mero control de los recaudos instrumentales llevados a cabo por el órgano administrativo, sino que abarcará también la revisión del derecho aplicable al caso, los hechos que dieron lugar a la medida y la prueba que los sustente. Hablamos entonces de un control que no se limita meramente a lo formal.

Ahora bien, para que éste tipo de controles pueda ser llevado a cabo, la Administración debe ser conducente, al presentar las medidas a implementar en el tiempo exigido, con constancias de todo lo actuado.

Seguidamente, el art. 41 de la ley 26.061 dispone EL “Seguimiento de las medidas excepcionales”. Las cuales deben ser llevadas a cabo por ambos organismos – administrativo y jurisdiccional. En este sentido, al referirse a las medidas excepcionales el inc. C ultima parte del art. 40 dice: “...*Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente*”.

A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe del año 2013 (apartado 175) ha sido conteste al recalcar que “*El principio de legalidad debe aplicarse de forma estricta en relación a cualquier decisión que afecte los derechos de los niños. Aunque las medidas especiales de protección persigan un fin legítimo, ésta justificación por sí sola no puede fundamentar las acciones que adopten las autoridades públicas y que afecten la vida familiar, aun con el objeto de proteger a uno de sus integrantes*”²⁰.

²⁰ **DIRECTIVA DE LA CIDH (2013)** Apartado 175 “*El derecho del Niño y la Niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*” – CIDH –UNICEF - [Versión electrónica]

De lo dicho se desprende entonces la necesidad de trabajo en conjunto entre la faz administrativa y la faz judicial., lo que en muchos casos – como lo es en el del ámbito de la Ciudad de San Pedro de Jujuy – no se traduce en la realidad.

3. ¿INTERACCIÓN O CONFRONTACIÓN DE PODERES?

En un estado de constitucionalidad y de derecho, como el imperante en nuestro país, podría decirse que las actividades de la administración y las actividades judiciales se llevan a cabo en un marco armónico ente los poderes del estado. Para que la actividad de la primera sea válida constitucionalmente, el control judicial debe ser suficiente. Sin embargo, cuando tales actividades deben llevarse a cabo de manera conjunta, sobreviene una realidad por demás triste. Asistimos a una lucha de poderes.

Eligio Resta, inteligentemente ha indicado “la administración no está habilitada para dictar pronunciamientos finales y definitivos que tengan carácter de irreversibles. La administración está habilitada para pronunciarse *prima facie* no de manera definitiva, y los jueces están constitucionalmente facultados a tener la última palabra” (Resta, E; 2014).

Sin embargo, se ha llegado a extremos por demás “peligrosos”, que lejos de reflejar un pluralismo armónico, exhibe la enraizada ética de máximos, latente aún en cada fuero. Así, pasamos de un estado paternalista en la faz judicial, sumo rector de la suerte del niño en situación irregular, a un estado absoluto en la faz Administrativa, que desoyendo las voces de las principales autoridades en materia doctrinaria, y olvidando el real espíritu de la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, asume como “solo suya”, la toma de decisiones en lo que a la suerte del niño se refiere, y solo por descarte, permite el control de legalidad tan necesario para un estado de constitucionalidad. Al menos esta es la triste realidad que se vivencia en la Provincia de Jujuy, y particularmente en el ámbito de la ciudad de San Pedro.

En búsqueda de mayores datos, se ha recurrido a la mesa de entrada tanto del Juzgado de Menores N° 2 de la Ciudad de San Pedro de Jujuy, así como a la mesa de entradas de las Vocalías -7ma, 8va y 9na- del Tribunal de Familia del Centro Judicial San Pedro.

Si bien el decreto 2531/16 entró en vigencia no hace mucho tiempo atrás, lo cierto es que la ley 26.061 ha sido clara en lo referente al control de legalidad. En entrevistas

llevadas a cabo de manera personal al Juez de Menores - Dr. Hugo Zamar -, y a la titular de la Vocalía N° 7 del Tribunal de Familia, Dra. María Mirta Macías, se ha puesto de manifiesto la clara desarmonía que existe al momento de llevar la norma a la práctica.

