



Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes
en el Sistema Garantista de Córdoba
Ley Provincial N° 9.944

Trabajo Final de Graduación

Carrera de Abogacía

Lucas Miguel Lozano

Legajo: VABG36394

Año: 2019

Dedicatoria

A mis hijos, Mateo y Benjamín Lozano, por acompañarme en este proceso.

A mis padres, María del Carme Allende y Isidro Alberto Lozano, por darme la vida.

A mis abuelos maternos, Leopoldo Lucas Allende y María Teresa Castellanos, por su docencia y a mi abuela paterna, Genoveva Angelina Bevaqua, por forjarme en la tenacidad.

A mis compañeras con convicciones de la Uder Rio Segundo - Senaf, por su temple.

Y muy especialmente a todos los Niños, Niñas y Adolescentes que conocí, víctimas de maltrato infantil en sus distintas tipologías, por enseñarme a valorar mi infancia.

Resumen

Desde el derecho internacional hasta internalizarse en nuestro ordenamiento jurídico interno, los derechos de los niños, niñas y adolescentes se han afianzando. Así, estos pasan a considerarse como “sujetos de derechos” y no meros “de objetos de derechos”. A razón de ello, se acrecentó la protección que el ordenamiento jurídico les otorgo, estipulando que se podrán pedir las medidas excepcionales en determinados casos donde los derechos de los niños y adolescentes puedan verse vulnerados.

En este sentido, el presente trabajo de investigación analizará la legislación vigente, así como lo indicado por la doctrina y la jurisprudencia. Ello, a los fines de responder cuál es el rol del órgano de aplicación descentralizado en el proceso administrativo/judicial de una medida excepcional de protección.

Palabras claves: interés superior del niño – derechos del niño – medidas cautelares – medidas de protección especiales

Abstract

From international law to internalize our domestic legal system, the rights of children and adolescents have been strengthened. Thus, these are considered as "subjects of rights" and not mere "objects of rights". As a result, the protection provided by the legal system was increased, stipulating that exceptional measures may be requested in certain cases where the rights of children and adolescents may be violated.

In this sense, the present research work will analyze the current legislation, as well as that indicated by the doctrine and jurisprudence. This, in order to answer what is the role of the decentralized application body in the administrative / judicial process of an exceptional measure of protection.

Keywords: best interest of the child – children rights – exceptional measures – special exceptional measures

Índice

Introducción	6
Capítulo 1: Aspectos generales sobre el interés superior del niño.....	9
Introducción	9
1.1. Interés superior del niño	10
1.2. El derecho a ser oído	13
1.3. Derechos de los niños en el Derecho Internacional.....	15
1.4. Protección de los derechos de los niños a raíz del nuevo paradigma protectorio	17
Conclusión.....	19
Capítulo 2: La legislación de protección a los niños, niñas y adolescentes a nivel nacional y en la Provincia de Córdoba.....	20
Introducción	20
2.1. Análisis de la ley 26.061.....	21
2.2. La Protección integral de la infancia en Córdoba.....	26
Conclusión.....	34
Capítulo 3: Medidas de protección especiales destinadas a niños, niñas y adolescentes	35
Introducción	35
3.1. Medidas de Protección Excepcional que tienen por objeto salvaguardar los derechos de los menores	36
3.2. Regulación de la Ley 26.061, análisis de su artículo 39.....	41
3.3. Caso en que se aplica la medida de protección excepcional de la Ley 26.061	46
Conclusión.....	48
Capítulo 4: La Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Córdoba.....	50
Introducción	50
4.1. La Secretaría de Niños, Adolescentes y Familia (El SENAF) de Córdoba.....	50
4.2. Jurisprudencia relevante	53
Conclusión.....	61
Consideraciones finales	62
Bibliografía	64

Doctrina.....	64
Jurisprudencia.....	66
Legislación	66

Introducción

La última reforma constitucional de 1994, incorpora en su artículo N° 75, inciso 22, a la “Convención Internacional sobre los Derechos el Niño”, creada por Naciones Unidas en 1989. Nace aquí, un nuevo Paradigma sobre los derechos de los sujetos menores de 18 años en todo el país, dando lugar posteriormente a la sanción, en el año 2005, de la Ley Nacional N° 26.061 de “Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, que a su vez invita a las provincias a su adhesión. Córdoba, mediante Ley N° 9.396, sancionada en el año 2007, adhiere, creando luego en el año 2011, la Ley N° 9.944 denominada “Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en la provincia de Córdoba”. Esta última norma crea la Secretaria de Niños, Niñas, Adolescencia y Familia, de ahora en adelante Se.N.A.F, como el organismo de aplicación y lo descentraliza en el territorio provincial a través de las Unidades de Desarrollo Regional, quienes articulan con los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos de los municipios y comunas, las medidas de protección integral para el sector.

Las leyes referidas *ut- supra*, operan directamente sobre el ámbito judicial y en los poderes ejecutivos, tanto Provincial como Municipal y de esta manera obligan al Estado a respetar el mandato de la Convención e implementar un proceso Administrativo/Judicial complejo en su articulación, que tiene como fin la restitución y protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el territorio Provincial.

Al respecto, la pregunta surgida como eje de investigación, se centrará en encontrar respuestas sobre rol del órgano de aplicación descentralizado, en tanto garante de los derechos de Niños, Niñas y Adolescente, en el proceso administrativo/judicial de una medida excepcional de protección.

De esta manera, el presente trabajo de investigación, que se inscribe en la culminación de la Carrera de Abogacía, de la Universidad Siglo XXI, aborda el tema seleccionado, pensado en el marco del desempeño laboral de quien suscribe, el cual fue llevado adelante en la función de Delegado, en el Órgano de Aplicación Descentralizado del Departamento Río Segundo, Unidad de Desarrollo Regional, en adelante UDER, de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Córdoba.

El objetivo general consistirá en analizar el Rol del Organismo de Aplicación- UDER- en tanto garante, respecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes – de ahora en adelante N,NyA-, en el marco del Control de legalidad Judicial.

Los objetivos específicos consistirán en caracterizar y definir las Políticas Públicas, teniendo en cuenta su historia y evolución; indagar en el concepto de Perspectiva de Derechos y su incidencia en el marco legal vigente respecto a la Niñez; definir el Instituto Jurídico del Control de legalidad de una Medida de Protección Excepcional y su recepción en las Leyes 26. 061 y 9.944; analizar la función del Organismo de Aplicación- UDER- respecto a la medida de Protección excepciona.

La hipótesis que se plantea es que: la Se.N.A.F. y la constitución de las UDER en tanto organismos descentralizados, son los responsables de garantizar la promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el territorio de la Provincia de Córdoba, desempeñando absoluta responsabilidad en la adopción, innovación, prórroga o cese de una medida excepcional, siendo el Poder Judicial el encargado de controlar la legalidad de los referidos procedimientos.

Según el nivel de profundización en el objeto de estudio, respecto del tipo de investigación, se utilizará la descriptiva, atenta a que se identificarán las características de Políticas Publicas aplicables a la Niñez y Adolescencia en la Provincia de Córdoba y específicamente analizaremos el funcionamiento de la UDER- RIO SEGUNDO- de la Se.N.A.F., en situaciones de medidas de excepción. Mientras que, respecto de estrategias metodológicas, y teniendo en cuenta el tipo de datos empleados, la investigación se abordara desde lo cualitativo, la cual consiste en un análisis holístico con mayor libertad en la elección tanto de la forma de abordaje como de las técnicas a aplicar y de la forma de comunicar los resultados (Krause, 1995).

Sobre la técnica de recopilación de datos, se utilizará el análisis de documental, a los fines de someter a prueba lo recabado en documentación bibliográfica, leyes, convenciones y tratados. La delimitación temporal se tomará desde la aprobación del protocolo la Ley N° 9944, a partir de la cual se conforman los Organismos Descentralizados para la Promoción y Protección de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Provincia de Córdoba, hasta la actualidad (Krause, 1995). La delimitación temporal será desde el año 2011 a la actualidad.

El presente trabajo de investigación se dividirá en cuatro capítulos. En el Capítulo I se analizarán los aspectos generales respecto del interés superior del niño, el derecho a ser oído, y los

derechos del niño a nivel internacional. El Capítulo II tratará sobre la legislación de protección a los niños, niñas y adolescentes a nivel nacional, con la finalidad de comprender cómo se han receptado los parámetros internacionales en nuestro ordenamiento jurídico. El Capítulo III examinará en qué consisten las medidas de protección especiales destinadas a los niños, y cómo difieren de las medidas cautelares normales. El Capítulo IV abordará cómo Se.N.A.F., trata los casos que involucran a niños y adolescentes en la provincia de Córdoba y la jurisprudencia relevante. Finalmente, se expondrán las Conclusiones finales.

Capítulo 1: Aspectos generales sobre el interés superior del niño

Introducción

El niño ha sido objeto de infinidad de debates sobre su status jurídico, la relación que debe sostener con sus disímiles y los derechos que le deben ser reconocidos, de igual manera como el punto exacto en el que dicha situación culmina. En este sentido, la doctrina se ha tomado la empresa de desarrollar estos puntos de la mano de instrumentos internacionales, propios del soft law, que han servido de precedentes para la instauración de los modelos, allí desarrollados, en los Estados que los hayan ratificado.

De forma que, al abordar al niño y su status jurídico, la doctrina ha remarcado en su desarrollo que otrora este había sido concebido como un objeto de derecho a causa de su inferioridad en relación a quienes no poseían este status, como los adultos. Razón por la cual, la actitud del Estado frente a estos era correccional y enfocándose, no en la actividad garantista de asegurar el pleno desarrollo de los niños sino, en la condición de desviados que tuvieran según fuese tipificado en los plexos normativos y otorgando la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de sus derechos a los padres, en menoscabo de la opinión del niño, niña o adolescentes.

Pese a esto, hacia finales del siglo XX la visión fue cambiando, al plantear un paradigma, principalmente fundamentado en la Convención sobre los Derechos del Niño, emanada de la Organización de las Naciones Unidas, que reconocía a los niños, niñas y adolescentes un status de sujetos de derecho y de capacidad progresiva; por lo tanto, estos, a raíz de dicho hito, comenzaron a gozar de una visión que los reconocía como personas que se estaban desarrollando y, además, planteaba distinción del concepto de minoridad por lo que se hacía irrelevante el reconocimiento de la mayoría de edad a los dieciocho o veintiún años, al plantear que eran niños, niñas o adolescentes todos los seres humanos menores de dieciocho años.

Nuevo status que, sin duda, representó un viraje en la relación sostenida entre los niños, niñas y adolescentes con las demás personas naturales y jurídicas, puesto que le fue reconocida la situación de sujetos de Derechos Humanos y se planteó un conjunto de normas, y derechos adjetivos y sustantivos, que enmarcarían la garantía de ellos. En este marco, se postula la necesidad de reconocer el derecho a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta en todas las situaciones

que les afecte, incluyendo las situaciones judiciales, además que le es atribuido al Estado la responsabilidad de dirimir siempre en pro del interés superior del niño.

1.1. Interés superior del niño

Al hablar del interés superior del niño, se necesita comprender a que se hace alusión por niño, en vista al concepto que este sostiene y no ha contenido las mismas implicaciones a lo largo del tiempo. Es bajo esa premisa que, autores como García (2016), señalan que este término ha evolucionado con el pasar de los siglos, de forma que Hebert Spences (1820-1923) y Augusto Comte (1798-1857) describieron al niño de una manera disímil a la de autores de ulterior. Por lo que Spences y Comte plantean que, si bien sobre el niño recaen derechos, éste es un objeto de derecho, además de desviado e inferior, al que se debía normalizar y ello solo era posible a través de la educación, permitiendo la formación de un hombre normal, mientras los niños anormales debían ser marginados; por otra parte, posteriormente, se esgrimieron postulados que observaban a estos, bajo la connotación de “niño peligroso”, manteniendo fijación hacia el aspecto conductual de los niños (García, 2016).

Estas consideraciones fueron replanteadas junto con la evolución de la sociedad, dando lugar a una nueva visión del niño y a la consideración de algunos factores como elementos inalienables e inherentes al mismo, que llevaron a una visión más integral de este, donde es reconocido como sujeto de derecho con una condición de vulnerabilidad. En este sentido, se plantea el interés superior del niño y es comprendido como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar” (Panatti y Pennise, 2016, p. 2). Sin embargo, esta no resulta ser la única conceptualización que se construye en la doctrina respecto al interés superior del niño, puesto que otros autores, como Zermatten, le otorgan un carácter predictivo a lo que responde la necesidad de considerar el futuro del niño para la toma de decisión que se asienta sobre este principio. Asimismo, autores como Cillero, observan en este, un principio que debe garantizar la protección de los derechos del niño y es allí que radica su superioridad. Mientras tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, postula que este principio encuentra su asidero en que los niños están, debido a su inmadurez, debilidad o inexperiencia, en una situación que amerita cuidados especiales (Panatti y Pennise, 2016). Siendo así, el concepto del interés del niño resulta

controvertido por su amplitud e importancia al ser enunciado como un principio que ha de regir la protección de los niños pero que resulta de compleja determinación.

Sin menoscabo a lo anterior, diversas fuentes del derecho se han tomado la empresa de contribuir al desarrollo del concepto debido a la investidura de importancia que éste sostiene como garante de la protección de sus derechos y crecimiento. Ello se ve evidenciado en cómo la doctrina, en análisis a planteamientos provenientes de algunos espacios del soft law, construye algunas dimensiones que han de ser abarcadas en la consideración del interés superior del niño; a saber, la dimensión de derecho sustantivo, la de principio fundamental de interpretación jurídica y, también, la de norma de procedimiento (Pennati y Pennise, 2016).

Cuando se alude a la dimensión de derecho sustantivo que abarca la concepción del interés superior del niño, a la luz de postulados como el del Comité de los Derechos del Niño¹, se refiera al reconocimiento de este concepto como uno inalienable a la naturaleza del niño, que debe ser protegido y garantizado; en consecuencia, emanan las otras dos dimensiones, puesto que al ser un derecho que debe ser protegido y garantizado, debe ser tomando en consideración, como guía, por los medios jurisdiccionales al momento de dirimir entre las interpretaciones posibles de una norma jurídica y decidir, siempre, dentro de las adecuadas, por la que más beneficia los niños, niñas y adolescentes; y, además, se consolida como una norma jurídica de procedimiento, al ser obligatorio la utilización de este concepto como herramienta para la toma de decisiones en la persecución del mayor beneficio posible, o menor afectación posible, de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es así, que esta concepción tridimensional del interés superior del niño, busca fungir, de una manera consecuente con el concepto mismo, como una visión holística de dicho interés.

Este principio denominado interés superior del niño encuentra su principal asidero en el Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, puesto que de este instrumento internacional emanan las relaciones jurídicas que dan cabida a su entrada en la legislación nacional. Dicho documento, prevé, en su artículo 3, que “en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen desde los entes públicos o privados de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, consideraran primordial que se atienda al interés superior del niño”²; acarreado así, la consideración de diversas

¹ Observación General N° 4 del Comité de los Derechos del Niño, 2003.

² Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, 1989.

corrientes en cuanto al carácter que debe darse a las interpretaciones emanadas de la aplicación de dicho principio.

De forma que, el juez según su entendimiento considerara cuál sería la decisión que, en actuación correspondiente, respondería, en caso de una colisión de intereses superiores del niño, al interés superior más importante. Mientras, una segunda corriente, atiende a la necesidad de una interpretación más cerrada, que observe a los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y su garantía, como único parámetro para dirimir entre la prioridad de diversos intereses superiores del niño en colisión. Al respecto de ello, se observa, de acuerdo con Solari (2010), que el primero de los enunciados atiende a una concepción tutelar, la cual es predominante en el sistema argentino, de la consideración del interés superior del niño; mientras, la segunda, observa hacia una visión garantista.

