

Universidad Siglo 21



Trabajo Final de Grado

Abogacía

La institucionalización de niñas, niños y adolescentes como medida excepcional de protección de derechos en la provincia de Santiago del Estero.

“Supuestos de procedencia”

Leguizamón, María Paula

D.N.I 35.477.018

Santiago del Estero

2.019

“No sabemos nada de la infancia: y con nuestras equivocadas nociones más avanzamos y más nos extraviamos. Los escritores más sabios se dedican a lo que un hombre debería saber, sin preguntarse sobre lo que un niño es capaz de aprender. Ellos están siempre buscando al hombre en el niño, sin considerar lo que el niño es antes de que se convierta en un hombre”

(JEAN JACQUES ROUSSEAU, Emile ou de l'Éducation)

MARY BELOFF

Agradecimientos

A mi madre, por la confianza y el apoyo. A ella le debo el comienzo y fin de este camino.

A mi hijo Salvador, quien fue mi motivación permanente.

A mi pareja, sin su paciencia e incondicionalidad nada hubiera sido posible.

A toda mi familia, mis abuelas, a quienes agradezco por el apoyo incondicional.

A mis amigas Lujan y Leila, a mis compañeras Morena y Alejandra que, de una u otra manera, colaboraron en esta tarea y me animaron a seguir adelante.

En especial, a mi gran ejemplo, mi abuelo Mario Orlando Coronel, le dedico todas y cada una de estas páginas.

Resumen

Desde el surgimiento de la Ley 26.061 “de Protección Integral de los Derechos De las Niñas, Niños y Adolescentes” y sus Decretos 415 y 416/ 2006 conjuntamente con la sanción de la Ley provincial 6.915 “de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”, las medidas excepcionales de protección de derechos han sido objeto de numerosas críticas y no son pocos los problemas que trae aparejado su otorgamiento.

En este contexto, a través del presente trabajo se pretende determinar los supuestos de procedencia de las medidas excepcionales de protección de derechos, teniendo en cuenta que esta medida es una de las formas de intervención más compleja con respecto a la niñez, ya que constituye una herramienta otorgada por la ley para situaciones de suma gravedad por la finalidad que presentan, separar al niño de su familia. Creemos que existe una falta de información, desconocimiento o ignorancia por parte de la sociedad sobre su fundamento. Para intentar revertir esta situación, se estudió esta medida en todas sus aristas, empezando por su regulación normativa desde su surgimiento, siguiendo por sus hipótesis de procedencia y la problemática que cada una de ellas presenta en la práctica. Se realizó una revisión de los diferentes criterios doctrinales y jurisprudenciales existentes en torno a esta medida.

Con ello se procuró llenar un poco el vacío informativo al que hicimos referencia anteriormente y ofrecer un panorama completo de esta medida excepcional de protección de derechos para entender cuál es su razón de ser y fundamento; pero también el trabajo se encaminó a evidenciar las dificultades que enfrenta esta medida en la práctica.

Palabras claves: Sistema de protección integral de derechos-Medidas de protección excepcional- Interés Superior del niño-Control de legalidad.

ABSTRACT

Since the emergence of Law 26.061 “Integral Protection of the Rights of Girls, Children and Adolescents” and its Decrees 415 and 416/2006 together with the enactment of Provincial Law 6.915 “Integral Protection of Girls, Children and Adolescents” , exceptional rights protection measures have been the subject of numerous criticisms and there are few problems associated with their granting.

In this context, through this work it is intended to determine the assumptions of origin of exceptional rights protection measures, taking into account that this measure is one of the most complex forms of intervention with respect to children, since it constitutes a tool granted by law for extremely serious situations for the purpose they present, to separate the child from his family. We believe that there is a lack of information, ignorance or ignorance on the part of society about its foundation. To try to reverse this situation, this measure was studied in all its edges, starting with its normative regulation since its emergence, following its hypothesis of origin and the problem that each of them presents in practice. A review of the different doctrinal and jurisprudential criteria existing around this measure was carried out.

With this, an attempt was made to fill the information gap mentioned above and give a complete overview of this exceptional measure of rights protection to understand its rationale and rationale; but also the work was aimed at demonstrating the difficulties faced by this measure in practice.

Keywords: System of integral protection of rights-Exceptional protection measures-Best interest of the child-Control of legality.

Índice

Introducción.....	1
-------------------	---

Capítulo I

Introducción.....	4
-------------------	---

1.1 Breve análisis de la institucionalización de niños, niñas y adolescentes como medida excepcional de protección de derechos.....	4
---	---

1.2 Principios fundamentales sobre los cuales se asientan las medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.....	10
---	----

1.2.1 Principio de interés superior.....	11
--	----

1.2.2 Principio de autonomía progresiva o capacidad progresiva.....	14
---	----

1.2.3 Principio de efectividad.....	17
-------------------------------------	----

1.2.4 Principio de necesidad, subsidiariedad, excepcionalidad y temporalidad.....	18
---	----

1.3 Naturaleza jurídica.....	21
------------------------------	----

Conclusiones parciales.....	22
-----------------------------	----

Capítulo II

Introducción.....	24
-------------------	----

2.1 Antecedentes legislativos.....	24
------------------------------------	----

2.2 Ley N° 6.915: Las medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en la legislación provincial.....	25
--	----

2.2.1 Art.39 y 40 concepto y caracterización de las medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.....	25
---	----

2.2.2 Requisitos para solicitar su otorgamiento.....	30
--	----

2.2.3 Procedimiento.....	32
--------------------------	----

2.2.4 Pautas para el dictado de las medidas excepcionales.....	35
--	----

Conclusiones parciales.....	36
-----------------------------	----

Capítulo III

Supuestos de procedencia actuales.....	37
--	----

3.1 Violencia familiar.....	37
-----------------------------	----

3.1.1 Maltrato infantil.....	41
------------------------------	----

3.1.2 Abandono y Negligencia.....	45
-----------------------------------	----

3.1.3 Abuso Sexual.....	51
Conclusiones parciales.....	56
Capítulo IV	
Autoridades de aplicación y control.....	58
4.1 Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia.....	58
4.1.1 Centros Locales de Protección de Derechos.....	62
4.1.2 Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia (DINAF).....	63
4.2 Consejo Provincial de Niñez y Adolescencia.....	64
4.3 Defensor del Niño.....	67
4.4 Control de legalidad de las medidas de protección excepcional de derechos.....	69
4.5 Procedimiento.....	71
Conclusiones parciales.....	75
Conclusiones finales.....	77
Referencias.....	82

Introducción

En el año 2.005 el Congreso de la Nación Argentina sancionaba la Ley N° 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, en cumplimiento de las recomendaciones que le habían sido formuladas al Estado argentino para adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño, de este modo la ley N° 26.061 puso fin a la ley N° 10.903 de “Patronato de Menores” la cual, permitía que el Estado actué con una discrecionalidad ilimitada disponiendo de los niños, niñas y adolescentes como objeto de tutela. La ley N° 26.061 consagra en nuestro país un nuevo paradigma que propone un sistema de protección integral, cuyo punto de partida es el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

En la provincia de Santiago del Estero, se sancionó en el año 2.008, la Ley N° 6.915 de “Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes”. Dicha ley, se sustenta en la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley nacional N° 26.061. Constituye una herramienta para la defensa y ejercicio de derechos y, aporta valiosos parámetros desde los cuales evaluar las condiciones de vida y espacios sociales donde se desarrolla la infancia.