Así, la Dra. Macías manifestaba que en muchas ocasiones, se llevaba a puntos por demás extremos la exégesis de la norma cuando ésta indicaba la desjudicialización. Afirmaba que desde la vigencia de la norma, hasta la actualidad, desde los órganos administrativos, nunca se ha remitido caso alguno -a su vocalía- para el control de legalidad correspondiente. ¿Es que acaso en todas las situaciones de niños cuyos derechos se han visto afectados no ha sido necesaria la toma de medidas excepcionales?

La respuesta la dan las propias causas ingresadas al tribunal, dando cuenta de medidas que han sido llevadas a cabo, tales como: entrega en guarda de niños a parientes no incluidos en la familia cercana, a vecinos o maestros del infante. También se tomó conocimiento de casos de niños víctimas de violencia familiar, los cuales las medidas excepcionales tomadas y no comunicadas, no habían sido suficientes²¹.

Por su parte, desde el Juzgado de Menores. según el Dr. Hugo Zamar- se vivencia una situación similar, pues de las causas que ingresaron al Juzgado de Menores, cuya competencia determinó su giro a la faz administrativa, jamás fueron informadas al tribunal de Familia para el control de legalidad correspondiente. Esta circunstancia puede ser examinada a la luz de los datos obtenidos en las mesas de entrada del juzgado de Menores y del tribunal de Familia.

En ellas recogieron los datos obtenidos en la mesa de entradas del Juzgado de Menores N° 2 de la Ciudad de San Pedro de Jujuy, donde se tomó conocimiento de situaciones de vulneración de riesgos en niños, cuya competencia correspondía, por aplicación de la ley 26.061 a la D.P.P.N.A.F.

Es el único número de casos conocidos, pues en los restantes – los que toma conocimiento directo la D.P.P.N.A.F., el número es incierto. Ahora bien, de la cantidad 571 de casos enviados por el Juzgado de Menores N° 2, en comparación, la cantidad de causas remitidas al tribunal de familia de San Pedro, para control de legalidad, ha sido de cero (o).

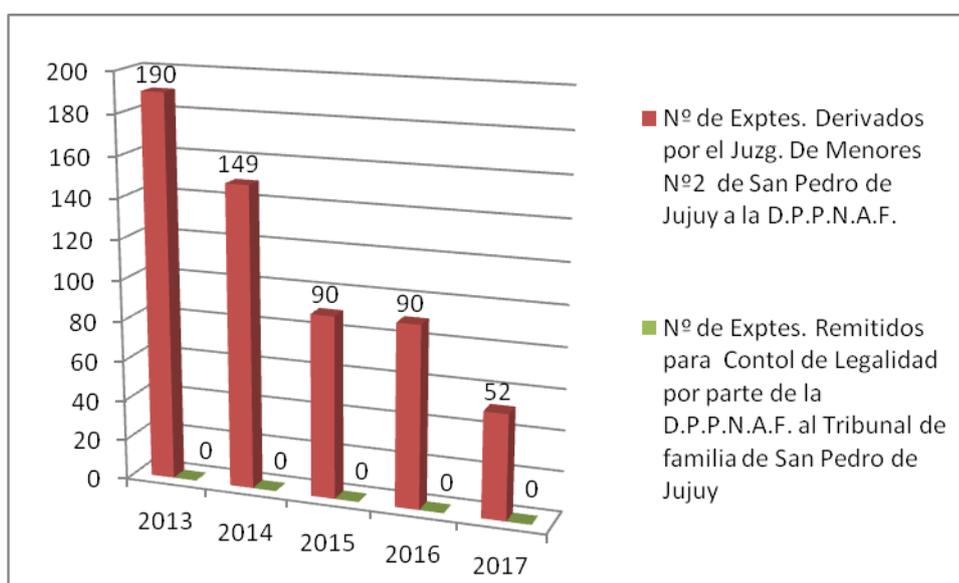
Esta circunstancia puede apreciarse en la siguiente tabla:

²¹ Entrevista personal realizada por la autora el 14/08/2017 a la Dra. María Mirta Macías, - Titular de la Vocalía Nro.7 del Tribunal de Familias del Centro Judicial San Pedro - Provincia de Jujuy.