Habiendo sido planteado, de esa manera, un conjunto de situaciones que han de ser consideradas en el abordaje del interés superior del niño y algunos de sus aspectos, cuales suscitan conflictos en su aplicación; éste, puede ser comprendido, tomando como punto de partida algunos enunciados relevantes de la legislación nacional, como “la máxima satisfacción, integral y simultánea...” (Penatti y Pennise, 2016, p. 2), en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos y garantías que le son inherentes. Visto eso, el siguiente cuestionamiento meritorio de respuesta en el desarrollo de este apartado es el de la forma de materialización de dicho enunciado; para ello, uno de los puntos de referencia que recogen los autores del tema es la ya mencionada Observación General N° 4, puesto que en ella se contemplan dos etapas que integran un proceso que permite su garantía, a saber: la evaluación del interés superior del niño y la de determinación del interés superior del niño.

Respecto a la primera etapa, enunciada en el acápite precedente, se contempla la necesidad de que en el procedimiento de dirimir en consideración del interés superior del niño sea evaluado el mismo, de la mano de un equipo integrado por personas de múltiples disciplinas, considerando todos los elementos que resulten necesarios para una decisión efectiva en el marco de la situación concreta. De forma que,

...la evaluación del ISN es una actividad que debe realizarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño, tales como: la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia

de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños (Penatti y Pennise, 2016, p. 4).

Mientras, la segunda etapa consiste en la consideración de la primera etapa, en todos sus aspectos para la toma de una decisión, la cual debe atender a la situación específica que acaece al caso y que se oriente a la plena protección y garantía de los derechos del niño, tomando en cuenta, a su vez, todas las consecuencias que la decisión pueda implicar en el futuro; por lo que, de tal forma, se secunda una de las características primordiales del interés superior del niño, la de atender al futuro del mismo en consideración de todos sus derechos y con la misión de garantizar, sus derechos a: la vida, el desarrollo, la protección del entorno familiar, la educación y el de ser oído.

1.2. El derecho a ser oído

El ser oído, forma parte del entramado de derechos que con el transcurrir de las eras ha sido entendido como inherente a los niños, niñas y adolescentes, como resultado del proceso de reconocimiento de éstos como sujetos de derechos, y a su vez, corolario de ello y cónsono con los planteamientos de la Convención de los Derechos del Niño, como parte del interés superior del niño. Al respecto, entendiendo que la convención enunciada representa parte esencial de la evolución de los derechos del niño, en sus artículos 12 y 13, se postula el reconocimiento del derecho a ser oído en diversas dimensiones; la primera de ellas, en un sentido procesal y, la segunda, en el marco de la libertad de expresión.

En cuanto al sentido procesal, se alude, en el primer acápite del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, al derecho que debe ser reconocido, “al niño que esté en condiciones de formarse juicio propio”, de expresar de forma libre su opinión en todos los casos que le afecten “teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez...”³. Dicho enunciado, cobra carácter liminar para la consolidación del derecho a “...ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”⁴.

Siendo así, el derecho a ser oído resulta ser un elemento *sine qua non* del interés superior del niño que, permitiendo sostener la visión holística planteada por dicho interés superior, conserva

³Art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, 1989.

⁴ Art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, 1989.

la necesidad de contar con mecanismos de protección que permitan garantizar el goce de este derecho, de forma que, para permitir determinar el interés superior del niño es de suma importancia escuchar la opinión del mismo y que esta sea tomada en cuenta (Luft, 2016). Consiguientemente, estos mecanismos han de considerar diversos factores ya que, en la protección dentro del ámbito procesal del derecho del niño a ser oído, tienden a suscitar conflictos de derechos, La doctrina plantea la necesidad de que su opinión sea tomada en cuenta tanto en los que responden a la responsabilidad parental, como en los que lo hacen a los procesos de familia (Luft, 2016).

Por lo tanto, dichos factores, al igual que la naturaleza holística del interés superior del niño, deben atender a un conjunto de aspectos complejos de la vida del niño, niña o adolescentes, así como deben ser evaluados por expertos que logren comprender la verdadera opinión del mismo. En este sentido, la doctrina postula que “para la evaluación y adecuada valoración de la opinión del niño deberán, necesariamente, tomarse en cuenta diversas circunstancias como ser la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, las motivaciones de sus preferencias, entre otras” (Luft, 2016, p. 6); lo que atrae otros conceptos como el de la progresividad, inherente, este último, a la comprensión del niño como un sujeto de derechos que va ampliando su ámbito de acción con el transcurrir de su crecimiento, es decir, un sujeto de derechos que no ha alcanzado su madurez psíquica y biológica.

No obstante, en la legislación nacional, si bien también se comprende el sentido de progresividad de los derechos del niño, en este caso relacionado al derecho de ser escuchado, no se realiza de manera idéntica a la prevista en el primer acápite del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el caso argentino, el criterio que prevalece, a la luz de la ley 26061⁵, es el de la irrelevancia de la edad para que sea escuchado el niño o adolescente, siendo distinto la determinación de su alcance, para lo que sí se toma en cuenta los criterios de edad y madurez (Junyet, 2013). Sin menoscabo a lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño, de igual manera, en la Observación General N° 12, de 2009, en su abordaje exhaustivo de lo concerniente al derecho de los niños a ser escuchados, erige el precepto que alude a la imposibilidad de hacer una determinación cerrada y válida para todos los casos donde se plasme el alcance de la opinión de los niños de acuerdo a la edad, debido a que la madurez y solidez de los juicios que éstos se

⁵ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

forman, depende de situaciones externas, creando la necesidad de que sea evaluado, siempre, en la particularidad del caso específico que se trate⁶.

En efecto, el derecho a ser escuchado genera consecuentemente la consideración de otros derechos, o mecanismos, que permitan su eficacia, de una forma similar a la que se relaciona este con el interés superior del niño. De forma que, ha de ser reconocido también el derecho a ser informado con la verdad y el de contar con una representación adecuada. Esto sucede, para que el derecho a ser escuchado no resulte una mera formalidad, sino que atienda a la preocupación de que el niño y adolescente pueda formar su criterio y que, además, pueda ejercerlo de manera efectiva sin que sea absolutamente necesario la intervención tutelar sus padres o representantes, quienes pueden también ser partes en el proceso judicial (Junyet, 2013).

Por otra parte, la otra dimensión que abarca el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, es el que se enmarca en la libertad de expresión. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido”⁷; ello, sujeto a las restricciones que exclusivamente la ley prevea como el respeto a la reputación de los demás y la seguridad de la nación u orden público⁸.

1.3. Derechos de los niños en el Derecho Internacional

El abordaje de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el marco del Derecho Internacional, tiene, sin dudas, su punto central en la Convención sobre los Derechos del Niño al convertirse dicha convención en un instrumento de alcance global que da un paso amplísimo en reconocimiento del niño como sujeto de derecho. Es, de esta forma, un paso que aclaró espacios en cuanto a la relación de los Derechos Humanos y los derechos del niño, previéndolo como sujeto de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, además de desarrollar derechos propios de los niños y esclarecer sobre la aplicación de estos (Morlacheit, 2008).

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, además de servir de asidero para la inclusión de preceptos legales inherentes a los Derechos Humanos de los niños en las

⁶ Párr. 29. Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño. Mayo de 2013

⁷ Art. 13.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, 1989.

⁸ Art. 13.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, 1989.

legislaciones nacionales de los Estados que la ratificaron, cobra utilidad, también, para el perfeccionamiento de otros instrumentos internacionales, al respecto de la materia, como es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Luft, 2016). Desde una perspectiva territorial pueden ser apreciados diversos sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos, es por ello, que, en el caso argentino, tienen especial incidencia, no solo por su significado como hito histórico sino que, por el espectro territorial que abarcan, el sistema de protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, también, el sistema interamericano.

Partiendo de lo planteado en los párrafos precedentes, ha de ser comprendida la Convención sobre los Derechos del Niño como pilar fundamental de los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño. Es por ello que, al ser abordada, cobra especial relevancia hacer referencia a los postulados esbozados en su preámbulo, en vista de que concentra gran parte de su extensión al plantear que, para su construcción, se ha tomado en consideración:

“...la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”⁹.

Proporcionando, consecuentemente, un carácter conciliador y pionero en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos humanos y, además, derechos propios (como es el caso del interés superior del niño). En el mismo orden de ideas, pero en el ámbito hemisférico, el sistema interamericano, proporcionó sus primeros enunciados persecutores de la elevación del status jurídico de los niños en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁰ al plantear, de acuerdo con Morlacheit (2008), en su noveno artículo “la mujer en razón, entre otras, por ser menor de edad o estar en situación socioeconómica desfavorable” (p. 132); en tanto, los instrumentos internacionales del hemisferio que comparten el mismo origen orgánico del recién referido, pese

⁹ Párr. 7. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, 1989.

¹⁰ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Organización de Estados Americanos, 1994.

a encontrar sus orígenes en periodos precedente a la Convención sobre los Derechos de los Niños, han sido sometidos a opiniones consultivas expandiendo su alcance y adecuando el sistema de protección interamericano al status de los niños, niñas y adolescentes¹¹.

Sin embargo, pese al desarrollo de opiniones consultivas y el criterio que permite la consideración de la Convención sobre los Derechos del Niño para la interpretación y revisión de los instrumentos que integran el sistema de protección interamericano, esta actividad resulta insuficiente. La doctrina rescata la necesidad, en este ámbito, de un mayor desarrollo de los elementos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño estos (Morlacheiti, 2008).

1.4. Protección de los derechos de los niños a raíz del nuevo paradigma protectorio

El tema de los derechos de los niños y su status jurídico encierra un gran debate desarrollado desde 1980 hasta la actualidad, el cual ha contenido diversos temas álgidos pendientes del contexto predominante del momento. En este sentido, puede observarse una evolución desde un paradigma que comprendía la protección del niño como tutelar, observando a estos como un sujeto pasivo, hasta la construcción del paradigma que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

En Argentina, una de las primeras problemáticas presentadas en el contexto de este debate que evolucionó a lo largo de los años entorno al status de los niños, niñas y adolescentes, es el de la delimitación del sujeto al cual se hace referencia, lo que se ve contenido en la discusión de las diferencias entre minoridad e infancia. Ello se percibe en la visión proporcionada por las leyes vigentes durante dicho período, al sostener que el menor ha de ser una persona insuficiente que debe recibir, en defecto de la protección de los padres, la tutela del Estado “sustentada sobre la base de la carencia de edad y razón, lo cual impide al niño hacerse cargo de las consecuencias de

¹¹ Al respecto, la Opinión Consultiva N° 17 (2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, observa lo siguiente: “La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. El gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinio iuris communis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia. Valga destacar, que los diversos Estados del continente han adoptado disposiciones en su legislación, tanto constitucional como ordinaria, sobre la materia que nos ocupa; disposiciones a las cuales el Comité de Derechos del Niño se ha referido en reiteradas oportunidades. Si esta Corte recurrió a la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer lo que debe entenderse por niño en el marco de un caso contencioso, con mayor razón puede acudir a dicha Convención y a otros instrumentos internacionales sobre esta materia cuando se trata de ejercer su función consultiva, que versa sobre ‘la interpretación no sólo de la Convención, sino de otros tratados’”

sus decisiones” (Eberhardt, 2006, p.3) dando como resultado la promulgación de leyes como la Ley del Patronato de Menores¹² y la Ley de Trabajo de Mujeres y Niños¹³.

En contraposición, la Convención sobre los Derechos de los Niños concebía a éstos bajo la categoría de infancia y sostenía una visión poco compatible con los planteamientos contenidos por los textos normativos recién enunciados. Ésta abogaba por el menester de considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, ya no solo como sujetos pasivos que han de aguardar por la tutela del Estado o del, por contraposición al concepto de “menor”, “mayor”, sino que, promovía el reconocimiento del derecho de los niños a ser escuchados, que su opinión sea tomada en cuenta y, por consiguiente, el interés superior del niño (Eberhardt, 2006); entendiendo, además, que niño es todo ser humano menor de dieciocho años, a menos que por disposición legal haya alcanzado la mayoría previamente¹⁴.

La inclusión del Convenio sobre los Derechos de los Niños en la reforma de texto constitucional realizada en 1994, logró esbozar los causes para la modificación del sistema vigente de entonces. Pese a ello, la doctrina destaca que dicha modificación no fue inmediata y tardó poco más de una década en hacerse efectiva con la promulgación de la ley 26061, donde es derogado el antiguo sistema patronal y se impone un sistema garantista (Assef, 2014). Dicho sistema deja atrás la visión de niño enfocada en sus carencias e incapacidad, así como el carácter penal que enfatizaba atender a quienes resultaban desviados de la conducta que la ley comprendía como normal, que resultaba en la visión de éste como sujeto pasivo de escasa o nula participación en el proceso de resolución de sus controversias, para instaurar un modelo en el que le es reconocido el derecho a intervenir en las controversias que le afecten, el ser escuchado y el ser debidamente asistido.

Asimismo, atiende a un paradigma que otorga la responsabilidad al Estado a tomar la tarea de dirimir sobre el menor, contando con su participación activa, en el seno del núcleo familiar. Ello, enmarcado en necesaria e inalienable atención que debe ser otorgada al interés superior del niño como principio garante de la realización y desarrollo futuro de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo siempre al caso particular y con una perspectiva holística y consciente de todos los factores influyentes en la construcción de su realidad.

¹² Ley 10903. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de octubre de 1919.

¹³ Ley 11317. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de noviembre de 1924.

¹⁴ Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, 1989.

Conclusión

La protección de los derechos del niño, en conclusión, puede ser estructurada en diversas aristas para comprender las dimensiones donde se encuentran implicaciones de su evolución. En este sentido, se plantea un punto medular que resulta en el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho y no como sujetos pasivos u objetos de derecho. Ello implica necesariamente la consideración inalienable, de éstos, como sujetos de Derechos Humanos y, de igual manera, como personas especialmente vulnerables a causa de la situación de desarrollo en la que se encuentran. Por lo tanto, como corolario, ha de ser reconocida su capacidad progresiva y el interés superior del niño como parte de sus derechos inalienables e irrenunciables.

Sin menoscabo a lo anterior, todo ello amerita la construcción de un sistema de protección, de alcance nacional e internacional, donde todos los derechos sustantivos y adjetivos, de necesario reconocimiento, se vean consagrados, obligando así, a los distintos elementos que integran el sistema social a tomarlos en cuenta.

Con ello, se hace necesario la migración de un sistema que no considera los reclamos del niño en diversas situaciones estimadas pertinentes, hacia un sistema que se encargue de garantizar partiendo de los reclamos del niño, en vista de las situaciones que afectan sus derechos y su interés superior, lo que amerita internalizar, lo previamente planteado.

Capítulo 2: La legislación de protección a los niños, niñas y adolescentes a nivel nacional y en la Provincia de Córdoba

Introducción

En el presente capítulo se analizará la ley 26.061. En septiembre del año 2005, el Congreso Nacional decreta la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, derogando la anterior ley de patronato de menores, vigente desde 1919. Esta ordenanza representa un punto de inflexión en la forma de concebir a la infancia y su relación con el Estado, con la familia y la comunidad.

Aborda todos los asuntos sobre la niñez, tanto aspectos de derecho público como de derecho privado. Solamente se excluye de su tratamiento lo atinente al régimen penal de la minoridad, es decir, cuando el niño hubiere cometido un hecho por la cual se le pueda imputar la comisión de un delito.

El agrupamiento de los derechos del niño en una ley especial, importa, desde el punto de vista legislativo y metodológico, una novedad en nuestro derecho positivo. Pues, hasta la sanción de la presente ley las distintas temáticas referidas a la niñez eran tratadas en forma dispersa, en distintos códigos y normas específicas. En tal sentido, se adopta el modelo de las legislaciones latinoamericanas, que en sus sistemas internos cuentan con leyes de Protección Integral de los derechos del niño y del adolescente.