A la luz de esta nueva normativa, las medidas excepcionales de protección son aquellas que se toman cuando los niños, niñas y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o superior interés exija que no permanezcan en ese medio, deben ser limitadas en el tiempo y de último recurso, debiendo ser adoptadas una vez agotadas las instancias previas.

En este contexto, el art. 39 de la ley provincial N°6.915 posee una laguna legal al no establecer taxativamente los supuestos que habilitan la disposición de este tipo de medida. El mismo sólo establece que procede en situaciones graves y, efectúa una enumeración de situaciones que implican tal excepcionalidad, a título meramente enunciativo, lo que puede dar lugar a prácticas discriminatorias por parte de los órganos de aplicación. En consecuencia, el Estado a partir de la categoría de peligro “material o moral” establece en muchos casos la separación de los menores de su medio familiar y comunitario, privándolos del derecho elemental de todo ser humano de vivir en familia y comunidad, albergándolos en instituciones como una medida de protección excepcional de derechos.

A lo largo de este trabajo se analiza la naturaleza y efectos de las medidas excepcionales de protección de derechos en el marco de la Ley Nacional 26.061 de “Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” y de la Ley Provincial 6.915 de “Protección de Niñas, Niños y Adolescentes” en la provincia de Santiago del Estero, sus ventajas y desventajas como mecanismo de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes ante la toma de decisiones por parte de los órganos de aplicación.

En la presente tesis se realizó un análisis de la institucionalización como medida de protección excepcional de derechos como mecanismo de protección de derechos de niñas, niño y adolescentes ante la toma de la medida por parte de los organismos de aplicación. La relevancia jurídica de esta investigación es esclarecer concretamente los casos en los que aplica la institucionalización de niños, niñas y adolescentes como medida excepcional de protección de derechos, ya que la ley no determina los supuestos de manera taxativa, solo utiliza términos muy amplios como violencia, maltrato y abuso de manera enunciativa y ejemplificativa para su aplicación.

Por otra parte, como objetivo general de investigación, consideramos analizar en qué supuestos y bajo qué condiciones se aplica la institucionalización de niñas, niños y adolescentes como medida excepcional de protección de derechos conforme al art. 39 de la ley provincial N° 6.915.

Entre los objetivos específicos se destacan:

- Analizar las medidas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes;
- Determinar cuáles son los estándares y principios en los cuáles se asienta el sistema de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes;
- Analizar las medidas excepcionales de protección de derechos que implique la separación del niño, niña y adolescente de su medio familiar;
- Analizar la regulación de la institucionalización de niñas, niños y adolescentes como medida excepcional de protección de derechos en la Ley Nacional N°26.061 y en la Ley Provincial N°6.915;
- Analizar los requisitos de procedencia de la institucionalización de niños, niñas y adolescentes como medida excepcional de protección de derechos;
- Determinar cuáles son los órganos técnico-administrativos de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes en la provincia de Santiago del Estero;

- Analizar el proceso de control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos.

El presente trabajo final de grado se desarrolla a lo largo de cuatro capítulos. En el primero de ellos se enuncian nociones generales como: medidas de protección de derechos, medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niña y adolescentes y los principios sobre los cuales se asienta.

En cuanto respecta al capítulo segundo, se contempla un panorama normativo de las medidas excepcionales de protección de derechos, enumerándose la legislación vigente a nivel nacional como provincial y su evolución histórica en el derecho positivo.

En suma, el capítulo tercero es abordado con la descripción de las hipótesis ante las cuales procede la medida excepcional de protección de derechos, abordando la descripción del procedimiento en cada supuesto.

Luego, el capítulo cuatro, contiene un análisis de los organismos y autoridades de aplicación de la medida excepcional de protección de derechos, sus funciones, analizamos el procedimiento hasta su otorgamiento y posterior control de legalidad.

Se finaliza con una conclusión.

Utilizando el método descriptivo, se abordan distintas leyes, se analiza la institucionalización de niños, niñas y adolescentes como medida excepcional de protección con el objetivo de investigar las características principales y sus requisitos de procedencia.

En lo referente a la técnica de investigación, se aplica un enfoque cualitativo ya que el análisis de datos será de tipo interpretativo, con el solo objeto de comprender la institucionalización como medida excepcional de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes y distinguir claramente los casos en los cuales procede.

La técnica utilizada para el estudio de las diferentes fuentes de investigación es la revisión o análisis documental, se analizan las fuentes primarias y secundarias.

En cuanto a la delimitación temporal del presente trabajo, se tomó como punto de partida el año 2.005 a la actualidad, dado a que es fecha en la que sanciono la Ley Nacional N° 26.061 de “Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes”.

En lo referente a los niveles de análisis, se efectuó en el ámbito de la provincia de Santiago del Estero pero, con fines didácticos, se realizan comparaciones con el ámbito nacional.

CAPITULO I

Consideraciones generales

Introducción

En el presente apartado se efectúa una descripción de las medidas de protección de derechos. De manera general y, a los fines de introducirlos en la temática es desarrollada su evolución hasta la actualidad. Se tomó en consideración cómo surgieron algunas de ellas y cuál es su finalidad.

Con todo ello se pretende delimitar el ámbito dentro del cual se encuadra la institucionalización como medida de protección excepcional de niñas, niños y adolescentes, como una especie dentro del género de esas medidas.

También, se hace referencia a los principios de derecho internacional y de derecho interno sobre los cuáles se asientan las medidas excepcionales.

1.1 Breve análisis de la institucionalización de niños, niñas y adolescentes como medida excepcional de protección de derechos.

A mediados del siglo XX, los problemas de la infancia fueron consecuencias de la segunda guerra mundial generando un movimiento a favor de los niños. En Argentina, con la emigración extranjera, había surgido una clase popular muy resentida por la aristocracia nacional. De allí provenían, los niños y niñas que invadían los espacios públicos y que eran vistos como un peligro potencial para las clases dominantes de la Argentina conservadora (De la Iglesia, Velazquez y Piekarz, 2008).

El crecimiento social se incrementó en el período comprendido entre 1917 y 1919, - en este último año se promulgó la ley de Patronato de Menores-.

La ley N° 10.903 de Patronato de Menores¹ viene a constituir una posible solución del problema que significaba ese alto porcentaje de niños y niñas que se encontraban en una situación de abandono material o en peligro moral (De la Iglesia et al., 2008). Con

¹ Ley N° 10.903 de Patronato de Menores. Promulgada el 21/10/1919. Publicada en el B.O el 27/10/19

jurisdicción en toda la República Argentina, planteaba un sistema muy riguroso de tratamiento de menores.