Relación entre Exptes. remitidos por el Juzg. De Menores N° 2 de San Pedro de Jujuy a la D.P.P.N.A.F. y los ingresados para Control de Legalidad al Tribunal de familia de San Pedro de Jujuy.

Año	Nº de Exptes. Derivados por el Juzg. De Menores N° 2 de San Pedro de Jujuy a la D.P.P.N.A.F.	Nº de Exptes. Remitidos para Control de Legalidad por parte de la D.P.P.N.A.F. al Tribunal de familia de San Pedro de Jujuy
2013	190	0
2014	149	0
2015	90	0
2016	90	0
2017	52	0
TOTAL	571	0

Fuente: Mesa de entrada Juzg. de Menores N°2 de San Pedro de Jujuy a la D.P.P.N.A.F. y mesa de entradas del Tribunal de Familia de San Pedro de Jujuy



Incluso, el Dr. Zamar afirma, que se ha llegado aún lejos, pues en algunos casos de menores en situación de conflicto con la ley penal, existiendo orden judicial para que el niño sea ingresado en un centro de Admisión, la administración, en clara violación a la orden judicial, *motu proprio*, y sin informar al juzgado, determinaba ilegítimamente la libertad si el joven no encuadraba en los requisitos del Centro de Admisión²².

Existe pues, una competencia interna de poderes, desconociendo el principal objetivo de la norma, y tornando inconstitucional la actividad desplegada.

²² Entrevista personal realizada por la autora el 13/08/2017 al Dr. Hugo Daniel Zamar - Juez del Juzgado de Menores N° 2 del Centro Judicial San Pedro - Provincia de Jujuy.

CONCLUSIÓN
Y
PROPUESTA

Ha transcurrido un largo trecho desde el inicio de la presente investigación. Como resultado de ella, se puede advertir que si bien en la letra de la norma, los principios que exaltan y protegen a la infancia están presentes, todavía resta un largo camino para que dichos principios operen en la realidad.

Y es tal vez ésta la parte más difícil, pues como lo hemos visto, se ha pasado de una circunstancia de control judicial absoluto a otra de control administrativo de igual índole, al menos en el ámbito de la Provincia de Jujuy, y en particular, del Centro Judicial San Pedro.

A pesar de la ratificación de los diversos tratados, particularmente la Convención de los Derechos del Niño, y de la adecuación normativa interna llevada adelante con la Sanción de la Ley 26.061, permanecen dentro del sistema, resabios del viejo régimen de patronato o régimen tutelar.

Entiendo que tal circunstancia es por lejos – violatoria a los derechos de los niños – pues en vez de dar respuesta a la dolorosa situación que enfrentan, solo los convierte en los medios para medir fuerzas entre poderes, como si se tratara de un raiting de capacidad.

De aquellas interrogantes planteadas en los objetivos al iniciar la presente investigación, deviene una conclusión irrefutable. La vigencia Normativa de la Ley 26.061, no se traduce en una vigencia Real.

La tensión entre las instituciones encargadas del resguardo de los niños -Poder Judicial y la Administración Pública- es notoriamente visible, mostrándose como partes enfrentadas, y no como actores pertenecientes a un mismo sistema, el de la Protección Integral.

Y es que en esa lucha de poderes, quien sale como único perdedor es el niño.

Mary Beloff, inspiradoramente nos insta diciendo “el desafío sigue siendo traducir derechos en hechos”, e Ignacio Resta la recuerda, diciendo “De la propaganda al derecho; del discurso a la Acción” (Resta, E ; 2014).

Así las cosas, desde mi lugar como futura actora del derecho, me permito un pequeño atrevimiento, y es el de proponer una forma que tal vez pueda zanjar el distanciamiento que actualmente exhiben nuestras instituciones.