Por lo demás, esta nueva metodología, de unificar el tratamiento legislativo en un cuerpo único en este caso, coincide con el instrumento internacional en la materia, la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional. La cual se refiere, en forma completa, a todos los derechos y garantías de las personas menores de 18 años.

A partir de la existencia de este instrumento internacional sobre la niñez, se ha producido una internalización de los derechos del niño, como comprensivo de los derechos humanos. En verdad, la Convención de los Derechos del Niño viene a ser la versión de la Declaración Universal de Derechos Humanos de toda aquella persona que no supera los 18 años de edad. De manera que los infantes son titulares de derechos humanos fundamentales.

2.1. Análisis de la ley 26.061

En cuanto a los derechos reconocidos en la ley nacional 26.061¹⁵ de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, podríamos decir que el proyecto avanza en relación a un mayor alcance de garantías de derechos reconocidos en la Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Pero, dentro de este marco, recurre a una serie de eufemismos para continuar con el derogado sistema tutelar que considera a los niños como incapaces y sigue recurriendo a la institucionalización como medida de protección. Tal situación se hace clara cuando el proyecto regula la figura del abogado del niño pero lo continúa considerando incapaz al sujetarlo a la representación de sus padres o a la promiscua del asesor de menores. También, al momento de reglamentar la medida excepcional, sin proporcionar los límites necesarios para garantizar su excepcionalidad, convirtiéndose de este modo la excepción en regla.

No obstante, los retrocesos del proceso, resulta evidente que ninguna ley provincial puede reconocer menos derechos que los consagrados en la ley nacional y mucho menos re- instalar un patronato disfrazado. Al respecto, se ha dicho que la ley 26.061 es una suerte de medida elaborada por el Congreso Nacional para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que se derivan de la ratificación por Argentina de CDN, al asegurar su aplicación en el país.

Por lo tanto, en caso de conflicto con normas provinciales éstas deben ceder a favor de la ley nacional. Se está frente a una suerte de ley de contenidos mínimos aplicable en todo el territorio de la Nación. Sus disposiciones tienden a tornar operativas las de la CDN y están absolutamente vinculadas con ésta. Es más, la aplicación no puede sino ser conjunta y para entender la relación que se da entre ellas, en lo que interesa a la cuestión que se está desarrollando, opera el vínculo que existe en derecho entre lo principal y lo accesorio. La ley juega como un accesorio de la Convención y por lo tanto es objeto de las mismas consideraciones que ésta.

Además, las disposiciones de la ley son fundamentalmente de derecho civil por lo cual se extienden a ellas las consecuencias relacionadas con toda norma que conforme el denominado derecho de fondo. Esto es, se aplica el artículo 75, inc. 12 CN que le concede al Congreso nacional

¹⁵ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

la facultad entre otras de dictar el Código Civil. Pero en base a la misma disposición no deben alterarse las jurisdicciones locales.¹⁶

En lo que respecta a la materia, esta directiva implica que debe quedar en manos provinciales la aplicación de la ley y por órganos locales. No obstante lo expresado, las Provincias deben dictar las normas que complementen a la ley 26.061 de manera de adaptar sus disposiciones a las realidades locales. Asimismo, ello será necesario para la aplicación de las políticas encaminadas a hacer frente a esas realidades y que ameritan la elaboración de disposiciones adecuadas a las mismas.

En resumen, las provincias no pueden reconocer menos derechos de los reconocidos por la ley nacional, pero sí pueden ampliar el plexo de derechos y garantías. Esto no ha sucedido con el proyecto en análisis que limita groseramente la figura del abogado del niño. También amplía la procedencia de las medidas de separación del medio familiar, generando para los niños de Córdoba un status jurídico disminuido.

Cabe resaltar que la ley 26.061 garantiza de modo indudable la participación personal, además en calidad de parte de los niños, niñas y adolescentes sin recurrir al eufemismo de la representación como lo hace el proyecto de la provincia de Córdoba. Igualmente, sin limitar y discriminar en el ejercicio de los derechos en función de la edad de los niños (as) y adolescentes involucrados. Solari, expresa que:

La ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y más aún la sanción de la ley 26.061, ha puesto en jaque el paradigma de la incapacidad, y lo ha remplazado por la autonomía o capacidad progresiva. En este orden de ideas, a partir de las nociones de autonomía y evolución de las facultades, a la que alude la CDN y la nueva normativa de adecuación a ella, se reconoce que los niños y adolescentes, adquieren capacidad para el ejercicio personal de sus derechos. Es en este terreno donde cabe destacar un avance significativo de la ley 26.061 al garantizar al niño su derecho a designar un abogado de confianza, lo cual supone su real protagonismo con el debido asesoramiento (Solari, 2005, p. 5).

En resumen, tanto el derecho a ser oído, como la garantía de designar un abogado de confianza, debe verificarse cualquiera sea la edad del niño. Esta conclusión surge nítidamente de la ley 26.061, que en ninguna de sus normas condiciona la citada garantía al suficiente juicio, madurez o desarrollo del niño. Vale decir, que no corresponde efectuar diferencias que la propia

¹⁶ Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

ley no realiza. De modo coincidente, se sostuvo que la ley 26.061 habilita a los llamados por el Código Civil menores impúberes y púberes a designar un abogado de confianza. Además, de las pretensiones del niño expresadas a través del abogado, serán evaluadas según su madurez y desarrollo.

La intervención del abogado del niño implicará que su opinión se considere de manera distinta y sin que sea arrastrada por las otras, ya que sobreviene un nuevo interés autónomo y de directa atención por el órgano jurisdiccional. El sentido de su admisión reside en que de nada valdría el derecho a ser oído sino se lo puede ejercer de un modo útil y eficaz. Al respecto, la defensa técnica contribuirá a que las manifestaciones del niño no adquieran para el intérprete cualquier sentido, sino sólo aquel tendiente a la irrestricta defensa de sus intereses particulares.

Considerar lo contrario es no tomar en cuenta el principio de autodeterminación progresiva del sujeto, que implica la posibilidad de ser otro, distinto de su representante legal o su representante promiscuo, aún a pesar de que coincidan en apariencia sus intereses. Ahora bien, el simple hecho de permitírsele una escucha diferenciada dentro del proceso posiciona al niño como diferente, con capacidades distintas al resto de las partes. Lo cual contribuye a la construcción en el imaginario colectivo de la comunidad, del respeto al niño/a y adolescente como un sujeto autónomo.

En este punto, vale aclarar que no obstante la representación de los padres, los niños tienen derecho a actuar por sí y designar un abogado de confianza a fin de garantizar plenamente sus derechos. Ya que la representación legal de los padres, así como la defensa promiscua del asesor de menores no es suficiente a tal fin, como se desprende del proyecto en análisis.

De igual manera, el protagonismo que la Convención sobre los Derechos del Niño y la nueva ley otorgan a los niños en las cuestiones que los afectan, implica que gozan del constitucional derecho de ser asistidos por un abogado de confianza. Al respecto, a fin de lograr una tutela judicial efectiva, el niño debe participar como “parte” en todo proceso en el cual se decidan cuestiones relativas a sus derechos y su futuro. Todo ello al margen de la representación legal de los padres y la promiscua del asesor de menores.

Nada impediría, siguiendo las tendencias más modernas en la materia, que, sin perjuicio de sus representantes legales y de la intervención necesaria del Defensor de Menores, se garantice al niño una tutela jurisdiccional diferenciada, quien se encargaría de vigilar la observancia de los

derechos de los menores. Ello es así porque, si bien en principio y de acuerdo con la legislación civil, las personas menores de edad son representadas en juicio por sus padres (art. 57 inc. 2 y art. 274 CCiv.)¹⁷. Además, confusamente por el Ministerio Público de Menores (art. 59 CCiv.)¹⁸, y que para estar en juicio necesitan de la autorización expresa de ambos padres (art. 264 inc. 5 CCiv.)¹⁹.

Cabe también recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional reconoce en su art. 5 el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades²⁰. A su vez el art. 18 de la misma Convención señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo con una orientación fundamental: el interés superior del niño, reconocido en el art. 3.1 de dicho texto constitucional. Según esto el autor expresa:

Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, con relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior (Bancoff, 2016, p. 5).

Cabe afirmar, con relación a la figura del representante, mencionada en el art. 12.2 de la Convención, que no podrá un padre, con el pretexto de ser el representante legal de su hijo, aspirar a que con su sola actuación se tenga por cumplida la normativa del tratado. Esta actitud sería abusiva y violatoria del art. 5 de la Convención. Entonces, por todo lo dicho debe quedar claro que no es suficiente la representación legal de los padres para tener por cumplida la participación personal y con asistencia letrada propia de los niños.

A esta altura también es necesario formular algunas precisiones acerca de la representación del Ministerio Público de Menores. Respecto de ello, recuérdese que no debe confundirse el papel de este ente en la defensa de los derechos de la infancia con la defensa técnica que pueda ejercer el propio niño o adolescente en un caso concreto. Conviene subrayar, que este ministerio es

¹⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²⁰ Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

defensor, por mandato constitucional y legal de los derechos de los niños, las niñas, adolescentes, así como las demás personas incapaces de hecho en la medida de su indisponibilidad.

Ahora bien, la defensa de estos derechos que interesan a la sociedad y al Estado no puede confundirse con la defensa que puede ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia de un abogado del niño, al cual se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto, igualmente presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño.

Si bien su función no es contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, evidentemente no es suficiente para garantizar que los niños puedan ser parte del proceso, accediendo a la información que en el mismo se suscita y activando su tramitación. De modo enfático, establece el decreto 415 reglamentario de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que el derecho de asistencia letrada previsto en el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales del niño en el proceso judicial. Todo ello sin perjuicio de la intervención del asesor de menores.²¹

Sin dudas, se trata de dos figuras diferentes y autónomas; de este modo, el asesor de menores materializa la mirada adulta del interés superior del niño, y el abogado, la mirada del infante de su mejor interés. Vale aclarar que, en sus orígenes, la figura del asesor de menores ha estado ligada a la cultura del patronato. Dentro del modelo tutelar, la actuación del defensor de menores respondía a la ideología del Patronato que basada en la estimación del niño como objeto de protección, parte de la premisa de su incapacidad para todos los actos de la vida civil. Enfáticamente, se ha dicho que del sistema de representación promiscua de los menores subyace la idea del menor objeto de control por parte del asesor de menores. Con respecto a lo anterior, Mizrahi opina:

En definitiva, la representación legal se exhibe como una ficción legal por la cual se le otorga al representante un poder en la esfera jurídica ajena, y por ende, sólo es posible la actuación del representante, única voluntad a tener en cuenta en la formación del acto jurídico.¹ En este sentido, la característica central del modelo tutelar consiste en la negación de la participación del niño ya que la representación legal lo “sustituye” absolutamente (Mizrahi, 2005, p. 4).

²¹ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

Al respecto, se ha manifestado que el criterio de actuación del mismo es el de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición más favorable a los intereses del niño. Aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por el representante individual del mismo. Sin duda, el Defensor Público de Menores, en tanto ejerce una representación promiscua, representa los intereses del menor pero, a la vez, cumple con la función tutelar propia del Patronato del Estado. De ahí que sus intervenciones se identifican con las de éste, en el sentido de contribuir a la tutela del menor. Sus intereses son los del Estado en su función tutelar y no los intereses del niño o joven tutelado en cuanto titular de derechos y garantías.

En resumen, el proyecto recurre a la paradoja de equiparar participación activa, además de muy personal del niño con representación legal y promiscua, convirtiendo en letra muerta la figura del abogado del niño, al volverlo a considerar un incapaz en sintonía con el derogado modelo tutelar. En otras palabras, más allá de titular el artículo 29, que regula el abogado del infante como garantías del proceso, concibe a la defensa técnica como una facultad del juez o poder administrativo, en vez de una garantía ineludible para el Estado.

2.2. La Protección integral de la infancia en Córdoba

Sin duda, la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes ha logrado regular la medida excepcional de un modo que se garantice su excepcionalidad respetando rigurosamente el derecho de los niños a la convivencia familiar. Al respecto, se prohíbe su empleo por cuestiones sociales, se obliga al poder ejecutivo a agotar las medidas de protección integral como paso previo a su dictado.

Igualmente, se garantiza la defensa técnica de niños, niñas y adolescentes, así como se prohíbe la privación de la libertad como medida de protección. En sintonía con el régimen neoliberal de la década del 90' en Córdoba se impulsan medidas que tienden a un achicamiento del Estado con control. Además de recortes de gastos e implementación de tecnologías, tendientes a un gerenciamiento de lo público.

Ahora bien, se sancionan en este contexto las Leyes Provinciales: 8835, Carta del Ciudadano; 8836 de Modernización del Estado y la 8887 de Incorporación de Capital privado al Sector Público. En el año 1995 se sanciona la Ley 8498, la mayoría de los Diputados y Senadores que participan en su debate, con su posterior ordenanza opinan que la misma se enmarca en la perspectiva de la Protección Integral. Tal opinión es sostenida además en forma dominante por los

operadores de los Juzgados de Menores y del Consejo Provincial de Protección al Menor. Bercoff, expresa:

La finalidad que subyace a las acciones del gobierno en este campo, es poner fin a la vieja estructura del Consejo Provincial de Protección al Menor “modernizándola” bajo la idea de gerenciamiento de lo público. Es en este sentido, que en julio del 2002 se publica la ley 9006, por la que se crea la Agencia Córdoba Solidaria Sociedad del Estado, dependiente de la Secretaría General de la Gobernación. Entre las competencias de la misma se encuentran los aspectos relacionados a niñez, adolescencia y familia (Bercoff, 2016, p. 68).

Sintetizando, En medio de fuertes irregularidades, ya que para que la Ley 9006 obtuviera un carácter de legalidad era necesaria previamente la modificación del Estatuto de Menores, se dispone que las Áreas Correccional y Prevencional, dejen de depender del C.P.P.M. y franqueen a la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y a la Agencia Córdoba Solidaria respectivamente. Para hacer efectivos tales cambios, los que dejaban sin facultades al Consejo Provincial de Protección al Menor, se torna urgente la derogación de la ley 4873.

Así, se inicia una carrera legislativa, y en menos de cuatro meses se produce un profundo cambio en los organismos que regulan la presente temática. Todo esto en un marco de fuerte oposición por parte de actores de la sociedad civil de la ciudad de Córdoba que se hallan vinculados directa o indirectamente con esta problemática.

Sin duda, el proceso aludido desencadena en la sanción de una sucesión de leyes provinciales que organizan la estructura según intereses del gobierno de turno, precarizando los programas de acción. Impidiendo la consolidación de un órgano especializado en infancia que pueda trabajar planificadamente, con políticas integrales a mediano y largo plazo. Llama la atención que el proyecto de ley provincial, además de relativizar la figura del abogado del niño no contiene ninguna cláusula de prohibición de la privación de la libertad como medida de protección. Muy por el contrario, la permite sin demasiados eufemismos.

Además, si bien el proyecto de la provincia de Córdoba establece que las medidas excepcionales solo serán procedentes cuando previamente se hayan hecho cumplir debidamente las medidas de protección integral. Esto en sintonía con el artículo 40 de la ley 26.061²², renglón seguido relativiza ampliamente la limitación. Al respecto expresa el artículo 40 las medidas

²² Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

excepcionales solo proceden cuando la aplicación de las medidas de protección integral resulte insuficientes o inadecuadas para su situación articular.