En la norma citada, los niños eran calificados de acuerdo a su condición social y de origen. El niño pasaba a ser objeto del Estado a través de los jueces de menores los cuales, resolvían su destino sin oírlo, sin tener en cuenta la voluntad de los padres y, con el objeto de proteger a quienes -según su criterio- estaban atravesando una situación de abandono o peligro de riesgo moral y/o material, colocando tanto a los menores como a su familias en lo que se denominaba “situación irregular”, adoptando las denominas medidas tutelares, como medidas de protección. Estas medidas consistían, en muchos casos, en la institucionalización de niños en instituciones diseñadas para tal fin por tiempo indeterminado. Dicha práctica, logró aquello que pretendía evitar: la separación de niñas, niña y adolescente, en adelante NNyA, de sus familias.

En el año 1946 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas retomó la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la misma establecía los principios para asegurar a todo niño las condiciones esenciales para el pleno desarrollo de su persona (De la Iglesia et al., 2008).

Y, en 1959 se adopta en la Asamblea General de las Naciones Unidas la Declaración de los Derechos del Niño considerando que el niño por falta de madurez física y mental, necesita de la protección legal tanto antes como después del nacimiento.

Luego de una larga lucha, en el año 1989 se sancionó la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas. Desde entonces la niñez realizó un progresivo recorrido, que va desde la concepción de la infancia como objeto de derechos, hasta el reconocimiento de los NNyA como sujetos de derechos.

En el año 1994, se reformó la Constitución Nacional Argentina, y la Convención de los Derechos del Niño adquirió jerarquía constitucional en virtud de la incorporación de los Tratados Internacionales a partir del nuevo art. 75, inc. 22².

La Convención de los Derechos del Niño, en adelante CDN, se consagró como la herramienta normativa central otorgando formalmente un nuevo status jurídico a los NNyA, confirmando el reconocimiento de los niños como sujetos titulares de derechos, su merecimiento especial de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado, por

²Art. 75 inc. 22. Constitución de la Nación Argentina. Aprobada en el 1 de mayo de 1853.

estar en un proceso de desarrollo (Navarro y Jimenez,2018). La CDN exigió una transformación sustancial en cuanto al diseño e implementación de políticas públicas relacionadas con la niñez y, la creación de órganos especializados para la protección de la infancia.

En el año 2005, el Congreso de la Nación Argentina, sancionó la Ley N° 26.061 de “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”³, derogando expresamente la “Ley de Patronato de Menores”. Ello, significó un avance muy importante a nivel legislativo. Se enunciaron principios y, promovieron herramientas para la protección de la niñez avanzando hacia el cumplimiento de la CDN. Se reconoció primordialmente al niño como sujeto de derechos y, se estableció que tiene una capacidad en desarrollo a la cual había que amoldarse. Esta ley dictó una serie de normas tendientes a contrarrestar la estigmatización de la pobreza a las cuáles denominó: “medidas de protección integral”⁴.

Con el objetivo de obtener un sistema efectivo y rápido en la protección de la infancia, se diseñó un “sistema de promoción y protección integral de derechos” de intervención mixta: procesal-administrativo (Basset,2008).Les fue conferida los organismos administrativos ,dependientes del Poder Ejecutivo, un rol protagonista en la aplicación de las medidas de protección, estableciendo que son un recurso para dar respuesta y solución ante una situación de vulneración y/o amenaza de los derechos de NNyA. Por otra parte, al órgano judicial lo reconoció como garante último de los derechos de las personas, interviniendo ante la inacción o actuación deficitaria o incorrecta del poder administrador, a través del control de legalidad de las medidas tomadas por los órganos administrativos.

Ahora bien, es menester definir qué se entiende por “Sistema de Protección Integral de Derechos” y, cómo se encuentra conformado el mismo. Al respecto el art. 32 de la ley N° 26.061 reza:

Se define la conformación del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como aquel conformado por todos aquellos

³ Ley 26.061 de Protección Integral de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

⁴Art. 33, Ley 26.061 “Las Medidas excepcionales son aquellas que se adoptan cuando la niña, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanente privados de su medio familiar o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio .Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados. Estas medidas son limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar si subsisten las causas que le dieron origen.”

organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes.⁵

Entonces, deviene de la norma que, el Sistema de Protección Integral de Derechos es un conjunto organizado de partes conformadas por organismos, entidades, etc., que tienen como principal finalidad la protección de los derechos de NNyA.

En este contexto, la provincia de Santiago del Estero -pasados tres años de la sanción de la ley nacional N° 26.061- se sancionó en el año 2008, la Ley provincial N° 6.915 de “Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes”⁶. A partir de ese momento los derechos de las personas menores de edad quedaron bajo la protección de una ley provincial dictada a tal efecto. Esta normativa, además de reconocer el acceso a los derechos a través de políticas universales, incluye las medidas de protección de derechos, siguiendo la lógica de la CDN y de la ley nacional N° 26.061.

Como sostiene Gómez (2016), este sistema de protección se encuentra basado en tres niveles de intervención:

Las políticas públicas generales básicas, universales e integrales necesarias para el pleno desarrollo de niños, niñas y adolescentes -salud, educación, cultura, recreación-, se encuentran en el primer nivel. Tienen como finalidad colocar a la familia en condiciones dignas para así garantizar el cumplimiento de los derechos básicos e indispensables.

Por otra parte, el segundo nivel de intervención, se encuentra contemplado en el art. 34 de la ley provincial N° 6.915, y se denomina “Medidas de Protección Integral”. Las mismas son entendidas como “aquellas medidas que adoptan los organismos provinciales

⁵Art.32. Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

⁶ Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008

de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes cuando sus derechos son amenazados, puesto en riesgo, vulnerados o violados”.⁷

Subrayamos que el artículo es poco preciso por cuanto refiere a organismos provinciales de protección integral de derechos de NNYA y, con ello, nos lleva a considerar que la autoridad de aplicación solamente es administrativa y no judicial. Con ello se permite una superposición de funciones, debido a que no se define taxativamente cuál es -valga la redundancia- específicamente el órgano de aplicación. Entonces, con ello, también se da a entender que el origen de la medida se encuentra en la actuación del órgano administrativo ante la amenaza o violación de derechos y garantías, provenientes de la actuación u omisión del Estado, sociedad, particulares, familia, representantes legales o responsables del NNYA.

La ley provincial otorga amplias facultades al órgano administrativo y, un gran número de medidas. Estas últimas, son definidas de manera muy extensa debido a su finalidad – el fortalecimiento del vínculo familiar y, la restauración de los derechos vulnerados-. Se especifica que previo al dictado de una medida que implique la separación del NNYA de su familia -al no ser taxativa la enunciación de las medida- el órgano administrativo podrá disponer de otras medidas no enunciadas en el texto legal lo cual, a nuestro criterio, otorga una discrecionalidad ilimitada.

Entonces decimos que, por medida de protección de derechos, se entiende a toda acción que conlleve la restitución de derechos vulnerados. Dicha acción, viene ordenada por el organismo administrativo competente según la situación y el tipo de vulneración de que se trate, tomando en especial consideración el contexto (Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2012). Para nosotros, el objetivo primordial de este tipo de medida es tratar de evitar la separación de los niños de su familia de origen.