Propongo pues la creación de una instancia pre jurisdiccional, con una mesa receptora de denuncias con asiento en tribunales, que de intervención inmediata a Dirección de Niñez, y a la vez informe a los tribunales competentes, la existencia de una

situación de vulneración de derechos a la infancia. Este anociamiento al órgano jurisdiccional, no implicaría la intromisión de éste en las facultades otorgadas por la ley 26.061 a la administración, pero sí le permitiría conocer la existencia de los casos de niños en riesgo, y saber que probablemente deba realizar control de legalidad en aquellos correspondientes. Al mismo tiempo, facilitaría el control de legalidad, pues con la noticia de la existencia de esos casos, podría requerir al Órgano Administrativo la remisión periódica de las causas que requieran el control por parte de la Justicia, que no hayan sido remitidas espontáneamente hasta ese momento.

De esa manera, ambos estamentos -judicial y administrativo –sin interferir en sus respectivas competencias – realizarían, a mi parecer, de manera más efectiva la letra de la norma, y su fin último, el Interés Superior del Niño.-

Fernanda Dalmira Armella.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- **BAZÁN MACÍAS, M. DE M.** (2104). *Testimonio de Niños en Cámara Géssel. Alcances y Vinculación con los Derechos del Imputado*. Trabajo Final de Grado. UESIGLO 21. Argentina- Córdoba.
- **BELOF, MARY** (2006)- Tomarse en serio la infancia. Ed. “S.d”
- **CAMPO Y VERVERA, I.** (2014). El principio de “Protección Especial” de las Niñas y los Niños. Modelos de Reconocimiento y Protección de Derechos. En Fernández, S.E. (Ed.) *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La Protección Integral de derechos desde una Perspectiva Constitucional, Legal y Jurisprudencial*. Tomo I (p.55 a 66). “s.d”. Argentina.
- **D’ANTONIO, D. H.** (2001) *Convención de los Derechos del Niño*. Comentada y Anotada exegéticamente. Argentina -Buenos Aires: Astrea.
- **FELDMAN, G.** (1998) “*Los Derechos del Niño*”. Buenos Aires – Argentina. Ed.: Ciudad Argentina
- **FERNANDEZ, S. E.** (2014) Vulnerabilidad, Infancia y Protección Especial, Sobre la Especificación de Derechos Humanos Fundamentales como tutela reforzada de protección. En Fernández, S.E. (Ed.) *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La Protección Integral de derechos desde una Perspectiva Constitucional, Legal y Jurisprudencial*. Tomo I (p.45 a 54). “s.d”. Argentina.
- **GARCÍA MENDEZ, EMILIO** (2006)– *Infancia: de los derechos y de la justicia* - (2º Ed. actualizada). Argentina: Del Puerto S.R.L.
- **GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS y otros** (2007) - *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*” Comentada, Anotada y Concordada (1º Ed.) Argentina - Buenos Aires: Ediar - .

- **GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H (2015)-** *Derecho de la Minoridad: Protección de la Niñez* (4º- Ed. ampliada según el Nvo. Código Civil). Argentina – Córdoba: Mediterránea.
- **GRAHAM - HERRERA Y OTROS (2014) -** *Derecho de las Familias, infancia y Adolescencia: Una mirada crítica y contemporánea* - C.A.B.A: Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación
- **GROSMAN, C.P. (1998)** *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad.* (Ed. Dir.) –Argentina – Universidad.
- **LLOVERAS, N. (2009)** El Interés Superior del Niño. En. Tagle de Ferreyra, G. (Dir. Ed). *El Interés superior del Niño. Visión Jurisprudencial y Aportes Doctrinarios.* Argentina – Córdoba. Nuevo Enfoque Jurídico – Actualidad Jurídica.
- **LLOVERAS, N. (2014).** La Perspectiva de Derechos Humanos en las Relaciones de Familia e Infancia. En FERNÁNDEZ, S.E.. (Ed.) *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La Protección Integral de derechos desde una Perspectiva Constitucional, Legal y Jurisprudencial. Tomo I (p.30).* “s.d”. Argentina.
- **MUSA, L. C. (2006)** La Dimensión Política de la ley 26.0. en GARCÍA MÉNDEZ, E. (Ed. Comp) *Protección Integral de Niños, Niñas y adolescentes - Análisis de la ley 26.061*” p 1 a 13 - Buenos Aires - Ed. del Puerto S.R.L.
- **ORLANDI, O. (2010)** El Derecho Reglamentario en materia de Filiación Biológica a la luz de la CDN. En N. Lloveras – M. A. Bozano Eds. *Los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.* Argentina – Córdoba: Alveroni.
- **OTTOGALLI DE AICARDI, S. I. (2012)** Nueva Legalidad en la Protección de Derechos de la Niñez en Córdoba Reflexiones sobre algunas de sus Implicancias. En Carranza, J. L (Ed.). *Violencia Familiar. Protección Familiar (ley 9283). Protección Integral de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley*