Cabe agregar como objeción al proyecto, que su artículo 58 establece que el juez encargado de controlar la legalidad de la medida es el juez de niñez, juventud y familia. En franca colisión con lo dispuesto por la ley 26.061, el cual en su artículo 40 dispone que el juzgado encargado de controlar la legalidad de la medida es el juez de familia.²³

En este punto, vale aclarar que la delegación del control de legalidad a un juez de niñez y juventud implica seguir dividiendo a la infancia. Por un lado, la infancia de los sectores más vulnerables que son tratados por los juzgados de infancia, antes llamados de menores. Por otro lado, la infancia de los sectores medios y altos abordada por los juzgados de familia. En cuanto a esto Belluscio destaca:

Un adecuado proyecto de responsabilidad penal juvenil debe cumplir con las directrices que en materia de derechos y garantías imponen los estándares internacionales, en coherencia con el nuevo paradigma de la “protección integral”, que comprende a las personas menores de edad como sujetos, titulares de derechos y garantías. Es por ello que un proyecto de ley para los infractores de la ley penal, debe fomentar el sentido de la responsabilidad por los actos propios, a través de garantizar el principio de especialidad, de debido proceso judicial, el acceso a la defensa técnica, las condiciones jurídicas para la imposición de la prisión preventiva, entre otros aspectos fundamentales (Belluscio, 2006, p. 7).

En resumen, al tener como objetivo primordial la protección y asistencia de los niños, replica los eufemismos de la lógica tutelar que permite: confundir al niño-víctima o vulnerado en sus derechos, con el adolescente sujeto activo de una infracción penal. También aplicar la misma solución punitiva para todas las situaciones, consistente en disponer discrecionalmente de las niñas, niños y adolescentes, cuando estuviesen material o moralmente abandonados; sin considerar la edad, las características del hecho, y si efectivamente se determinó su responsabilidad penal.

Cabe señalar que la ley 26061, estipula órbitas de competencia específica en el marco de la Administración para el abordaje estatal de la problemática asistencial de niños, niñas y adolescentes. Por lo que debe entenderse que ha caído así toda responsabilidad, además de competencia que pudiera haberle correspondido, en lo que hace a su situación social, al juez penal que hubiera de entender en aquella causa en que el niño fuera imputado.

²³ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

Con la incorporación de la ley 26.061 al marco normativo nacional, la única razón de ser de la actuación judicial en el caso de niñas, niños y adolescentes menores de 18 años de edad, debería encontrarse en la investigación y constatación de la existencia del hecho típico. Así como el antijurídico reprochable al sujeto sometido a proceso, también determinar su participación, situación que determinará y dictaminará, finalmente, sobre su responsabilidad.

En su consecuencia, ante cualquier situación detectada de amenaza o vulneración de derechos que padezca la niña, niño o adolescente infractor a la ley penal, tiene que ser puesta en conocimiento del poder administrador. A los fines de que sea éste quien adopte las medidas de protección de derechos pertinentes siguiendo los lineamientos de la Ley 26.061.

Resulta evidente que la medida de protección no puede generar restricción alguna de derechos. Es que, justamente, el objetivo de dichas medidas consiste en proteger de forma integral todos los derechos de las personas menores de edad. En nuestro ordenamiento jurídico vigente, las personas menores de 18 años pueden ser no punibles en razón de la edad y en razón de la pena atribuible al tipo de delito cometido. Es así que el art. 1 de la ley 22.278 señala que:

No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.²⁴

Ahora bien, al colocar como criterios determinantes previos a la disposición cuestiones como estudios y peritaciones relativas a la personalidad del niño o adolescente. También sus condiciones familiares, además de ambientales, implica considerar cuestiones que no se vinculan con el hecho y pruebas. Igualmente, da cuenta como la privación de libertad no está asentada en un hecho previo típico, sino que es discrecional.

Además, para su efectivización se tienen en cuenta criterios de peligrosidad que atienden a las características de la personalidad, violando las reglas constitucionales que impiden la reacción punitiva del Estado contra la mera culpabilidad de carácter. De igual modo, sólo permiten la aplicación de este poder penal a quién ejecutó un hecho punible.

²⁴ Ley 22.278. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de agosto de 1980.

Cabe destacar que la ley penal solo puede válidamente seleccionar acciones (Art. 19 CN)²⁵. Asimismo la pena sólo debe fundarse en lo que previamente establece la ley (Art. 18 CN)²⁶, la reprochabilidad y la aplicación de la pena al autor sólo adquieren legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla. Además, carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo.

En cuanto a la ley 26.061²⁷, el Artículo 61 enumera las funciones del Asesor de Niñez y Juventud. Vale señalar que la figura del asesor de Menores fue concebida jurídicamente cuando las personas menores de edad eran consideradas como objetos de tutela, compasión y represión. En consecuencia, el mundo adulto no les reconocía ninguno de los derechos, así como de garantías inherentes a la persona humana.

Dicha figura, tenía sentido en la medida en que se estableció normativamente al niño como incapaz, como una institución de protección, considerando a los niños y jóvenes como objetos de protección-tutela. Donde sus intereses eran llamados a ser protegidos-tutelados por el Asesor Público de Menores, sin que en nada interfiera la voluntad del representado.

Sin duda, el Asesor Público de Menores, en tanto ejerce una representación promiscua, representa los intereses del menor, pero, a la vez, cumple con la función tutelar propia del Patronato del Estado. Vale aclarar que, expresa las disposiciones de la ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946²⁸, establecen que el asesor de menores ejerce el Patronato Estatal en concurrencia con el juez. De ahí que sus intervenciones se identifican con las de éste, en el sentido de contribuir a la "tutela" del menor. Sus intereses son los del Estado en su función tutelar y no los intereses del niño o joven tutelado en cuanto titular de derechos y garantías. Bercoff, opina:

Si analizamos la figura del Asesor de menores e incapaces a la luz de las normas internacionales y locales de derechos del niño, el rol que le cabe es el de asegurar el efectivo goce de los derechos que le asisten a los niños, niñas y adolescentes en calidad de sujeto de derechos conforme el paradigma de la convención internacional de los derechos del niño (Bercoff, 2016, p. 125).

²⁵ Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

²⁶ Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

²⁷ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

²⁸ Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de marzo de 1998.

En resumen, el Asesor, debería posicionarse en cada caso como órgano de control del debido proceso, También, de no asumir el rol de asistencia directa ni control social de los representados, que son de competencia del Poder Ejecutivo y el Ministerio Fiscal, respectivamente. Ahora bien, si se analiza el inc. art. 61, se evidencia una ampliación de las funciones en cabeza del Asesor de Menores, que habilita su intervención como defensor subsidiario en el fuero penal.

Independientemente de la discusión de que si se debe o no derogar la figura del asesor, cierto es que no le corresponde asumir la función de defensa técnica, que es propia del Ministerio Público de la Defensa. A estos efectos el niño, niña/ adolescente debe contar con una defensa técnico-jurídica especializada en derecho penal juvenil; que vele por un debido proceso y que garantice la protección de todos sus derechos. Es claro, que si a cualquier adulto en conflicto con la ley penal se le garantiza un defensor penal de oficio, lo mismo debe ocurrir con las personas menores de edad.

De esta manera, y considerando la situación especial en la que se encuentran las personas menores de edad por estar es su etapa de crecimiento, se impone la necesidad de una justicia especializada (lo que incluye la posibilidad de acceder a un defensor penal juvenil). La cual pueda adaptarse a su condición, en pos de que la injerencia y la embestida que implica un proceso penal sobre cualquier persona, en el caso de los jóvenes sea lo menos lesivo de derechos posible, además garantice el debido proceso.

Se debe ser claro al afirmar que en todas aquellas medidas que tengan como objeto injerir en la vida de un niño, niña y/o adolescente, el Estado se encuentra obligado a garantizar el interés superior del niño, el cual consiste en la plena satisfacción de sus derechos. Vale aclarar que ninguna decisión estatal respeta el interés superior del niño, si no da protección efectiva a sus derechos.

En este sentido, no es posible entender que se respeta el interés superior del niño si se restringe su derecho fundamental a la libertad ambulatoria. Aún más si no se ha dado cumplimiento a los requisitos constitucionales mínimos previstos para los adultos que habiliten y legitimen al Estado, a aplicar una medida de esta envergadura, asimismo de naturaleza puramente coercitiva.

Sin duda, el paradigma de la protección integral sustentado en la Convención y en la ley nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescente se organiza y funciona con la lógica de un Sistema. En relación al concepto de sistema, se entiende por tal al conjunto de elementos

que interactúan dinámicamente con un propósito u objetivo común, y organizados de tal manera que constituyen un todo lógico, así como funcional.

En cada sistema existen subsistemas, que son el conjunto de elementos e interacciones que, respondiendo a estructuras y funciones especializadas, se dan en el marco de ese sistema mayor. De este modo un sistema puede ser a su vez un sistema dentro de un sistema mayor. Por ejemplo: el sistema penal juvenil, el sistema de educación, el sistema de salud, el sistema de protección social, el sistema judicial y otros; están dentro de un sistema mayor de promoción, además de protección integral de derechos de la infancia y adolescencia. Navarro y Jiménez, expresan:

En cada sistema que se analice, se verá que recibe y descarga algo en los otros sistemas, con frecuencia en aquellos que son adyacentes. Los sistemas abiertos, como el que estamos analizando, son caracterizado por un intercambio infinito con su ambiente, que son los otros sistemas. Un enfoque sistémico nos permite una visión global, holística, que abarca todos los aspectos, atendiendo a la especificidad de cada componente, así como a las diversas interacciones, con el foco puesto siempre en el propósito u objetivo del sistema (Navarro y Jiménez, 2018, p. 6).

Resumiendo, se entiende como sistema de protección integral de la infancia al conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local; los cuales están orientados a respetar, promover, proteger, restituir. Además de restablecer los derechos de los niños y niñas, así como reparar el daño ante la vulneración de los mismos establecidos por las legislaciones nacionales de infancia. También se tendrán particularmente en cuenta los mecanismos de relacionamiento entre las instituciones públicas y privadas del país, sus interacciones y complementariedades, en especial describiendo el vínculo entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil.

Ahora bien, el sistema de promoción y protección integral de derechos (SPID) de niñas, niños y adolescentes tiene como principios básicos la corresponsabilidad de los actores/efectores que la integran en el goce de sus derechos. También, de la coordinación, los diálogos entre ellos, y/o los subsistemas, de forma tal que permita identificar sus funciones, competencias y características. Además, de qué manera son o no funcionales al objetivo común de la protección de derechos.

Para asegurar que existe un Sistema de protección de derechos de la niñez y adolescencia se debe, como mínimo, contar con: un organismo o institución rectora, un ámbito deliberativo y de participación paritaria de los organismos públicos, así como de la sociedad civil,

institucionalidad descentralizada. Asimismo, en una coordinación bien regulada, con una clara distribución de competencias, entre todas las entidades públicas y privadas, las cuales se ocupan de las cuestiones relacionadas con la infancia y la adolescencia tanto a nivel nacional, provincial, así como municipal. Igualmente, que cuenten con los recursos técnicos y financieros necesarios para el funcionamiento de toda la institucionalidad.

Por otro lado, la ley 26.061²⁹ de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su art. 32, establece como objetivo del sistema la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo, además de restablecimiento de sus derechos. También el efectivo goce de sus derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, de igual modo, la CDN, y los demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado Argentino. Lo define como un sistema que abarca todos los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. La misma disposición cita los actores/sectores que lo conforman.

De la misma manera a todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan, asimismo los que supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal. Además, establece los medios con los que debe contar para lograr el objetivo, a saber: políticas, planes. De igual modo programas de protección de derechos, organismos administrativos y judiciales de protección de derechos, recursos económicos, procedimientos, medidas de protección de derechos, así como medidas de protección excepcional de derechos.

Sin duda, el Sistema de Protección Integral, en un Estado Federal como el de Argentina, se organiza en diferentes niveles, con interacciones y responsabilidades diferenciadas. Como consecuencia se encontrará con un sistema nacional, sistemas provinciales y sistemas municipales/locales de promoción, además de protección de derechos. Cada uno de ellos con un organismo rector. Asimismo, el Estado, en todos sus niveles, nacional, provincial y municipal.

A través de sus políticas, es el principal garante de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, pero no es el único actor responsable en la satisfacción de esos derechos. Por el principio de corresponsabilidad son responsables de la promoción y protección de derechos, las familias, la sociedad, las organizaciones de la sociedad civil y las empresas.

²⁹ Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Argentina (2005).

También, la corresponsabilidad exige el conocimiento de todos los actores acerca del marco jurídico vigente. Fundamentalmente de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, los distintos actores institucionales del sistema de protección integral de derechos, deben conocer las responsabilidades de cada área, los circuitos y protocolos existentes.

Conclusión

Indudablemente, la ley nacional 26.061 establece por una parte, un sistema integral de promoción, además de protección de todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes en un territorio determinado (a nivel nacional y provincial).

Conviene subrayar, que el juego armónico de todas estas disposiciones exige incorporar al niño al proceso judicial, ya no como una facultad de sus representantes legales o de los órganos estatales, sino como un derecho inherente a su calidad de persona. Todo ello, sin perjuicio de la representación legal al cual se encuentra sujeto en su condición de incapaz de hecho. Es indudable que el procedimiento judicial sufrirá alteraciones importantes con la presente ley, pues, deberá incorporar al niño en todo proceso judicial cuando tenga algún interés; y el cambio es más cultural que jurídico.

Por último, las distintas disposiciones de la ley en cuestión destacan la importancia de reconocer al niño su intervención en todo procedimiento. En ello consistirá la eficacia de esta ley: de encontrar quiénes serán los que efectivamente garanticen la intervención del niño. Como consecuencia de ello, en todo proceso judicial en que el niño no haya intervenido, provocará la nulidad de dicho procedimiento. Sólo en este entendimiento, se podrán efectivizar los derechos y garantías de los niños y adolescentes.

Capítulo 3: Medidas de protección especiales destinadas a niños, niñas y adolescentes

Introducción

Desde mucho tiempo atrás se ha determinado que los niños, niñas y adolescentes son personas que merecen una especial protección en cuanto a sus derechos, debido a que estos en ocasiones no cuentan con los medios necesarios para poder defenderse de aquellos eventos que afectan, violan y consecuentemente perjudican sus garantías, su integridad, física y mental y su desarrollo en general. En razón de ello, se ha presentado la necesidad de desarrollar instrumentos normativos por medio de los cuales se les pueda brindar a los menores una protección adecuada y además se pueda garantizar el goce efectivo de todos los derechos que a estos les corresponde tanto a nivel social, como cultural y familiar. De esta manera hacer respetar las disposiciones que son consagradas por los instrumentos internacionales que buscan garantizar la protección y el respeto de los derechos humanos de los menores, asegurando así el principio de interés superior y la protección integral de estos.

Frente a la situación de violación de derechos contra los menores, es que la Constitución, los tratados internacionales que son agregados a ellas, los instrumentos que consagran disposiciones que protegen derechos humanos y especialmente la Convención Internacional de los Derechos de los Niños son los que configuran la base mínima de los derechos y garantías que el estado Argentino, debe asegurar a los niños debido a que estos son reconocidos como sujetos de diversos derechos. Con base a ello, surge la doctrina de protección integral donde se evidencian una gran variedad de garantías y derechos que son proporcionados a los menores para asegurar su desarrollo y la satisfacción de su interés superior, lo que se caracteriza por ir en contraposición con la doctrina de situación irregular donde se consagraba el patronato del estado sobre el menor.

Ahora bien, el surgimiento de la doctrina de la protección integral apoyada por instrumentos internacionales de gran importancia que buscan incansablemente proteger a los niños, niñas y adolescentes en cuanto sus derechos, es que surge la Ley 26.061, la cual se encarga de regular diferentes situaciones que perjudiquen a los niños y busca protegerlos y restablecer la situación afectada, por lo que esta Ley deroga las leyes que sustentaban a la doctrina de situación irregular. Un detalle esencial es que esta ley consagra disposiciones por medio de las cuales se pueden aplicar medidas de protección ordinarias. Empero, además de ello se pueden aplicar

medidas de protección excepcional, las cuales proceden cuando el niño, niña o adolescente sufre de violencia en su entorno familiar y con base a esta medida, este menor puede ser separado de su medio familiar cuando la gravedad de los casos así lo amerite, es decir, cuando existan riesgos de que los derechos del protegido sean fuertemente vulnerados. En razón de lo expuesto, es que este trabajo se encuentra dirigido a estudiar lo referente a las medidas de protección excepcionales que tienen por objeto salvaguardar los derechos de los menores. Así se analizará el artículo 39 de la Ley 26.061³⁰ en qué consisten ésta, y qué regulación presenta la misma.