En el tercer y último nivel de intervención, se encuentran las medidas de carácter excepcional de protección y de NNYA. Las cuales, son reguladas en el art. 39 de la ley provincial N° 6.915y, allí se las define como: “aquellas que se toman cuando los mismos

⁷ Art. 34. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008

estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio”.⁸

Las medidas excepcionales son consideradas por el Estado como medidas de carácter restaurativo de derechos, con su implementación se busca -entre otros fines- garantizar y restablecer derechos vulnerados de NNyA. Son la forma de intervención más compleja y, constituyen un recurso que -la ley nacional N°26.061 y, la ley provincial N° 6.915-, otorgan a los organismos de protección de derechos ante circunstancias graves, con el objeto de poner fin a una situación extrema de vulneración de derechos de NNyA y evitar así su re victimización (Lucero, 2013).

Sostenemos desde nuestra postura que en la práctica y, por tales razones, se configura como una regla y no como un medio provisorio de restitución y resguardo de derechos de NNyA. Considerándose a esta medida como la más rápida y menos dificultosa, sin tomar en consideración que es en partes restrictiva de derechos fundamentales, ya que se recurre a la institucionalización de NNyA en hogares convivenciales como mecanismo de protección y, ello trae aparejada la separación del NNyA de su familia de origen, desnaturalizando el propio fin de resguardo y protección derivados de las leyes de protección.

Si bien no debemos desconocer que la ley nacional N° 26.061 de “ Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” y, consecuentemente la ley provincial N° 6.915 de “Proteccion Integral de Niños, Niñas y Adolescentes”, no solo limitó notablemente la procedencia de la separacion de NNyA sino que también otorgó garantías procesales. Decimos que, en la práctica, estos limites formales no son respetados ello, deviene de observar que se responde con la institucionalizacion de NNyA en hogares convivenciales como una medida excepcional de protección en los mismos términos que históricamente lo hizo la derogada Ley de Patronato. Por eso creemos relevante acotar la brecha existente entre la teoría y la realidad, para asegurar su cumplimiento y finalidad.

Cuando hablamos de las consecuencias que trae aparejada la institucionalización de NNyA como medida excepcional de protección de derechos -teniendo en cuenta que ésta medida implica la separación del niño de su familia- hacemos referencia a la gama de

⁸Art. 39, Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008

razones explicitadas en la legislación para justificarla las mismas, son variadas y de carácter muy ampliotales como: vulneracion de derechos, riesgo social, violencia, abuso y maltrato. Esta amplitud de definiciones confiere una gran importancia a la actuacion discrecional de los órganos de aplicación intervinientes en la selección de casos, abordados posteriormente por los sistemas de protección, lo que puede dar lugar a prácticas discriminatorias (Unicef, 2013).

Nos parece oportuno realizar una aclaracion terminológica respecto de la “discrionalidad administrativa”, puesto que hacemos referencia a ella a lo largo dela presente tesis, para ello traemos a colación la definición de Cassagne (2008) quien refiere a ella como: “el margen de maniobra que tiene el organo administrativo para adoptar una decisión entre dos o mas variantes, ya sean estas parcialmente regladas o liberadas a la decisión más o menos discrecional del agente público (...)” (p. 20).

1.2 Principios fundamentales sobre los cuales se asienta las medidas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes

En el ámbito del sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha desarrollado ampliamente el concepto de *corpus juris* de los derechos de la niñez para establecer un marco de protección, compuesta por: art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁹, art. 16 del Protocolo de San Salvador¹⁰, art. VII de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ¹¹ y, la Convención de los Derechos del Niño (CDN). Los cuales garantizan el derecho a los niños a las medidas de protección especiales por parte de la familia, la sociedad y el Estado (Videtta, 2016).

⁹Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobación de la citada convención, llamado Pacto de San José de Costa Rica, sancionada el 1 de marzo de 1984 y promulgada el 19 de marzo de 1984. Art.19 (CADH). “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, sociedad y del Estado”.

¹⁰ Protocolo de San Salvador, protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada de hecho el 15 de julio de 1996. Art. 16. “Todo niño sea cual fuere su afiliación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre...”

¹¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948. Art. VII. “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales.”

La Constitución Nacional, los distintos Tratados y declaraciones internacionales de derechos de la infancia, fijan las pautas mínimas que se deben observar para el tratamiento de los NNyA para la ejecución de las medidas de protección de derechos. Estas pautas mínimas son en realidad principios rectores fundamentales que debe tener en cuenta el legislador a la hora de sancionar normas relacionadas a la niñez y adolescencia y que, en la práctica, se traducen en garantías o derechos fundamentales de NNyA en situación de vulnerabilidad. Las mismas se encuentran consagradas tanto en normas de derecho interno como en normas de derecho internacional; en el primer caso tenemos la Constitución Nacional, Ley 26.061 de “Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes” y sus Decretos N°415 y 416/2006 y, también, la Ley provincial N° 6.915 de “Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”, en el segundo caso se encuentran los instrumentos internacionales expresamente reconocidos por la república Argentina y dotados de jerarquía constitucional luego de la reforma del año 1994¹².

Los principios sobre los cuáles se asientan las medidas de protección de derechos de NNyA en general, son: de interés superior; de autonomía progresiva; de efectividad; de prohibición de privación de la libertad; de igualdad y no discriminación y; de necesidad, excepcionalidad y temporalidad. Más específicamente, las medidas de protección excepcional de derechos por su lado, se asientan sobre los principios que analizamos a continuación.

1.2.1 Principio de interés superior

El principio de interés superior, funciona como eje central sobre el cual gira la medida excepcional de protección de derechos y su ejecución. El mismo, está establecido expresamente en el art. 3 de la Ley N°26.061 de “Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” y, en el ámbito provincial en el art. 3 de la Ley provincial N° 6.915 de “Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes”, los tres artículos, de manera

¹²Artículo 75 inc 22 de la Constitución Nacional Argentina: “corresponde al congreso [...] aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la santa sede .Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo [...]”

simultánea y general disponen, que el interés superior del niño es “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.¹³.

El art. 3 de la ley N°26.061, establece pautas mínimas de interpretación del concepto de interés superior del niño cuando postula:

a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia¹⁴.

Estableciendo, en el mismo artículo que cuando exista un conflicto de intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Del mismo artículo también se desprende el principio de autonomía progresiva.

A nivel internacional, este principio se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del niño¹⁵, Convención sobre Todas Formas de Discriminación contra la Mujer ¹⁶y la CDN¹⁷.

¹³ Art. 3 de la Ley 26.061 “Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño o adolescentes la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley [...]”. Art. 3 de la Ley 6.915 “ Interés superior- se entiende por interés superior al sistema que forman todos los derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes en función de la máxima satisfacción integral de sus derechos en el marco de libertad, igualdad, respeto y dignidad [...]”

¹⁴ Art. 3. Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

¹⁵ Declaración de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959 de manera unánime por todos los 78 miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas. Principio VII, segundo párrafo. “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término, a sus padres.”