9944) Aspectos prácticos y reflexiones doctrinarias) p. 74 – Córdoba, Argentina. Ed. Alveroni..

- **RESTA, E. (2014).** El Rol del Juez en el Sistema de Protección Integral de Derechos. En Fernández, S.E. (Ed.) *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La Protección Integral de derechos desde una Perspectiva Constitucional, Legal y Jurisprudencial*. Tomo II (p.99 a 106). “s.d”. Argentina.
- **STILTERMAN, M.N. (2016)** *Teoría y Práctica del Derecho de los Niños*. C.A.B.A: Cátedra Jurídica.
- **TAVIP, G. E. (2010)** De qué hablamos cuando hablamos de “Interés Superior del Niño”. En N. Lloveras – M. A. Bozano Eds. *Los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*. Argentina – Córdoba: Alveroni.
- **WEIMBERG, INÉS M. (2002)** *Convención sobre los Derechos del Niño* – Buenos Aires: Rubinzal Culzoni -
- **WEINBERG, I.M. (2002)** *Convención sobre los Derechos del Niño* (Ed. Dir.) Argentina. Santa Fé. Rubinzal Culzoni.
- **YUNI y URBANO (2006)** “*Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación*” – Tomos I y II – Córdoba – Argentina – Editorial Brujas.
- **ZARINI, H.J. (2010)** “Constitución Argentina Comentada y Concordada” 5º Impresión –Buenos Aires – Argentina. Ed. Astrea.

LEGISLACIÓN

- **Convención Americana De Los Derechos Del Hombre De San José De Costa Rica.**
- **Convención De Los Derechos Del Niño.**
- **Declaración De Los Derechos Del Niño.**
- **Declaración Universal De Derechos Humanos**

- **Decreto 2531/16. “Circuito De Tramitación De Consultas Y Denuncias Sobre Vulneración De Derechos De Niñas, Niños Y Adolescentes.** Provincia De Jujuy.
- **Ley 26.061: de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.**
- **Protocolo Para El Acceso A La Justicia De Niños Y Niñas Víctimas Y Testigos De Violencia, Abuso Sexual Y Otros Delitos (2012).** Acordada N°15, Folio N°347/363 N° 200 - Poder Judicial De La Provincia De Jujuy.-
- **DIRECTIVA DE LA CIDH (2013)** “*El derecho del Niño y la Niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*” – CIDH -UNICEF

FUENTES ELECTRÓNICAS:

- **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.** Poder Judicial de la Provincia de Jujuy, 2012 (Versión Electrónica) http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_acordadas.aspx?id=7280 recuperado el 20/01/2017 18:15 hs.

OTRAS FUENTES

- Entrevista personal realizada por la autora el 13/08/2017 al Dr. Hugo Daniel Zamar, - Juez del Juzgado de Menores N° 2 del Centro Judicial San Pedro - Provincia de Jujuy.-
- Entrevista personal realizada por la autora el 14/08/2017 a la Dra. María Mirta Macías - Titular de la Vocalía N° 7 del Tribunal de Familia del Centro Judicial San Pedro - Provincia de Jujuy.-