3.1. Medidas de Protección Excepcional que tienen por objeto salvaguardar los derechos de los menores

En la actualidad se han verificado un gran número de avances en cuanto al entorno legislativo, con base a los cuales se pretende proteger la dignidad de las personas especialmente de los niños, niñas y adolescentes debido a que éstos, en ocasiones, son sometidos a situaciones de vulneración muy graves por lo cual merecen una especial protección. Este es un tema de gran importancia, lo que se refleja al analizar todos los estudios que se han presentado en relación a las medidas de protección excepcional que se aplica a los menores. Además de ello, esta situación de protección se encuentra apoyada también en diferentes instrumentos internacionales, los cuales se esfuerzan por proteger a las personas en cuanto a sus derechos humanos, como lo es la Convención de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos de los Niños, entre otros instrumentos, los cuales se presentan como tratados internacionales que, al ser ratificados por el estado, pasan a formar parte de la normativa interna, por lo que surge la obligación para el estado de desarrollar todos aquellos mecanismos que sean necesarios para poder brindar una protección adecuada a los menores (Gutiérrez, 2011).

Es importante mencionar que, la Constitución, los tratados internacionales que son incorporados a ellas, los instrumentos que se encargan de proteger los Derechos Humanos y especialmente la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, configuran la base mínima de derechos y garantías que el estado Argentino se encuentra obligado a asegurar a los niños, debido a que son sujetos de todo derecho.

³⁰ Artículo 39 de la Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

La CDN fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas hace más de 20 años, y esto ha sido considerado como un hecho trascendental debido a que marca una nueva etapa de relación de la infancia y la adolescencia, tanto con el ordenamiento legal en su conjunto, como con el Estado. Debido a ello, se prevé la configuración de un sistema de promoción y protección integral de derechos como un nuevo paradigma dentro de la denominada doctrina de protección integral, donde se considera que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos que merecen una protección a los derechos y garantías que les corresponden. Ello se manifiesta como algo que se encuentra en oposición con aquellas leyes de la situación irregular, donde se presencia el patronato de menores, conforme a lo cual se sustentaron las leyes hoy derogadas en Argentina, tal y como ocurrió con la Ley 10.903 y 10.067.

Aunado a ello, la CDN se caracteriza por ser un instrumento de derechos humanos integral, con base a la cual se busca superar y hacer frente a todo tipo de acto discriminatorio que se verifique contra la infancia y adolescencia, por lo que hace referencia al conjunto de la vida del niño. Además de ello, abarca todas las dimensiones de su vida, tanto personal como social y familiar, debido a que los niños que se identifican como sujetos de derechos se encuentran dotados de ciertas autonomías para ejercer tales, lo que se encuentra dispuesto en el artículo 5 de la CDN³¹. En relación a ello, también se establece un principio de garantía y prioridad de los derechos de los niños con el principio de interés superior y un deber especial de protección. Además, se consagra el concepto de menor, donde la categoría inscripta en las leyes de control social del patronato, cede ante el nuevo concepto de niño que es sujeto de diversos derechos que se instauran para su protección. Es preciso indicar que, el interés superior del niño hace referencia a la protección de derechos más el interés superior, es decir, la satisfacción de sus derechos donde el derecho a la convivencia familiar y el rol de la familia son preponderante (Gutiérrez, 2011).

De esta manera, una vez que surge un instrumento de gran importancia como lo es la CDN, se sustituye la doctrina de situación irregular donde se defiende el sistema tutelar, la idea es que el estado y la sociedad, deben asumir la responsabilidad de los cuidados, sin que por ello se encuentren privados de la misma, los progenitores de los niños que son abandonados, irregulares o delincuentes. Esto sin duda constituye un poder de los adultos sobre los niños que remplace el poder que las leyes civiles otorgan a los padres. Todo esto es dejado atrás y de esta manera surge

³¹ Artículo 5 de la Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

una concepción garantista y de rango constitucional de conformidad al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional³², donde se plantean nuevas formas de trabajo con lo que se da origen a la doctrina de protección integral. Las mismas se verifica como algo que va en contra de la situación irregular, con lo que se busca proteger los derechos de los niños y los adolescentes y se busca además garantizarlos, por lo que dicha protección reconoce y promueve derechos no los viola ni muchos menos los restringe. En base a ello, es que han surgido las diferentes medidas excepcionales de protección que se aplica sobre los niños, niñas y adolescentes, todo ello bajo la necesidad de poder proteger a estos frente a cualquier arbitrariedad o violación que se verifique en el entorno familiar, social o estatal.

Cabe destacar que, es a partir de la Sanción de la Ley Nacional 26.061 y su Decreto reglamentario 415/2006³³, que se desarrolla el programa de protección integral de derechos con fundamento a la CDN, con lo que deroga el patronato de menores, que se creó por Ley Nacional número 10903 y los decretos nacionales 1606/90³⁴ y sus diferentes modificaciones. Con base a ello, cada provincia dicta sus propias normas tutelares de la infancia y en ellas se subraya el rol de garante que recae sobre el estado en el efectivo ejercicio y goce de los derechos reconocidos. La Ley 26.061 es un importante instrumento legal que opera de forma diferente, por un lado, se encuentran las políticas públicas, lo cual se encuentra consagrado en los artículos 4 y 5. Por otro lado, se determinan los dos géneros diferenciados de medidas, para así hacer referencia a las medidas de protección de derechos ordinarios o en sentido general lo que se encuentra previsto en los artículos 33 al 38. Así como también, las medidas de protección excepcional de derechos previstas como la permanencia de los niños fuera de medio o ámbito familiar temporal o permanente en caso de que su interés superior así lo exija, lo que se encuentra reflejado en su artículo 39 (Gutiérrez, 2011).

En este mismo orden de ideas es importante mencionar que, los organismos administrativos deben favorecer el acceso a las diferentes políticas públicas universales y su permanencia, con el firme propósito de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos, tanto sociales como económicos y culturales que hacen que sus niños permanezcan en su entorno familiar. En cuanto a las medidas antes mencionadas se debe destacar que aquellas sobre protección ordinaria o también conocidas

³² Artículo 75 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa fe, Argentina, 1994.

³³ Decreto reglamentario 415/2006. Boletín Oficial de la República Argentina, 18 de abril de 2006.

³⁴ Decreto 1606/90. Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de agosto de 1990.

como primeras medidas, deben anteceder al dictado de una medida cuya aplicación implique la separación del niño de sus padres y de su entorno familiar.

Por tanto, tiene como objetivo principal evitar la separación del niño de sus padres, en cuanto a las llamadas medidas de protección excepcional, de acuerdo a lo previsto en el artículo 40, éstas deben ser tomadas por la autoridad local de aplicación y deber ser notificadas de forma fehaciente al juez de la familia de cada jurisdicción. Ello debido a que, de conformidad a lo previsto por la ley, por tratarse de un conflicto de derechos de gran importancia, la medida excepcional, debe ser controlada posteriormente en lo que se refiere a su legalidad por la autoridad judicial, por lo que se entiende que la medida que se tome no es definitiva.

En este sentido, ambas medidas presentan en sí mismas un neto corte procesal administrativo y tienen como fin especial lograr la restitución del disfrute de los derechos de los niños que hubieran sufrido algún tipo de vulneración. Empero, este artículo se focaliza en el desarrollo de las medidas excepcionales las cuales se dictan en aquellos casos en que los niños han sufrido violaciones muy fuertes en sus derechos lo cual se verifica en su entorno familiar. En razón a ello, éste debe ser separado de sus progenitores y su entorno familiar debido a que es aquí donde se verifica la vulneración de sus derechos y garantías, todo esto se hace con el firme propósito de proporcionarle una protección adecuada en caso de que la gravedad de la situación así lo exija (Gutiérrez, 2011).

En relación a este tema, Ortiz (2016) ha indicado que la Familia tiene que ser un especial grupo de pertenencia y contención de los niños, niñas y adolescentes; puede en ocasiones ser una jaula donde se perpetúe diferentes tipos de maltrato, donde los niños no pueden salir sin la ayuda de otros, bien sea de los vecinos, parientes o profesionales que laboran en diferentes instituciones educativas, de salud, etc. Cabe destacar que, existen casos donde los progenitores que tendrían que ser los principales referentes de la vida y de orientación de la educación y el desarrollo de los niños, pueden ser considerados como aquellos sujetos que agreden los derechos de los menores, por lo que se ha determinado que los derechos del niño deben ser protegidos desde un nivel jurídico hasta un nivel moral.

En cuanto al concepto de maltrato familiar, éste se caracteriza por ser tan amplio como complejo, debido a que bajo la voz del maltrato se encierra una gran cantidad de situaciones fácticas, tanto físicas como psíquicas, por acción o por omisión, que deben necesariamente ser

diferenciadas con el fin de efectuar intervenciones en razón del mejor interés del niño para evitar todo tipo de injerencia ilícitas. Debido a ello, la posibilidad de arribar a la aplicación de una medida de protección surge bajo la necesidad de que se verifica una situación que amenaza o vulnera los derechos de una persona y con ello se busca amparar o restablecer los derechos, por lo que se considera a los sujetos implicados como sujetos de derechos.

Además de ello, las diferentes medidas cautelares que se dicten en situaciones de violencia familiar, deben necesariamente contemplar el historial familiar, también deben verificar la plataforma fáctica que se presenta en la denuncia y el nivel de riesgo al cual se encuentran expuestos los niños, niñas y adolescentes. Con base a ello, se determinó que el sistema jurídico obliga al judicante a dar una respuesta de manera eficaz con la cual se pueda garantizar el derecho de cada uno de los protagonistas del conflicto familiar, especialmente el de los más protegidos como lo son los menores, para lo cual se debe efectuar un balance de probabilidades. Estas probabilidades pueden analizar el riesgo que sufre el niño en relación a los nuevos actos de vulneración. Además, se persigue evitar un eventual mal mayor. Es por ello que estas medidas buscan en la medida de lo posible evitar un riesgo en el futuro que pueda perjudicar de forma grave la integridad psicofísica del niños, niñas y adolescentes (Ortíz, 2016).

En definitiva, se debe considerar que la Ley 26.061³⁵ es un instrumento normativo de gran importancia debido a que por medio de ella se busca proteger a los niños, niñas y adolescentes de forma completa, por lo que presenta medidas que se aplican se forma ordinaria. Empero, además de ello se pueden aplicar medidas que se caracterizan por ser excepcionales en caso de que el menor sufra de algún modo de vulneración continua de su entorno familiar y pueda ser separado de su familiar cuando exista un fuerte riesgo de sufrir daños en cuanto a su integridad física, o mental. En razón de ello, es que se expresa que con la Ley 26.061³⁶ se rediseña institucionalmente el sistema de actuación del estado en cuanto a la materia de protección a la niñez, y de esta manera es que se rediseñan las competencias en relación al poder administrador y judicial.

Asimismo, esta Ley³⁷ otorga una competencia primaria a los organismos específicos que fueron creados por ellas dentro de las instancias administrativas no solo con la creación e implementación de las política sociales sino también, delimitando la intervención judicial en

³⁵ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

³⁶ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

³⁷ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

cuanto al control de la legalidad de las medidas que sean adoptadas. Debido a ello, se derogó necesariamente el patronato del estado y con ello la tutela asistencial o patronato del estado, lo que modifica el artículo 310 del CC donde se hace referencia a los efectos de la suspensión o privación de la patria potestad. Con base a ello, se prevé que si uno de los progenitores fuera privado o suspendido en el ejercicio de la responsabilidad en los cuidados, continua ejerciéndola el otro, en su defecto y cuando no se verifique el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez es el que proceder a proveer a la tutela de las personas menores de edad que sufren la conculcación de sus derechos (Burgués, 2016).

Es importante destacar además que, la Ley 26.061³⁸ no refirió nada en relación al efecto que la adopción de medidas de protección excepcional que tienen los derechos y deberes de la responsabilidad parental. A tal motivo conviene mencionar que, la medida de separación del niño de sus progenitores, hasta la sanción del CC y C³⁹, solo implica una afectación en que se relaciona a la denominada tenencia o cuidado personal del niño con sus progenitores. Por su parte, el supuesto previsto en el código de causal de suspensión de la patria potestad de los progenitores cuando estos hubieran entregado a sus hijos a un establecimiento de protección de menores, resulta inaplicables. Empero, la medida excepcional es asimilable a la misma, al presentar una intervención del estado y no en la entrega por parte de los progenitores. Es por ello que durante la vigencia de la medida, como antes se indicó la figura del patronato estatal sin que se pueda recurrir a ella para presentar al niño, en tanto los progenitores continuaban ejerciendo la patria potestad de sus hijos lo que se conoce como responsabilidad parental en la terminología del CCyC en aquellas situaciones donde su representación era necesaria donde dicha función debía ser ejercida por ellos (Burgués, 2016).

3.2. Regulación de la Ley 26.061, análisis de su artículo 39

La reciente sanción de la Ley 26.061⁴⁰, se caracteriza por servir de fundamento a la doctrina de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es un especial instrumento legal que ha venido a aclarar, incorporar o ampliar una serie de fundamentales derechos y garantías procesales que se presentan en favor de los menores.

³⁸ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

³⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁴⁰ Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

Ello deberá aplicarse en todos los procedimientos judiciales y administrativos que los perjudiquen o afecten, lo cual importa a la conformación de un nuevo proceso. Además de ello, presenta un nuevo y más ambicioso concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal. En esta Ley también se presentan un conjunto de medidas de protección de derechos cuya naturaleza es importante estudiar y desentrañar, más aún cuando la polémica figura de la guarda prevista por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el artículo 234 ha sido suprimida por aquella, en relación a aquellos menores que la citada Ley aprehende (Kielmanovich, 2005).

A lo expuesto debe agregarse que, la declaración de orden público que se encuentra contenido en el artículo 3 de la Ley⁴¹, en todo aquello que se relaciona a los derechos y garantías que se acuerdan o se reconocen, lo que se suma a la acción de amparo y de las administrativas que frente a su inobservancia por el estado se acuerda. Así como también, al principio que contiene en su artículo 29⁴² presenta una inoperatividad que impone su aplicación inmediata cabe destacar que la técnica empleada por el legislador no ha sido muy clara y precisa como se hubiese deseado.

Es importante destacar que, no existe duda alguna de que esta ley busca proporcionar una adecuada protección a los derechos del menor, por lo que en su artículo 27⁴³ consagra que los organismos del estado tienen dentro de sus deberes el hecho de garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte. Así como aquellos derechos que se encuentran contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos de los Niños, en los tratados internacionales que son ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, diversos derechos. Entre los que se destacan: el derecho a ser oídos ante cualquier autoridad que sea competente cuando así lo solicite el menor, el derecho a que la opinión emitida por éste sea tomada primordialmente en cuenta en el preciso instante de tomar una decisión que lo afecte. Asimismo, tiene el derecho de ser asistido por un letrado que este especializado en niñez y adolescencia desde que se da inicio al procedimiento judicial o administrativo que lo incluya y en caso de carecer de recursos económicos el estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine, el menor también tiene el derecho

⁴¹ Artículo 3 de la Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

⁴² Artículo 29 de la Ley 26.061 de Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños y Adolescentes. Honorable Congreso de la Nación Argentina

⁴³ Artículo 27 de la Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

de participar de forma activa en todo el procedimiento y de recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte (Kielmanovich, 2005).

En este sentido, con arreglo a los términos que son planteados por este dispositivo es importante mencionar que la aplicación de los derechos y garantías no se encuentra limitada por la Ley a aquellos procesos donde los niños, niñas y adolescentes sean o vayan a ser partes procesales, sino que aprehenden a todos los que los afectan. Ello ayuda a evidenciar una fórmula de una inocultable amplitud que la prudencia de los jueces deben limitar, debido a que una interpretación desmesurada podría conducir a sostener que en todo juicio promovido por o contra una persona que tuviese un hijo, en los términos de la convención, donde se presenta como un ser humano que es concebido de hasta 18 años.