¹⁶ Convención Sobre todas Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada en el año 1979 por la Asamblea General de la ONU, entrando en vigor en septiembre de 1981. Art. 5 d) “Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de los hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo

Siguiendo a Gil Domínguez et al., (2012), consideramos que el interés superior es un concepto jurídico indeterminado y amplio, su ventaja radica en la generalidad de su enunciado que permite abarcar un sin número de situaciones diversas dentro de amplio abanico de personas, posibilidades y realidades sociales.

Se ha vinculado la concepción de interés superior con el ejercicio de un derecho, en cuanto a la clasificación como “superior”, se sostuvo que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales, simbolizando la idea que se ocupa un lugar muy importante en la familia y en la sociedad y, este lugar debe ser respetado ya que posee los mismos derechos y deberes que los adultos (Grosman, 1998).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció al respecto al decir que el interés superior del niño: “implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida (...)”¹⁸

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dispuso como doctrina que “el interés primordial de los niños y adolescentes ha de orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamadas a juzgamiento de los casos”¹⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) se ha expedido sobre este principio limitando el actuar de los tribunales, al sostener que:

Todas las medidas que deben tomar los tribunales serán considerando, primordialmente el interés superior de los niños (conforme artículo 3° de la

de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”. Art. 16 d)” Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores cualquiera su estado civil, en materia relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán de consideración primordial”.

¹⁷ Art. 3(CDN) 1.” En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. “Art. 18 1. Cuando, al referir a la responsabilidad de los padres, dispone que “[...] su preocupación fundamental será el interés superior del niño [...]”, entre otros artículos.

¹⁸ CIDH, 28/08/2002, opinión consultiva OC- 17/02, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06/02/2001, Fallos 324: 122; 02/12/2008, Fallos 331:2691; 29/04/2008, Fallos 331:941. Recuperado de <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=intsupn>

Convención sobre los Derechos del Niño), y que es primordial para ellos el derecho a permanecer en su familia, prioridad que sólo cede cuando de conformidad con la ley y sus procedimientos aplicables la separación sea necesaria en el interés superior de aquellos”²⁰

Independientemente de que este principio sea un ícono en materia de protección de derechos de NNyA y, sin desconocer que la Ley N° 26.061 de “Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” nos proporciona variables para interpretar el interés superior del niño, nos cuestionamos acerca de si las medidas excepcionales de protección en realidad logran ese afecto.

Actualmente creemos que ello no sucede y, consideramos que el ideal de interés superior se ve frustrado por la interpretación discrecional de los distintos operadores que participan en el proceso. En suma, hay tantas interpretaciones como operadores participen y, como mencionamos ut supra ello se debe entre otras cuestiones, a una política pública ausente o ineficaz que tiene como consecuencia la institucionalización de NNyA como medida de protección excepcional. Por todo ello advertimos no se está teniendo en cuenta el impacto que esto acarrea en la práctica al momento de sostener un instituto como lo es el “interés superior del niño”.

Por lo tanto, este principio debe orientar y condicionar toda decisión de jueces, tribunales y órganos administrativos en todos los casos que se vean afectados, vulnerados derechos de NNyA considerados particularmente; siempre teniendo en cuenta la situación, contexto y necesidades de los mismos. El principio de interés superior debe ir de la mano del principio de autonomía progresiva para ser más efectivo.

1.2.2 Principio de autonomía progresiva o capacidad progresiva.

La capacidad progresiva de NNyA fue reconocida por la CDN, consolidándose en el derecho argentino tras la reforma de 1994 con la incorporación del art. 75 inc22. Entre sus

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires - “P., M. A.; P. B. M. s/Protección de persona”- Causa N° 112488- 28/03/2012. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=24033>

artículos se establece la importancia de reconocer su desarrollo, evolución, progresividad y la necesidad de distinguir las distintas etapas que atraviesan los niños.

La CDN, como lo venimos expresando, reconoció a los niños como sujetos plenos de derechos. Se ha determinado que para tener en cuenta el interés superior del niño es imprescindible tener en cuenta su opinión y su autonomía a la hora de ejercerlos de acuerdo con la evolución de la facultad, estableciendo la responsabilidad a los padres, familia ampliada, tutores, comunidad u otras personas encargadas, de impartir orientación y dirección apropiada para que el niño pueda construir una autonomía que le permita el ejercicio pleno de sus derechos según el art.5.²¹

Por otra parte, en su art. 12 establece que los Estados partes deben garantizar al niño las condiciones para que pueda formarse un juicio y expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, de acuerdo a su edad y madurez, estableciendo que de este principio surge el derecho de todo niño a ser escuchado, a que su opinión sea tenida en cuenta, otorgándole también, el derecho de participar en todo procedimiento judicial que lo afecte.²²

Este principio se encuentra de manera explícita en tres normas contempladas en el derecho interno, en el art. 3 de la ley N°26.061, ya analizado, cuando se hace referencia al interés superior en su inc. d) al establecer que se debe respetar “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”²³; en el art. 19 referido al derecho a la libertad cuando hace alusión en su inc. a) a que este derecho comprende que todo NNyA tiene derecho a “ tener sus propias ideas, creencias, culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo orientación de sus padres, tutores, representantes

²¹ Art. 5 (CDN). “Los Estados Partes respetaran las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según lo establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.”

²² Art. 12 (CDN). 1.” Los Estados Partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

²³ Art. 3. Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

legales o encargados de los mismos”²⁴ ; por último, en su art. 24 reconoce el derecho de todo NNyA a ser oído, a participar y expresar su opinión en todos los asuntos que le conciernen y esa opinión sea tomada en consideración conforme a su madurez y desarrollo.²⁵

El Código Civil y Comercial de la Nación observó estas normas y adecuó su sistema de capacidad jurídica a este principio en su art. 26, referido al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad estableciendo:

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, no obstante, la que cuente con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por si los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en decisiones de sobre su persona (...).²⁶

Para entender un poco más este principio destacamos la definición propuesta por Lloverás y Salomón (2009):

La autonomía progresiva configura, entonces, la faz dinámica en la capacidad del sujeto que facultaría a los mismos a tomar intervención, en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme con la madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tomada en cuenta e incluso, en ciertas oportunidades resolver conforme a dicha voluntad... la responsabilidad parental y la capacidad progresiva van de la mano, y son los pilares de la formación y

²⁴Art. 19. Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

²⁵Art.24. Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005

²⁶Art.26. Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014, mediante la ley n°26.994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014.

maduración de los niños, niñas y adolescentes, que transmiten el adiestramiento en el ejercicio de los derechos que son titulares (...) (pp. 418- 419).

Según lo establecido por la doctrina, cuando se alude a este principio, no se habla en términos referidos a la edad sino que, se debe analizar cada niño en concreto; teniendo en cuenta su contexto, vivencias , condición y vulnerabilidad y, cómo esto incidió en su vida, estableciendo que este derecho debe tener una especial relevancia al contribuir con otros derechos como el derecho a la dignidad y a vivir en familia por ejemplo, esto es lo que contempló la Comisión Interamericana en su opinión consultiva N°17.²⁷

Como puede apreciarse, este principio establece que a medida que avanza la edad de los NNyA disminuye la intervención tanto del Estado, como el control que los padres tienen sobre los mismos y, será utilizado como parámetro para delimitar el alcance del ejercicio de los derechos por parte de los NNyA.