De conformidad a lo previsto en la convención en su artículo 1⁴⁴, el juez que podría invocarlo y participar de forma activa en el mismo, un ejemplo al respecto sería en el juicio de desalojo que se sigue en contra del padre de un niño, a objeto de que éste fuere condenado a restituir al locador el local donde se produce la explotación de algún comercio, y la resolución del contrato podría importar la merma o ya la supresión de los ingresos familiares, lo que implica de esta manera una pérdida de los recursos que son destinados para su subsistencia, alimentación, esparcimiento, educaciones, vivienda, cuidados médicos o el cubrimiento o satisfacción de otras necesidades básicas situación que sin duda afectaría al menor, debido a que éste no cuenta con los medios que son necesarios para satisfacer sus necesidades.

De igual forma la ley que se estudia no establece distinciones en cuanto a la naturaleza de los procedimientos en que esos derechos y garantías deben exclusivamente observarse, con lo que aprehende naturalmente a los administrativos como a los judiciales, dentro de estos a los civiles como a los penales. Además de lo analizado hasta entonces conviene mencionar que no solo se incorpora como derechos y garantías mínimas de los menores, a los previstos en la constitución nacional sino que también se reconocen otros derechos que se encuentran previstos en diferentes instrumentos internacionales como lo es la Convención sobre los Derechos de los niños⁴⁵ y los derechos que se encuentran previsto en esta ley. Además de ello, se reconocen los derechos que se encuentran contemplados en los tratados internacional que son previamente ratificados por la

⁴⁴ Artículo 1 de la Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

⁴⁵ Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, proposición que, a juicio de diferentes autores, comprende tanto a los que actualmente se ratificaron como a aquellos que en un futuro de celebren (Kielmanovich, 2005).

Seguidamente, en el artículo 33⁴⁶ de la estudiada ley, se consagra lo referente a las medidas de protección integral de derechos las cuales se identifican como aquellas que emanan del órgano administrativo, es decir, no el judicial, que posea competencia en lo local, y esta se dicta ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios niños, niñas o adolescentes que son individualmente considerados. Todo ello con el firme propósito de preservarlo, restituirlo o reparar sus consecuencias, pudiendo provenir dicha amenaza o violación de la acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares, los padres, la familias, los representantes legales o los responsables o de la propias conductas del menor. Ello muestra claramente que la protección que se está proporcionando es muy amplia al considerar una serie de actos violentos que afecten al niño, el cual puede provenir de diversas áreas. En cuanto a la finalidad de estas medidas, el artículo 34⁴⁷ expresa que se busca en la medida de lo posible lograr la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos que se caracterizan por estar vulnerados y la reparación de las consecuencias que se producen.

Con base a ello, se ha determinado que, prioritariamente, debe consistir en medida que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares en relación a los menores y en relación a la amenaza o violación de los derechos, en los casos cuando no sea consecuencia de las necesidades básicas que son insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, o su inclusión a programas que son dirigidos a proporcionar ayuda y un especial apoyo material, económico y emocional. Todo esto con el propósito de lograr el mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares, donde el niño se sienta seguro, y además de ello se puedan ver satisfechas su necesidades básicas con lo que se contribuye a su desarrollo integral (Kielmanovich, 2005).

Por su parte, en el artículo 37⁴⁸ se encuentran enumeradas las medidas que se dirigen a asegurar que los menores permanezcan conviviendo con su grupo familiar, presenta también la solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes. Así como también, la

⁴⁶ Artículo 33 de la Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

⁴⁷ Artículo 34 de la Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

⁴⁸ Artículo 37 de la Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

inclusión y permanencia en programas donde se apoye la actividad escolar, la asistencia integral a la niñas que se encuentra en situación de embarazo, la inclusión del menor y su familia en diferentes programas que son destinados al fortalecimiento y apoyo familiar. De esta manera, se muestra en este artículo la necesidad de proporcionar cuidado al niño en su propio hogar, pero proporcionando una especial orientación y apoyo a los padres, los representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, y junto a ello se debe implementar el seguimiento temporal de la familia y del menor, lo que se puede cumplir por medio de un programa especial. Además de ello, se puede por medio de esta disposición, atender lo referente a tratamientos médicos, psicológicos o psiquiátricos del menor o de algunos de sus padres o responsables legales y se verifica también la asistencia económica de la familia, pero es necesario agregar que la enumeración que se presentan no es taxativa (Montaña y Franco, 2017).

Por otro lado, se encuentra el artículo 39⁴⁹, donde se contempla lo referente a las medidas excepcionales, las cuales pueden ser aplicadas en aquellos casos en los que las niñas, niños o adolescentes estuvieren temporalmente o permanentemente privados de su entorno o medio familiar y cuando su superior interés exija que necesariamente éstos no permanezcan en ese medio. Ello, con el propósito de lograr la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos, los que de acuerdo a diferentes situaciones están siendo vulnerados, por lo que se busca la reparación de sus consecuencias. Por su parte, Kielmanovich (2005), ha destacado que estas medidas solo deben ser aplicadas una vez que ya se hayan agotado las medidas que se encuentren dispuestas en el artículo 33⁵⁰. Se trata de esta manera de medidas que serán aplicadas única y exclusivamente a aquellos menores que ya se encuentren separados de sus familias o que deban ser separados de su entorno familiar debido a que se verifican actos violentos que afectan el cumplimiento efectivo de sus derechos.

Asimismo, estas medidas excepcionales podrán coexistir, siempre y cuando se tome en cuenta la opinión del niño y adolescentes, en la permanencia temporal en ámbitos familiares que se consideran como alternativos, así como otros parientes por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad de acuerdo a las diferentes costumbres locales. Por otro lado, subsidiariamente a ello y de forma excepcional, por el más breve lapso de

⁴⁹ Artículo 39 de la Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

⁵⁰ Artículo 33 de la Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

tiempo, podrá recurrirse a una forma convivencia alternativa a la de grupo familiar, debiendo propiciarse por medio de mecanismo rápidos y ágiles, el regreso del menor a su grupo o medio familiar y comunitario. De igual manera, se pueden verificar formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el firme propósito de poder preservar la identidad familiar del menor por lo que se deben mantener todos los casos que se verifiquen, la convivencia conjunta de los grupos de hermanos.

Además de lo mencionado, se debe destacar lo que dispone el artículo 40⁵¹, el cual expresa que cuando se declare por la autoridad administrativa la procedencia de una medida excepcional aquella deberá decidir y también establecer el procedimiento que se deberá seguir en la resolución jurídicamente fundada. Esta notificación necesariamente será notificada o comunicada en forma fehaciente y dentro de un plazo de 24 horas a las autoridad judicial que posea competencia en materia de la familia que labore en la jurisdicción de que se trate, la cual dentro un plazo no mayor a 72 horas de que ha sido notificada, previa citación y audiencia de los representantes legales. Por tanto, deberá resolver la legalidad, es decir, su admisibilidad y conveniencias y las concretas medidas que se deberán seguir sino fuesen las que son propuestas por la autoridad administrativa y derivan de las actuaciones a la autoridad local de aplicación para que estas las implementes, como lo haría el contralor que de esta forma viene a corregir algunos de los fundados reproches de inconstitucionalidad (Montaña y Franco, 2017).

3.3. Caso en que se aplica la medida de protección excepcional de la Ley 26.061

En la actualidad se han verificado diversas situaciones donde los perjudicados son los niños, niñas o adolescentes, debido a que estos se encuentran en las calles sufriendo y expuesto a múltiples riesgos. También, se encuentran aquellos que están dentro del núcleo familiar pero estos sufren igualmente actos violentos puesto que sus progenitores no les proporcionan los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades. Además de ello, pueden verificarse actos de violencia física o mental que sin duda afectan a los niños y no permiten que estos ejerzan sus derechos de forma completa, frente a esta situación es que se puede aplicar las medidas de protección excepcional, las cuales se puede proporcionar protección al menor y puede además restablece la situación jurídica que está infringiendo.

⁵¹ Artículo 40 de la Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

El caso que se analizará se encuentra referido a una apelación de la declaración de abandono y estado de adoptabilidad de un niño por parte de su madre. En relación a ello, los hechos que se presentaron en esta problemática fueron los siguientes: en diciembre de 2011 la consultante se encontraba en estado avanzado de embarazo, por lo que acude al hospital, donde se le obliga a que deje a su hijo de 18 meses, afuera de la consulta abandona al niño en el pasillo del hospital al cuidado de una allegada suya. Una vez que salen ambos, desaparecen. Horas más tarde, el menor es encontrado durmiendo solo en una plaza y es aquí cuando interviene el consejo de los derechos niños, niñas y adolescentes y la Defensoría de menores. A tal efecto, se dispone la aplicación de una medida de protección excepcional y se le ingresa de forma transitoria a un hogar (Pérez, 2015).

Posterior a ello, la consultante se presenta ante el CDNN⁵², pero a ésta se le niega la restitución del niño debido a que se manifiesta la falta de certeza del vínculo y es a partir de aquí que el contacto entre la consultante y el hogar es escaso y negativo. En razón de ello, la madre al fin logra efectuarse un examen de ADN con base al cual se confirma el vínculo. Tanto el hogar como la defensoría se oponen firmemente a la restitución del menor y solicitan que se declare el abandono del menor con las miras dirigidas a la obtención de una guarda adoptiva. Es en esta instancia judicial donde el juez acoge el pedido manifestado por el Defensor y como causa de ello se verificó un evento muy violento entre la consultante y el personal del hogar. Ante ello, se otorga una medida cautelar con fundamento a la cual se prohíbe el contacto con el menor, y frente a esta situación de hecho y de derecho en la que se encuentra la madre del niño, se preocupa por buscar ayuda.

Seguidamente, la comisión una vez que se encargó de evaluar el caso, decide apelar la resolución que se decidió con la cual se coloca al menor en estado de adoptabilidad ante la cámara nacional de apelaciones en lo civil. A tal efecto, se expresaron los agravios y la situación de vulnerabilidad que sufrió la consultante y así se ponen de manifiesto los reales factores que imperaban en la cuestión de hecho y que además se toman como factores de la victimización de la mujer donde explica el desdén con el cual venía siendo tratada por diversas instituciones que intervinieron en la causa; se ponen de manifiesto también, que la consultantes careció de asistencia letrada durante todo el curso del proceso. Además de ello, se objetan varios hechos que son dados

⁵²Consejo de los derechos niños, niñas y adolescentes y la Defensoría de menores.

por ciertos en el resolutoria que se está atacando, donde se convirtió a la apelación en la primera oportunidad en que, desde que inició el proceso, se lo otorgó voz a la progenitora del menor, consultante de la comisión y existe una clara vulneración del derecho a la defensa. Con base a lo expuesto, es que solicitó que se deje sin efecto el decisorio que se está atacando y la inmediata restitución del menor a su progenitora.

En definitiva, la cámara revoca la decisión que se apeló, no obstante a ello, el tutor público, interpuso recurso extraordinario por que se verificó supuesta arbitrariedad, lo que se contesta por la comisión, y se solicita su rechazo. Empero, luego se lleva a cabo una evaluación psicológica que se practica a la madre, la cual revela que ésta no está en condiciones óptimas para hacerse cargo del menor, de esta forma se llega a un acuerdo con el tutor, frente a una audiencia que se celebrara en el año 2015, en la que el niño queda bajo el cuidado de una tía, que es hermana de la consultante progenitora con base a lo cual se permitió una amplia vinculación entre el menor y su progenitora (Pérez, 2015).

Conclusión

Al concluir este capítulo se pudo determinar que, las modificaciones que se han presentado en el entorno normativo en relación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes han sido muy significativas. Una de ellas es la presentada por la Convención sobre los derechos de los niños⁵³, con base a la cual se considera que los menores son personas sujetos de derechos que merecen especial protección por parte del estado, la sociedad y especialmente por parte de la familia. Estas disposiciones presentadas por este importante instrumento internacional protector de los derechos humanos, define la derogación de la doctrina de situación irregular, para de esta forma poder dar origen a la doctrina de protección integral de conformidad, a la cual el menor merece una protección especial que asegure el goce efectivo de los derechos que le corresponden. Por tanto, al ser estos instrumentos incorporados a las normas internas de cada estado surge la obligación de desarrollar nuevas disposiciones normativas con las cuales se proporcione una protección adecuado al interés superior del menor.

Estas medidas antes mencionadas, pueden ser aplicadas cuando el niño se encuentra abandonado en situación de calle o cuando este se encuentre dentro de núcleo familiar. Es aquí

⁵³ Convención de los Derechos de los Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

donde se verifican las situaciones de violencia en contra de sus derechos y garantías, ya que donde además de ello no se les ofrece los mecanismos que sean suficientes para ver satisfechos diferentes necesidades básicas como lo es la alimentación, el vestido, la vivienda, la educación entre otras, que, por sus propios medios, el menor no puede proveerse. Es en estos casos cuando el menor puede ser separado de su entorno familiar temporalmente o permanentemente, según la gravedad del caso. Por lo tanto, se considera, que es una medida adecuada, pero la misma debe ser temporal y durante su vigencia se debe, ofrecer ayuda a los progenitores para que éstos puedan ser orientados, y de esta forma se disminuyan los actos violatorios de derechos de menores, y así el menor pueda volver a su hogar cuando exista riesgo alguno.

Capítulo 4: La Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Córdoba

Introducción

El objetivo del presente capítulo es dar conocer todo lo que referente a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Senaf) de Córdoba en Argentina y sus funciones como Autoridad de aplicación, surgidas de la ley 9944. Además, el procedimiento para solicitar medidas excepcionales de protección, así como su respectivo análisis jurisprudencial conforme a la intervención realizada por esta ley, en relación con los procesos urgentes. Igualmente, las medidas provisionales respecto de la niñez y la familia.

Se podrá observar el tema referente al marco jurídico estipulado para los procesos urgentes, y las medidas provisionales que se toman en cuenta para el otorgamiento garante del ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de sus padres, de igual modo, la colocación de aquellos en hogares distintos a su origen, como lo es en el caso de la adopción por parte de personas distintas a su núcleo familiar. De igual manera, se conocerán esencialmente en la Provincia de Córdoba, los sistemas que se aplican o se adoptan ante esta clasificación, en función de los derechos que tienen las personas menores de dieciocho (18) años de edad, además el derecho a ser oídos, sus criterios y opiniones respecto de esto.

Ahora bien, cabe destacar que, el presente estudio versará sobre uno de los principios legales de gran importancia como lo es el interés superior del niño expresado, tanto en la Convención Interamericana de los Derechos del Niño como en la legislación interna. Es importante señalar que, los jueces están obligados a conocer de las causas que se les presente de manera individual, para un concreto análisis jurídico de las situaciones sujetas a su estudio; observando siempre las necesidades de los niños y adolescentes en función de su crecimiento, valores y desarrollo como personas de bien.

4.1. La Secretaría de Niños, Adolescentes y Familia (SENAF) de Córdoba

Partiendo de lo establecido en la Ley No. 9.944⁵⁴ de la Provincia de Córdoba, es importante resaltar que el objeto principal de ésta, es: la promoción y protección integral de los Derechos de las niñas, niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba. Conviene subrayar que ello se

⁵⁴ Ley No.9.944. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, 03 de junio de 2011.

encuentra enmarcado en sus artículos 1, 2 y 3, refiriéndose a los sujetos a quienes está dirigida dicha ley y de esta manera siendo enfocada hacia: los niños, niñas y adolescentes, en razón de garantizar los derechos que tienen reconocidos por el ordenamiento jurídico de ese Estado, hasta que dichas personas cumplan la mayoría de edad, es decir, dieciocho (18) años.