Sostenemos la importancia de reconocer el desarrollo y evolución de la capacidad progresiva de NNyA, obteniendo así un parámetro para analizar el alcance de la protección especial que requieren, limitando la discrecionalidad de los operados que participen en los procesos en los que ellos sean parte, respetando su grado de madurez y, autonomía progresiva para tomar decisiones y ejercer sus derechos, respetando al mismo tiempo su condición de sujetos de derecho dejando atrás la concepción paternalista del niño como objeto de tutela.

1.2.3 Principio de Efectividad.

Otro principio medular en materia de protección de la infancia, es el principio de efectividad. Este principio se encuentra reconocido de manera expresa en el art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH),²⁸en el art. 26 de la Convención

²⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Art. 28 (DUDH). “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”

Americana de Derechos Humanos²⁹ y, específicamente se encuentra contemplado en los arts. 4 y 19 de la de la CDN³⁰.

La ley N° 26.061 se refiere a este principio en varios de sus postulados, pero en particular, lo receptó en el art. 29 estableciéndose que: “los órganos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.³¹

Este principio implica que los órganos del Estado deben aplicar todas las medidas ya sean de índole administrativas, legislativas, sociales y, educativas que crean apropiadas para proteger al NNyA de cualquier tipo de vulneración mientras se encuentre bajo custodia de sus padres, tutores o representantes legales. Esas medidas de protección, deben comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al NNyA y a su familia, también deben ser eficaces para prevenir e identificar cualquier tipo de vulneración y garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos.

1.2.4 Principio de necesidad, subsidiariedad, excepcionalidad y temporalidad.

El Sistema Internacional de Derechos Humanos, en particular la CDN ha establecido los principios de necesidad, subsidiariedad, excepcionalidad y temporalidad, en relación a la separación de niños, niñas y adolescentes de su familia por motivos de protección (Navarro y Jiménez, 2018).

La CDN en su art. 9° establece al respecto que:

²⁹ Art. 26 (CADH).”Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura [...]”

³⁰ Art.4 (CDN).”Los Estados Partes adoptaran todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención [...]”. Art 19 1.” Los Estados Partes adoptaran todas las medidas legislativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo.”2.”Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él[...]”

³¹Art. 29. Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

Los Estados partes velaran por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Y, en suma, su art. 20 dispone que:

Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado. Los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños (...).³²

Siguiendo la misma línea las “Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los niños” señalan en su Directriz N° 14 que:

La separación de un niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible. Las decisiones relativas a la remoción de la guarda han de revisarse periódicamente, y el regreso del niño a la guarda y cuidado de sus padres, una vez que se haya resuelto o hayan desaparecido las causas que originaron la separación, debería responder al interés superior del niño (...).³³

La subsidiariedad surge de conformidad a lo dispuesto en el primer párrafo del art.40 de la ley nacional N° 26.061 el cual establece, que las medidas excepcionales son precisamente, subsidiarias a las medidas de protección integral de derechos, advirtiendo

³²Art. 9 y 20. Convención sobre los Derechos del Niño. Sancionada: septiembre 27 de 1990.Promulgada de hecho: octubre 16 de 1990. El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina: reunidas en congreso, etc. sancionan con fuerza de ley.

³³ Directriz sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, celebrada el 24 de febrero de 2010 y aprobada por la Asamblea General 64/142.

que primero se debe llevar adelante todo tipo de acciones preventivas y/o asistencia directa procurando mantener a los NNyA en sus núcleos de referencia primaria y, solo ante resultados negativos o ineficaces se abre la vía formal y sustancial que permite la ejecución de medidas excepcionales en el caso concreto que debe resolverse (Gil Domínguez et al., 2012).

El principio de excepcionalidad deviene del precepto legal contenido en el art. 41inc b) de ley nacional N° 26.061 cuando reza:

Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario (...).³⁴

Siguiendo la ideología de CDN y de la ley N° 26.061, podemos concluir que la convivencia de los niños fuera del seno familiar queda reservada para casos excepcionales y por el más breve lapso posible. De manera subsidiaria, luego de fracasar las medidas destinadas al fortalecimiento familiar y, teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño.

De lo dicho hasta aquí consideramos que es momento de abrir los ojos, reelaborar conceptos, clarificarlos, precisarlos, argumentarlos y determinar cuál es el sentido de la norma que se interpreta. Nos encontramos en presencia de leyes de protección que contiene los mismos derechos, principios y garantías de la CDN, sin aportar algo para su funcionamiento, lo que vislumbra poca o nula preocupación por la efectivización de los derechos y, ello acarrea dificultades en la práctica desencadenando un desorden en la jurisprudencia.

³⁴Art.41 inc. b) Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

1.3 Naturaleza jurídica

Las medidas excepcionales de protección de derechos, son una figura de neto corte procesal-administrativo, el “Sistema de Protección Integral de Derechos” aportó este tipo de medidas con la finalidad de la preservación o restitución del disfrute y ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes que hubieran sido vulnerados (Basset, 2008).

La naturaleza de esta medida excepcional se configura con su limitación temporal, en donde se sigue el concepto de que lo distinto a lo normal no puede ser permanente y permitir en consecuencia, que con la adopción de la medida se puedan restablecer los derechos vulnerados. Por ello, solo pueden prolongarse mientras subsistan las causas - excepcionales- que le dieron origen. En este sentido, es el Estado quién al tomar conocimiento de cualquier tipo de situación que pone en riesgo la vida de los NNyA rápidamente se hace presente a través del órgano administrativo designado a tal efecto, asumiendo la responsabilidad de garantizar a los NNyA el acceso a sus derechos (Gil Domínguez et al.,2012)

Es decir, esta medida implica una modalidad alternativa de protección de derechos de NNyA. En principio, procede sólo en circunstancias excepcionales, cuando existan razones concluyentes, teniendo en cuenta el interés superior del niño y, resultando fundamental atender a los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad que la caracterizan conforme con la ley N° 26.061 de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Sin embargo, lo aquí expresado se reduce a una utopía si observamos la realidad de la medida excepcional de protección de NNyA. Ello deriva, entre otras cuestiones,de considerar ala medida excepcional como un mecanismo que tiene por finalidad la restitución de derechos vulnerados -por lo tanto, la regla es que los NNyA regresen con su familia de origen o ampliada- y; lo excepcional, subsidiario y, además por el lapso de tiempo más breve posible es que el NNyA sea institucionalizado. No podemos negar que en la práctica se demuestra que pierde esa esencia ya que la prolongación de la medida se torna inminente por el mismo procedimiento, entendiéndose como un paso previo a una resolución de adoptabilidad lo que evidencia las falencias del sistema de protección. En esta misma línea de razonamiento se expresó la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul provincia de Buenos Aires, al hacer alusión a la siguiente doctrina:

La ley 26.061 impone una doble intervención administrativa-judicial, siendo este último el organismo que controla la legalidad de su adopción. Estas medidas traen consigo la separación del niño de su grupo familiar de origen y su inserción temporal en algún dispositivo alternativo, de carácter familiar -preferentemente- o institucional. De este modo, fácil se observa que este tipo de decisiones administrativas con el debido control judicial (art. 41, ley 26.061) pueden ser la antesala de la adopción pasando, previamente, por la correspondiente declaración de la situación de adoptabilidad; circunstancia que se encuentra expresamente prevista en la reforma (Herrera, Marisa, "Código.", cit., pág. 92 y sig.).³⁵

Conclusiones parciales

Lo explicitado hasta aquí tiene como objetivo brindar un panorama introductorio sobre las medidas de protección de derechos al cual pertenecen las medidas excepcionales, sólo a partir de allí es posible entender su concepto, razón de ser y evolución hasta la actualidad.

En el presente apartado, se brindó una caracterización de este tipo de medidas, los principios en los cuales se asientan, su naturaleza jurídica y, los elementos para su otorgamiento.

Como puede apreciarse, el “Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” tanto en Argentina, como en la provincia de Santiago del Estero está amparado por principios universales y derechos fundamentales que tomaron rango constitucional por la República Argentina con la incorporación del art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional.

³⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul- Sala/Juzgado I -“G.P.J s/abrigo” - Causa N° 1-61094-2016- 27/09/2016. Recuperado de <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/jurisprudencia/articulo.asp?id=1125>

Consideramos que nada fue dejado al azar, que todas las medidas de protección de derechos de NNyA deben respetar ante todo los derechos universales que les han sido conferidos; el derecho a la libertad, participación activa de los niños en los procedimientos, el respeto por la familia y a la libertad.

Esta es una tarea exclusiva del legislador a la hora de sancionar las normas, del órgano administrativo y, del Juez de familia de hacerlas cumplir.

CAPITULO II

Regulación

Introducción

A través del presente capítulo, se brinda un panorama normativo de las medidas excepcionales de protección de derechos. Desde su redacción actual a nivel nacional en la ley N° 26.061, hasta su regulación a nivel provincial en la ley N° 6.915.

Se efectúa un análisis cronológico de su regulación y evolución en el derecho positivo desde su surgimiento hasta la actualidad.

2.1 Antecedentes legislativos

Las medidas excepcionales de protección de derechos tuvieron su primera regulación en La Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989, la misma entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 plasmando dicha medida, en su art. 20. Dicha disposición establece una protección especial y asistencia por parte del Estado para aquellos NNyA que no tengan familia, estén privados de ella o su interés superior exija que no permanezcan en ese medio.³⁶

Esta norma ingresó en el derecho argentino a partir de la sanción de la ley N° 23.849 en 1990, fue jerarquizada con rango constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inc.22 de la Constitución Nacional (Gil Domínguez et al., 2012).

En el primer párrafo de su art. 19 la CDN, dispuso que el Estado deba adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger al niño, en su condición de sujeto de derecho, desplegando todas las medidas legislativas, administrativas o sociales que sean pertinentes para el caso concreto³⁷.

³⁶ Art. 20 (CDN).” 1. Los niños temporalmente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafalea del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.”

³⁷Art. 19 1°parr. (CDN).”Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental,

Argentina asumió la responsabilidad de modificar el derecho interno a los estándares de derechos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de NNA, de este cambio de paradigma surgió la ley N° 26.061 de “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, la cual creó el “Sistema de Protección Integral de Derechos”, como fue analizado en el capítulo I.

El sistema de protección integral de derechos, tanto a nivel nacional como provincial, aporta dos géneros de medidas que los órganos administrativos pueden adoptar según la gravedad de la situación: las medidas de protección integral y, las medidas de protección excepcional de derechos. Ambas medidas tienen un neto corte procesal-administrativo y tienen como finalidad la preservación o restitución del disfrute y ejercicio de los derechos de los NNA que fueron vulnerados (Basset, 2008; Gil Domínguez et al., 2012). En otras palabras, este sistema revalorizó el rol de los organismos administrativos, disponiendo que las medidas de protección integral de derechos son un recurso que la ley otorga a los órganos administrativos para dar respuesta y solución a una situación de vulneración y/o amenaza de los derechos de NNA, otorgando al órgano judicial un rol muy diferente y secundario al que desplegaba cuando se encontraba vigente la ley N° 10.903, reconociéndolo como garante último de los derechos de los NNA a través del control de legalidad de la medida tomada por el órgano administrativo.

2.2 Ley N° 6.915: Las medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en la legislación provincial.

Entrando ya en el tema que específicamente nos propusimos tratar, comenzamos diciendo que las medidas excepcionales de protección de derechos se encuentran reguladas en la provincia de Santiago del Estero en el art. 39 de la ley N° 6.915 de “Protección Integral de niños, niñas y adolescentes” como fue mencionado con anterioridad.

2.2.1 Art.34, 39 y 40 concepto y caracterización de las medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes a nivel provincial.

descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

La ley provincial N° 6.915, regula específicamente las medidas excepcionales de protección en sus arts. 34, 39 y 40, de los cuáles se desprenden las condiciones para su otorgamiento.

En su art. 39 postula lo siguiente: “son medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes aquellas que se toman cuando los mismos estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio”.³⁸

Todo ello concuerda con el art.39 y 40 de la ley nacional N° 26.061.

Distintos autores han vertido sentires y posiciones con respecto a este artículo, siguiendo a Gil Domínguez et al., (2012) afirmamos que el enunciado normativo, mediante un tipo jurídico abierto, regula las medidas excepcionales de protección de derechos de manera más restrictiva y, bajo ciertas circunstancias faculta al organismo administrativo a aplicarlas.

Basset (2006) al referirse a este artículo contempló que “la reglamentación ha dispuesto criterios interpretativos para acotar un artículo que ha sido considerado tipo abierto por cierto sector de la doctrina” (citado en Rodríguez y Black, 2006, p. 110)

Por otra parte, autores como Mirzrahi (2018) han vertido una posición con respecto al sistema de normas abiertas al contemplar que:

Sin dudas, la gran ventaja que presenta el sistema de normas abiertas es que permite abarcar un cumulo de situaciones que difícilmente podría ser previsto en el ordenamiento, si se acudiría a una enumeración casuística (...). (p. 8)

La postura que sostenemos, se basa en que no consideramos que la norma debe encuadrar de manera taxativa los supuestos de aplicación de las medidas excepcionales de protección de derechos, ya que es imposible y muy restrictivo, pero tampoco creemos que se debe otorgar tan amplias facultades al órgano administrativo a tal punto sea quien, con una discrecionalidad ilimitada decida si una determinada realidad o supuesto de hecho concreto encuadra en el sistema de protección ya que, como lo venimos sosteniendo, la ley

³⁸Art. 39. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008

provincial refleja una fuerte intervención administrativa, quedando en manos de los órganos administrativos la toma de la medida excepcional y el control de la situación en que se encuentran los NNyA y sus familias, otorgándole la potestad para determinar la situación de vulnerabilidad, la plataforma fáctica, el nivel de riesgo y la calificación del tipo de vulneración que de origen a la aplicación de la medida, lo que puede dar lugar a prácticas discrecionales.