En este sentido, prevalecerá por disposición propia de la norma, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el cual repercute en su crecimiento, formación, desarrollo y constitución de su propia personalidad, como de su madurez. Así podrán, ejercer el derecho a ser escuchados y opinar, detentando un rol activo mediante su participación y las medidas impartidas para la efectividad del ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, se entiende que la función principal de Senaf (Secretaría de niños, adolescentes y familia), es la implementación de actividades que se encuentran destinadas a la protección de los derechos de los niños, adolescentes y su familia. Al mismo tiempo, la toma de medidas excepcionales de protección, como titulares de derechos.

Esto será llevado a cabo con previas evaluaciones y requisitos, es decir, una serie de documentos que deberán ser consignados, para el correspondiente estudio descriptivo de la situación vulneradora de tales derechos. Los cuales servirán para valorar, además adoptar la implementación de medidas convenientes, y que respaldarán las decisiones, que se requieran tomar en cada caso, ya se trate de asuntos particulares e individuales.

Por otro lado, en cuanto a los procesos urgentes, asimismo las medidas provisionales que están íntimamente relacionadas con el debido proceso, en la eficacia del mismas, reconocidas tanto en la Constitución; como en los tratados internacionales. En relación con el estado liberal, es bien sabido que, se ha y perfeccionado por la base social del Estado de Derecho, para lograr la superación que pretende un proceso justo que implica la exacción de la Constitución.

Para lo cual, se requiere de jueces capaces de hacer su trabajo de manera efectiva, capaces de asumir su compromiso legal y judicial con el caso planteado, en el que se comportaran con interés y responsabilidad frente a las partes, impartiendo plena, como absoluta justicia. Ello incidirá directamente en la justicia social, dado el concepto y valor propio que tiene la justicia. Al respecto Jiménez (2017) señala:

Es recomendable revisar conceptos básicos que se vinculan directamente con las "medias provisionales", éstos son: en primer lugar, la idea de "debido proceso", de

"eficacia del proceso" y luego los "procesos urgentes" dentro de los cuales las medidas provisionales pueden ubicarse como parte del catálogo y elenco que las conforman. Es así como esto nos permitirá situar a las "medidas provisionales" en el contexto que les es propio (p. 1).

A tenor de lo expresado, las medidas provisionales son aquellas que se dirigen hacia la garantía, que se debe apreciar en los resultados del caso, con fundamento de una serie de recaudos, y de atestar los extremos de ley para su decreto. Asimismo, posee su vinculación directa con los principios fundamentales del derecho procesal del cualquier país.

Esto es, el debido proceso, es decir, el cumplimiento cabal de requisitos para las solicitudes o demandas que se hicieran. O en su defecto que se presentaren ante los órganos de administración de justicia, en calidad de seguir cada paso. De este modo, logrando la eficacia del proceso o su metodología judicial y/o administrativa, en virtud de la presentación de los procesos urgentes, los cuales deben ser resueltos en tiempo expedito y más corto que los ordinarios. En relación a ello, también, es conveniente mencionar que las medidas provisionales no son permanentes en el tiempo. Además, suceden en casos especiales, delimitadas en razón del contenido de la petición y el desarrollo propio del proceso. De manera que, se señala que:

Para que el proceso cumpla con las prerrogativas establecidas por las normas constitucionales, debe arribarse a una composición "justa" del conflicto. Debe de modo acabado resguardarse el contradictorio, la bilateralidad, la igualdad de las partes, lo que implica un "proceso justo constitucional (Jiménez, 2017, p.1).

Se puede afirmar que, para que el proceso sea llevado a cabalidad, se debe establecer ante la exposición de la causa determinada y objeto de estudio jurídico por parte de los jueces que tienen a cargo magna responsabilidad. Como lo concerniente en materia de derechos y principios fundamentales de las personas menores de edad, además sean propuestos ante los tribunales correspondientes. Obedeciendo, de esta forma a los valores y actividades propias de los juristas, asimismo se destaca que debe existir la bilateralidad además de la igualdad de las partes, en tal proceso judicial.

Por ende, obedece a la revisión totalmente concreta de los elementos que deben disponer las causas planteadas a fin de ser resueltas por los organismos. Principalmente, por las personas a cargo de las decisiones sobre el tema que en este trabajo se plantea; que son principalmente, los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. En este mismo orden de ideas, Peyrano (2017) alude que:

El "reconocimiento de derechos" se da cuando —en la medida de lo posible y con el debido respeto de los límites técnicos del proceso— se logra que los derechos prometidos por las leyes de fondo se hagan realidad a través y con motivo de un debate judicial (p. 135).

Al respecto, se resalta que, los órganos de justicia han de prestar atención al análisis de los derechos respetando la metodología propia del proceso estipulado en la legislación. Es decir, el fin del ordenamiento jurídico de la nación Argentina, en correspondencia con el debate judicial. Igualmente, corresponde a los tribunales en jurisdicción civil y con conocimiento en esta materia, las decisiones más justas prevaleciendo en favor de los menores de edad. A quienes se les busca protección, seguridad y un mayor desenvolvimiento como persona. Con el fin de impactar positivamente en los aspectos más relevantes de su vida, en su desarrollo, además de su crecimiento personal. Aspecto para lo cual es necesario el compromiso de cada juez, que en cada caso se espera otorgue profesionalismo y exigencia propia.

4.2. Jurisprudencia relevante

Respecto de la doctrina jurisprudencial, se presentan algunos criterios, dado el análisis según el caso sub examine prima facie de la importancia, que tienen las niñas, niños y adolescentes en el proceso de garantía de los derechos, de sus intereses superiores. Bien sea en los casos de adopción, cuya guarda versa sobre una persona distinta a sus progenitores biológicos.

Es así como, la sentencia "C., J. G. s/ Control de Legalidad", Villa Cura Brochero, del 27/03/2017⁵⁵ y "R. T. J y otra s/ Guarda con fines de adopción, del 03/05/2017⁵⁶, en el cual se consideró tanto el artículo 607 inc. c) del Código. Civil y Comercial de la Nación, así como partiendo de lo expresado en la Constitución de la República de la Argentina; específicamente en el derecho a la identidad. Adicionalmente, se consideró lo estipulado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, al art. 3° de la ley nacional 26.061 que comprende la personalidad para la independencia, autonomía con efecto a nivel psicológico. Por ende, tal como lo menciona la sentencia anteriormente expuesta, el principio de protección del interés del niño, niña y adolescente prevalece sobre cualquiera otro.

⁵⁵ Juzgado De Competencia Múltiple De Villa Cura Brochero, "C., J. G. -Control De Legalidad" , sentencia del 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁵⁶ Cámara de Apelaciones Concordia, Sala II Civil y Comercial, "R. T. J y otra s/ Guarda con fines de adopción", sentencia del 03 de mayo de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Específicamente, en el caso de R. T., J. y otra s/ guarda con fines de adopción⁵⁷, Concordia, Entre Ríos, se tiene a los convivientes por más de cuarenta (40) años y J. R. T. y L. M. M. los cuales tienen a su cuidado a una niña hace alrededor de catorce (14) años, convive con los mismos, como una familia. Por ende, se halla integrada completamente al núcleo familiar; construido con los años un vínculo paterno-filial de hecho. Al momento de iniciar la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, los convivientes, conjuntamente consiguen adoptar, en un contexto no autorizado en la legislación previa; que en caso de que se haya mantenido dicho criterio, la adopción de la joven menor de edad tendría que ser llevado a cabo por uno solo de los convivientes. Conviene subrayar, que es un escenario que iría en contra del interés superior del niño así como del derecho de identidad de la niña.

En el caso presente, el inconveniente expuesto es el hecho de que los convivientes no están inscriptos en el debido Registro de pretensos adoptantes. Es necesario resaltar, que las exigencias de la inscripción, pueden ser obviadas en el momento que el caso lo requiera, en virtud de lo estipulado en los artículos 3° y 5° de la propia Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, la joven menor de edad tiene 14 años bajo los cuidados y la responsabilidad de la pareja, por lo que deben ser ponderados los fundamentos constitucionales en juego. Por ende, no reviste un análisis mayor que el fundamento que persiste en tales casos, es el interés superior de la niña menor de edad frente a cualquier otro tipo interés, o requerimiento de cumplimiento formal.

Cabe destacar, que al valorar el interés superior de los jóvenes menores de edad se está ante un concepto y tratado legal que intenta orientar elementos extranormativos como lo son: la misma realidad psicológica, afectiva así como social, en la que se desenvuelve el joven menor de edad. Por ende, lo que se debe buscar es el mejor interés y provenir éste, de la ley, como así del mismo juez.

El fundamento del interés superior, es una base con un valor jurídicamente protegido, procedente de concepciones ideológicas, sociológicas además de jurídicas. Asimismo, conlleva a la aplicación de una base flexible así como equitativa, frente la imposibilidad de todo régimen legal de fiscalizar perfectamente las propias relaciones interpersonales.

⁵⁷ Cámara de Apelaciones Concordia, Sala II Civil y Comercial, “R. T. J y otra s/ Guarda con fines de adopción”, sentencia del 03 de mayo de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

La tarea del especialista de derecho es establecer caso por caso, y acorde a los aspectos que en la coyuntura estén en juego. La dificultad particular yace en que, al generarse un conflicto que implique a un joven menor de edad, es preciso realizar pronósticos de futuro próximo e inmediato; forzosamente colocar valoraciones sobre lo que compone el desarrollo pleno de un individuo.

Cabe destacar que en el sistema jurídico de Argentina, la sentencia da prioridad al interés superior de joven menor de edad, además es de aplicación necesaria en toda situación, y contexto en que se encuentren involucradas situaciones que conciernen a jóvenes menores de edad. De esta manera lo mencionado encuentra fundamento reglamentario en el artículo 2º, ley 26.061.

Conviene subrayar, que el interés del menor está inmerso en la Convención sobre Derechos del Niño que como instrumento internacional, suscrito y ratificado por la Argentina, dispone de la herramienta pertinente para invocar el derecho propicio, en favor de la protección de los niños, niñas y adolescentes; para el desarrollo de sus capacidades y aptitudes. Es así como, Ciolli (2017) señala que:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, señaló que el interés superior del niño/a debe ser entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de las decisiones relacionadas con NNA. Este principio regulador se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de NNA y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (p.1).

Acerca de esto, se puede afirmar que, el desarrollo y conservación de los derechos del niño (a) y adolescente, debe encontrarse ajustado a las labores propias que tiene el Estado; en tanto están referidas a las atenciones especiales para ellos. Igualmente, en vínculo directo con las prácticas y aptitudes de las personas menores de edad, tal como lo establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

También, se halla inmerso en el artículo 19 de la Convención sobre Derechos del Niño establecido con respecto de los cuidados especiales. Los cuales son requeridos para asumir la posibilidad, de brindar la máxima protección; recibiendo al mismo tiempo las medidas especiales de protección, tomando en cuenta las características específicas que describen cada situación particular.

En razón de lo expuesto, es pertinente argüir la necesidad de observar ciertos elementos o aspectos que evaluarán la circunstancia específica, en función de implementar una estrategia o política idónea en favor del niño, niña y adolescente, en función, de su condición de sujeto de derecho, a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, respetando así el pleno desarrollo personal de sus derechos, en su medio familiar y cultural. También de su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. Adicionalmente, Gascón (1998) expresa:

Se refiere a la dificultad en la distinción o no de las medidas cautelares y provisionales en los distintos ordenamientos a efectos de la aplicación del art. 24 del Convenio de Bruselas. Así, aunque el Convenio no distingue entre medidas definitivas y medidas provisionales. En versiones como la española, francesa o italiana se hace referencia a las medidas provisionales o cautelares, parece que entendiéndolas como instituciones diferentes, y en las versiones alemanas o inglesa las medidas cautelares son una subespecie de las medidas provisionales (p. 32-36).

Sobre este aspecto es importante afirmar que, seguramente la distinción puede sobrevenir en la concepción de la connotación sobre las medidas cautelares, las cuales atienden antes del desarrollo de cualquier proceso administrativo o incluso judicial. A efectos de garantizar el buen funcionamiento y desarrollo de procedimiento judicial que servirá además, como garante de las resultas del juicio, de ser el caso.

Mientras que, las medidas provisionales estarán dirigidas en tiempo, modo y condición a las resultas del juicio o a las consideraciones administrativas de la Secretaría de Niños, Adolescentes y Familia dictadas en la provincia de Córdoba. Otro caso desplegado, trata sobre lo esgrimido ante el Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, Familia, Instrucción, Menores y Faltas de Cura Brochero de fecha 27 de 03 de 2017⁵⁸ donde las partes son C., J. G. s/ en materia de control de legalidad. Donde el autor señala que:

...la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familiar (SeNAF) adoptó en relación al menor J. G. C. la medida excepcional de resguardarlo a cargo del Sr. J. H. C. E. por encontrarse su “abuela” y guardadora, A. F. C., con problemas de salud que le impedirían continuar en dicha función, no pudiendo hacerlo tampoco sus padres, E. C. y E. V. P. Fallecida la “abuela” del niño y habiendo transcurrido los plazos legales sin que pueda revertirse la situación de sus padres, la SeNAF solicita se declare la situación de adoptabilidad del menor por la causal prevista en el art. 607 inc. c del

⁵⁸ Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, de Familia e Instrucción de Menores y Faltas de Cura Brochero. “C., J. G. s/ control de legalidad”, sentencia del 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www-laleyonline.com.ar/AR/JUR/17568/2017>

CCCN. Frente a este requerimiento se ha opuesto el guardador provisorio, ofreciendo hacerse cargo de menor, por considerarse un referente afectivo del mismo, petición que ha sido avalada por la Asesora Letrada de esta Sede Judicial, en su carácter de Representante del Ministerio Público Pupilar, con los fundamentos transcriptos precedentemente.⁵⁹

Con respecto, al caso "C. J. C. s/ control de legalidad, de Villa Cura Brochero"⁶⁰, se tiene una solicitud para la declaración de adoptabilidad de un menor de edad que se encontraba bajo el cuidado de su educador en el área de computación, suceso que fue causado por el fallecimiento de la tía del niño, cuya actuación era de ser su guardadora judicial. Conviene subrayar, que ante este pedido, el encargado de su cuidado se opuso al mismo. A partir de ahí, el juez concedió dicha oposición, por ende, emitió la privación del compromiso parental de los padres del menor de edad, además colocó a aquel educador a dar inicio a las diligencias de la guarda preadoptiva.

Específicamente, antes de ser utilizada la medida de excepción del ente administrativo que le autorizó la guarda, ya la relación entre el niño y su cuidador exteriorizaba ese carácter, asimismo el menor de edad se hallaba enteramente integrado a la familia de aquel. Es necesario resaltar, que una solución contraria a la que aconteció involucraría distanciarlo de esa realidad familiar, por ende, representaría un daño irremisible por el hecho de instaurar la pérdida de ese sitio tan emblemático para él (segundo párrafo del artículo 607 del Código Civil y Comercial).

Por otro lado, una vez refutada la petición de declaración de adoptabilidad del menor de edad por implicar ser procedente la oposición manifestada por el concerniente afectivo, así como la incapacidad de sus progenitores para ampararlo, lo que atañe emitir la privación de la responsabilidad parental en función de lo dispuesto por el artículo 700, inc. c del Código Civil y Comercial. Igualmente, colocó a aquel profesor a dar inicio a las diligencias de la guarda preadoptiva, sin la necesidad de realizar su inscripción en el Registro de Adoptantes correspondiente; por tanto ello se presenta de manera inadecuada con la naturalidad o espontaneidad que se requiere del principio del lazo, y con el carácter de excepción que forma el instituto del "referente afectivo" intrínsecamente del régimen de adopción.

⁵⁹ Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, de Familia e Instrucción de Menores y Faltas de Cura Brochero. "C., J. G. s/ control de legalidad", sentencia del 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www-laleyonline.com.ar/AR/JUR/17568/2017>

⁶⁰ Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, de Familia e Instrucción de Menores y Faltas de Cura Brochero. "C., J. G. s/ control de legalidad", sentencia del 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www-laleyonline.com.ar/AR/JUR/17568/2017>

Por ende, el juzgado ratificó la medida de excepción acogida por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SeNAF), Unidad de Desarrollo Regional (UDER) Mina Clavero, en concordancia al menor de edad J. G. C., y en corolario conservar al mismo, bajo la guarda provisoria del Sr. J. H. C. E.

Lo que quiere decir que, antes de otorgar cualquier medida que implique la separación del niño, niña o adolescente de su núcleo familiar o de cualquiera otro miembro de su familia (tal es el caso de la abuela), el tribunal estudia la solicitud del caso sub examine previas consideraciones que se refieren al interés superior del niño. Igualmente, el derecho a ser oídas las distintas opiniones de las partes intervinientes en el problema y sobretodo del niño, niña o adolescente quien es el más afectado, el cual habría de estar más acostumbrado al lazo consanguíneo y/o afectivo.

Por otra parte, si se tratase de un tercero que ha quedado a cargo del niño, evitando traumas en su psique, no generando en él, un mayor problema o dificultad en su desarrollo, será justa la advertencia que a bien tenga comunicar ante el juez y el representante legal. Como en este caso es el Ministerio Público quien, finalmente, deberá tomar en cuenta las reflexiones más acordes, para así emitir también su opinión en el hecho planteado.

Implica, además, las consideraciones necesarias para ubicar al menor en un ambiente sano. Igualmente, que se colmen los aspectos fundamentales de su vida, sin que implique un fuerte impacto en el desenvolvimiento de las emociones y sentimientos. También, generar en él los aspectos principales de seguridad e integridad personal.

Por otra parte, acerca del Formulario e Instructivo es menester afirmar que, solo cuando sean agotadas las disposiciones y consideraciones dispuestas en los artículo 42 y 45 de la Ley 9.944, es el momento exacto en el que será tomada en cuenta la medida de privación o de separación del niño, niña o adolescente de su núcleo familiar.

Ahora bien, algunas de estas consideraciones son: cuando faltan cuidados parentales de ambos progenitores. Asimismo cuando las violaciones a los derechos del niño, niña o adolescente impliquen grave perjuicio, a su integridad física, psíquica y social. Asimismo, que se advierta la necesidad de apartarlo de su medio familiar, en tanto se evalúen otras estrategias de protección.

De igual modo, cuando el niño, niña o adolescente lo requiera, por resultarle insostenible su situación de vida en su grupo de convivencia, hasta tanto se produzca la evaluación y mediación

para su reintegro o derivación a otro programa. Por último, cuando sea necesario ubicar a familiares, tutores o guardadores en aquellas situaciones en que el niño se encuentra solo, perdido o desvinculado.

Es decir, las medidas que serán tomadas como cautelares o provisionales no deben ser utilizadas de manera ligera. Pues, se amerita un estudio previo y una serie de elementos, que corresponden a requisitos sin los cuales no se pudiera procederá la misma. Igualmente, como los criterios plasmados en la Ley 9944, específicamente, el artículo 49 donde se hace alusión a lo siguiente: propiciar el regreso de niñas, niños o adolescentes a su medio familiar y comunitario.

Además, se tiene la obligación de procurar una especial atención a la continuidad en la educación de los niños, niñas o adolescentes involucrados, así como preservar la convivencia entre hermanos, en caso de que la medida los afecte; no privar de la libertad en ningún caso al niño, niña o adolescente. De igual manera, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas no debe ser fundamento para tomar una medida de este tipo.

A tenor de lo señalado en la legislación argentina y la doctrina que se ha adoptado para los casos, respecto al tema de la adopción, la cual se refiere a una circunstancia de hecho en beneficio del niño, niña o adolescente, en tanto que se encuentre en una situación de peligro, en cuanto a su desarrollo, seguridad, integridad física y mental; y por lo que pudiera desencadenar un desequilibrio emocional, además de traumático para el mismo. En razón de ello, se señala:

La declaración de adoptabilidad refiere a la existencia de una situación fáctica en la que se advierte que, por el bienestar del niño, no es conveniente seguir trabajando con la familia de origen para que pueda regresara ella, sino que lo conveniente es focalizarse en la búsqueda de una familia que pueda ser continente a través figura de la adopción.⁶¹

Es decir, el hecho de declarar y otorgar la adopción a personas distintas a la familia del niño o adolescente tiene carácter excepcional en la provincia de Córdoba, el cual, versará sobre aspectos especiales, que imposibiliten la presencia de este niño o adolescente dentro de su núcleo familiar de origen.

⁶¹ Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, de Familia e Instrucción de Menores y Faltas de Cura Brochero. “C., J. G. s/ control de legalidad”, sentencia del 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www-laleyonline.com.ar/AR/JUR/17568/2017>

Entonces, se observarán varios matices que afecten negativamente el desenvolvimiento del infante o adolescente, en cuanto a su escenario individual o personal, grupal y social. Incluyendo los aspectos de sociabilidad en el escenario académico y a futuro de trabajo, tomando en cuenta las características de la familia adoptante. En este mismo tópico, también se menciona:

La norma nacional (art. 41, ley 26.061) y provincial (art. 49, ley 9944), las cuales admiten como medida excepcional de protección, la posibilidad de ubicar a los niños con personas ajenas a su familia (forma convivencial alternativa), lo hacen bajo la condición de que ello lo sea de forma subsidiaria (es decir, cuando no cuente con un familiar que pueda cumplir con este rol), provisoria (que lo sea "por el más breve lapso posible") y no sustitutiva del grupo familiar de origen. El fuerte lazo con el niño que debe requerirse del "referente afectivo" es necesario que se haya generado con anterioridad a la intervención del ente administrativo de protección, (...) la medida excepcional adoptada en protección del niño o adolescente.⁶²

Es importante argüir que, la familia seleccionada como adoptante de un nuevo integrante, deberá contener aspectos de suma relevancia respecto del niño, niña o adolescente a adoptar. Tomándose en cuenta que aquella familia es extraña al sujeto y que solo deberá efectuarse el trámite de adopción, en casos extremos donde no se pueda dejar la guarda, la custodia o el cuidado de éste en manos de ningún otro familiar distinto a los padres biológicos, por razones diversas.

Quiere decir que, el tema de la adopción va más allá de un simple cambiar de familia, pues, se trata de gente extraña a aquel niño, niña o adolescente, el cual ya se encuentra acostumbrado o de cierto modo es así, a los hábitos, valores y principios de otros, que consanguíneamente lo han reconocido como miembro de su familia.

En este mismo tenor, implica entonces que la adopción es una medida excepcional que tiene un efecto trascendente, primordialmente, en el niño, niña o adolescente de quien se trate. A su vez, posee el efecto emocional, sentimental, psicológico, económico y social, que merece el tratamiento de las personas.

En tal sentido, resulta relevante afirmar que de cierto modo, la parcialidad que merecen los niños, niñas y adolescentes a la hora de tomar una decisión, siempre deberá resultar a favor de ellos, implicando, dejar a un lado la aplicación de formalismos inútiles que pretendan la decisión no expedita. Además de recaudos innecesarios, o que los adoptantes no estén previamente inscritos

⁶² Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, de Familia e Instrucción de Menores y Faltas de Cura Brochero. "C., J. G. s/ control de legalidad", sentencia del 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www-laleyonline.com.ar/AR/JUR/17568/2017>

como tales en los registros, sino que el juez deberá considerar el beneficio que puede traer a los menores. De tal modo que, el candidato deberá tener y cumplir con los requisitos exigidos por el juez, acorde a la situación.

Conclusión

Para finalizar, se afirma que, todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos concebidos tanto en el ordenamiento jurídico interno, como en el escenario internacional los cuales son acogidos por la República Argentina, derechos que hacen foco en sus beneficios, pero también en su propia familia; ambas partes podrán ser escuchadas en sede administrativa y judicial.

Senaf, a través del formulario elaborado de manera que se tenga la posibilidad de conocer cada caso en particular; se vale de una documentación especialmente solicitada que coadyuva al análisis de la situación. También, de un instructivo que facilita a las personas el correcto llenado de aquel formulario, para expresar concretamente dicha situación a estudiar. A fin de cuenta que, la Secretaría de Adolescentes y Familia tiene como objetivo primordial, el bienestar de éstos buscando la satisfacción a priori del o de los solicitantes de las medidas cautelares, los cuales en cierta forma aseguran el resultado del proceso.

Finalmente, a criterio propio, la Senaf y jueces, son los facultados para tomar las decisiones de los casos presentados, para su resolución en consideración siempre de escuchar la opinión de los niños, niña y adolescente. Esto sin dejar de evaluar lo que sea mejor para ellos, en función de la revisión de los vértices de la seguridad personal e integral de los mismos, de una manera primordial, asimismo y por encima de cualquiera otra circunstancia, en razón de la protección física y psicológica.

Consideraciones finales

El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, amerita la concepción de normas y mecanismos que garanticen el cumplimiento cabal y la persecución de sus derechos. Por ello, en el marco del interés superior del niño se plantea el derecho a ser oído y ser debidamente representado.

Se garantiza el derecho inherente al niño de participar en todos los procesos que lo afecten directa o indirectamente, incluyendo los judiciales, por lo que, no se limita a un rol puramente accesorio, sino instrumental. Además, no podrá dirimir de manera lesiva al interés superior del niño, garantizando la adopción de medidas para la protección de sus derechos (capacidad progresiva, su edad, grado de madurez, factores socioculturales) teniendo en cuenta su opinión, en la búsqueda de resoluciones que no vulneren su centro de vida.

Así cobran especial relevancia los instrumentos internacionales de alcance global, como la Convención sobre los Derechos del Niño, y los de alcance regional, ya que éstos han servido como base para la concepción de la legislación, a nivel federal y provincial, al modificar su enfoque tutelar por uno garantista.

Es así como surge la necesidad de crear la Ley 26.061 donde se consagran múltiples derechos y garantías para el menor, que propenden a la protección de sus derechos. Es por ello que la Ley nacional en su artículo 39, regula lo referente a las medidas de protección excepcionales, con el objeto de cesar la situación de violación o amenaza a los derechos subjetivos de niños, niñas y adolescentes.

Dicha ley, se encarga de establecer las causas que justifican la procedencia a la adopción de las medidas, configuradas con una limitación temporal y apuntando a favorecer el regreso al centro de vida de Niño/a o Adolescente.

El modelo garantista debe ser capaz de escuchar y determinar en el caso concreto, el alcance de la opinión del o los niños, valiéndose de equipos multidisciplinarios y atendiendo a la complejidad de elementos que integren el contexto sociocultural donde se desarrollen.

A tales fines, existe un ente rector y regulador del sistema, SENAF, que tiene como objetivo garantizar la protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes. Además de la articulación

con subsistemas de responsabilidades primarias, a través de las Áreas Locales de Infancia, en los Municipios y Comunas.

Ahora bien, las medidas de protección integral y las excepcionales están orientadas a proporcionar la protección, seguridad y bienestar que el niño necesita para crecer y desarrollarse plenamente en familia.

De este modo, se confirma la hipótesis planteada, dado que SENAF garantiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en tanto, el Poder Judicial procederá en las causas que sean sometidas a su control de legalidad, para garantizar un proceso justo, expedito y equilibrado.

En todo caso concreto, se contará con un equipo profesional interviniente para la resolución del conflicto, a fin de escuchar opiniones y tomar las decisiones más apropiadas. Para hacer conocer los derechos a los menores, en caso de ocurrir situaciones de vulneración.

Por otro lado, versa la garantía del cuidado compartido entre los padres respecto del hijo. De modo que, la responsabilidad será compartida entre ambos; tanto en la forma como en el fondo del desarrollo, del ser que es su hijo. Únicamente ante las imposibilidades de cada caso, será suspendida la función de la responsabilidad parental.

De manera que, serán excepcionales los casos que por vulneración reiterada de derechos y con una previa valoración interdisciplinaria, serán retirados momentáneamente de sus centros de vida, debiendo SENAF garantizar todos los derechos tutelados por la Constitución Nacional, siendo sometidos a un proceso de Control Judicial.

Bibliografía

Doctrina

- Assef, M (2014). *El tiempo de los niños: Derechos fundamentales del niño a la luz de los nuevos paradigmas*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Bancoff, P. (2016) “Los menores de edad y el derecho a decidir en materia de salud”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/697/2016>.
- Belluscio, C. (2005) “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/802/2006>.
- Burgués, M. (2016). “Responsabilidad parental, tutela y adopción en el Código Civil y Comercial. Aportes e implicancias en las medidas de protección excepcional”. *DFyP*.
- Ciolli, M. (2017). “La concreta aplicación del mejor interés de niñas, niños y adolescentes en ocasión de resolver la guarda judicial con fines de adopción”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2123/2017>.
- Eberhardt, M (2006). “Enfoques políticos sobre la Niñez en la Argentina: 1980 a nuestros días”. Recuperado de repositorio.educacion.gov.ar:8080/dspace/handle/123456789/96129
- García, V (2016). *La nueva óptica sobre el niño, niña o adolescente*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Gascón, I. (1998) “Medidas cautelares”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- Gutiérrez, P. (2011). *Las medidas de protección de derechos*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Jiménez, M. (2017). “Medidas provisionales y procesos urgentes en el proceso de familia”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3345/2017>.
- Juyent, P (2013). *La palabra como derecho de niños y adolescentes*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Kielmanovich, K. (2005). *Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de la Niñas, niños y adolescentes*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

- Krause, Mariane (1995) “La Investigación Cualitativa: Un campo de posibilidades y desafíos” Revista Temas de Educación N° 7. Santiago de Chile.
- Luft, M (2016). *El derecho del niño a ser oído en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su inclusión en el Código Civil y Comercial. El menor como parte del proceso*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Mizrahi, L. (2005) “Los derechos del niño y la ley 26.061”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3598/2005>.
- Montaña, Á. y Franco, M. (2017). “La medida de protección excepcional de derechos: una mirada integral desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *DFyP*.
- Morlacheit, A (2008). “Hacia la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Recuperado de <http://biblioteca.corteidh.or.cr:8070/alipac/HSXOMGTGPFMYHNHHKOAI-00084/full-set?RES=443&NUM=3>
- Navarro, A. y Jiménez, E. (2018) “Reflexiones sobre el Sistema de promoción y protección integral de derechos niñas, niños y adolescentes”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/426/2018>.
- Ortíz, D. (2016). “Las medidas cautelares en casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia familiar”. *DFyP*.
- Panatti M. y Pennise, M (2016). “Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial. Revista de derecho de familia y de las personas”. Recuperado de <http://181.168.124.69/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=16488>
- Pérez, A. (2015). “Casos de Medidas Excepcionales de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. *DFyP*.
- Peyrano, J. (2017). “La seguridad jurídica. Jurisprudencia Santafesina”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- Solari, N (2010): *Un principio con jerarquía constitucional: El interés superior del niño*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

- Solari, E. (2005) “El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3590/2005>.

Jurisprudencia

- Cámara de Apelaciones Concordia, Sala II Civil y Comercial, “R. T. J y otra s/ Guarda con fines de adopción”, sentencia del 03 de mayo de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado De Competencia Múltiple De Villa Cura Brochero, "C., J. G. -Control De Legalidad", sentencia del 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, de Familia e Instrucción de Menores y Faltas de Cura Brochero. “C., J. G. s/ control de legalidad”, sentencia del 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/17568/2017>

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, 1989.
- Decreto 1606/90. Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de agosto de 1990.
- Decreto reglamentario 415/2006. Boletín Oficial de la República Argentina, 18 de abril de 2006.
- Ley 10903. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de octubre de 1919.
- Ley 11317. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de noviembre de 1924.
- Ley 22.278. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de agosto de 1980.
- Ley 26061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.
- Ley No.9.944. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, 03 de junio de 2011.

- Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de marzo de 1998.
- Observación General N° 4 del Comité de los Derechos del Niño, 2003.