A raíz de ello, el art. 607 inc. c del CCCN estableció un criterio rector con el objeto de evitar la práctica discrecional de los órganos administrativos encargados de dictar la medida de protección excepcional. Al respecto menciona que la finalidad, que debe cumplir principalmente la administración pública, consiste en utilizar todos los esfuerzos y, recursos materiales y humanos con la finalidad de producir el regreso del niño a su medio familiar considerado por la legislación como “centro de vida”³⁹. Del mismo artículo surge que si no se logra ese cometido, se colocará al NNyA en situación de adoptabilidad previa institucionalización.

El Decreto N° 415/06, reglamentario de la ley N° 26.061, complementó este artículo para reducir los márgenes de discrecionalidad y ambigüedad en la aplicación del principio rector del interés superior del niño equiparándolo a aquellas situaciones graves de violencia, abuso o maltrato que atenten con la integridad psicofísica del niño, evitando así la re victimización.⁴⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Forneron vs. Argentina, se pronunció al respecto y dio un poco de claridad al respecto al señalar que:

(...) en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad (...) deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. La observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el

³⁹Art. 607 inc. c. Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgado el 7 de octubre de 2014. Publicado el 8 de Octubre de 2014

⁴⁰Art.39, Decreto 415/06 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Bs As.,17/04/2006.Publicacion en B.O.:18/04/2006.

interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales⁴¹.

Es muy importante resaltar que la ley provincial N° 6.915 en su art. 34 establece la diferencia entre las medidas de protección y las medidas excepcionales de protección de derechos postulando que:

La diferencia está dada por el hecho de que en estas últimas se produce una separación en forma preventiva de la niña, niño o adolescente de su grupo familiar. En especial, en situaciones relacionadas con el maltrato, violencia o el abuso sexual.⁴²

De allí sostenemos que a nivel provincial el art. 39 de la ley N° 6.915 de “Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”, no habilita la aplicación de la medida excepcional de protección de derechos en cualquier caso sino el caso concreto debe tener dos características fundamentales. La primera, es que se hayan agotado las medidas de protección integral destinadas al fortalecimiento familiar, cuestión que es criticable ya que, ante casos graves, la urgencia de proteger a un niño no puede quedar supeditada al agotamiento de las medidas administrativas, así lo ha entendido Gabriel Lerner (2006) al señalar que “podrá invertirse el orden en aquellos casos en que una situación de emergencia obligara a la autoridad administrativa a incluir al niño en cuidados alternativos previa notificación al juez competente” (citado en Gil Domínguez et al., 2012 p. 594) y, la segunda es que la familia de origen pueda resultar un obstáculo para la recuperación de los derechos vulnerados y, siempre que no sea viable la convivencia en ámbitos familiares considerados alternativos. Ambas circunstancias deberán acreditarse, acotando así los supuestos de procedencia. Así lo sostuvo el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°8 al establecer que:

⁴¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Forneron e hija vs Argentina, sentencia del 27 de abril de 2002. Sacado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

⁴²Art. 34. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 Boletín oficial, 29 de Octubre de 2008

Particulares circunstancias excepcionales pueden conducir-tras fracasar todas las estrategias de fortalecimiento familiar y de re-estructuración de las funciones parentales (vía de naturaleza administrativo-jurisdiccional art. 39 y ss. ley 26.061) a modo de satisfacción del mejor interés del niño, niña, a desvincularlos cuando aparece manifiesto que la familia de origen no pueda garantizar mínimamente el ejercicio de los derechos consagrados a favor de aquel y no existe otro recurso ni familia extensa que pueda recibirlo y atender en debida forma a la satisfacción de sus necesidades.⁴³

La institucionalización de NNyA en hogares convivenciales como medida excepcional de protección de derechos tuvo una buena acogida por gran parte de la sociedad y operadores que participan en su implementación, siempre se muestra consentimiento en su aplicación por considerarse una respuesta rápida y ágil para aquellos NNyA que se encuentran en una situación de extrema vulneración de derechos. Muchas veces se emite este tipo de opinión sin saber cuáles son las verdaderas consecuencias que trae aparejada una medida tan restrictiva.

Independientemente de las repercusiones sociales que tiene la medida, y a pesar de ello, lo cierto es que se viene manteniendo desde el año 1.919 -con la sanción de la Ley de Patronato-. Es decir, la institucionalización sigue presente pese a la sanción de la CDN y de la ley N° 26.061, pese a quedar demostrado que la institucionalización de NNyA como medida excepcional de protección de derechos nunca podrá ser considerada como una solución permanente ni temporal, ya que no cumple con la finalidad de restitución de derechos vulnerados que se le atribuye. En consecuencia, estamos hablando de una medida restrictiva de derechos fundamentales como el derecho de vivir en familia y comunidad, desvirtuando así los valores que emergen del sistema de protección integral.

⁴³Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8. “L.G.M s/ control de legalidad-Ley 26.061”. 15 de Julio de 2016. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/08/FA.-NAC.-JUZ.-CIV.-N%C2%B08.-Inconstitucionalidad-del-art.-611.pdf>

2.2.2 Requisitos para solicitar su otorgamiento

Andrés Gil Domínguez et al., (2012) sostiene que las causas que posibilita la adopción de las medidas excepcionales

(...) son aquellos supuestos fácticos donde los niños, niñas y adolescentes deberían estar temporal o permanentemente privados de su medio familiar, el objeto de estas medidas debe estar orientada a la cesación de violación, amenaza o incumplimiento de una ley (por acción u omisión) de los derechos subjetivos y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, como también a la reparación de los daños como consecuencia que pueden haberse imperado. (p. 572)

En su art. 40 la ley N° 6.915, regula las características de las medidas excepcionales de protección estableciendo que, en el caso que sea procedente esta medida, el órgano administrativo designado al efecto será el encargado de su aplicación, quien decidirá el procedimiento a seguir el cual debe estar jurídicamente fundando, debiendo notificar de manera inmediata al órgano judicial competente en materia de familia para que realice el correspondiente control de legalidad, resuelta la medida por el órgano judicial deberá derivar el caso al órgano administrativo competente para que sea implementada.⁴⁴

Lo que resalta este artículo es la relación que se genera entre el ámbito administrativo y el judicial, siguiendo el principio de la des judicialización de las situaciones que vulneren derechos de NNyA, entendiéndose que estas cuestiones no se deben dirimir en el ámbito más coactivo del Estado, como es el judicial, sino el más reparador o preventivo, como es el administrador (Gil Domínguez et al., 2012).

Por ello, nos resulta importante definir las características que deben adoptar las medidas excepcionales, a fin de evitar la discrecionalidad ilimitada de los órganos administrativos a la hora de su aplicación y también de la rectificación por órgano judicial.

⁴⁴Art. 40. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

Una de las características más importantes es el plazo de aplicación de esta medida. Poseen un plazo de 90 días y, solo pueden prolongarse mientras persistan las causas que le dieron origen. Deben ser revisadas periódicamente, debiéndose fijar un nuevo plazo, acto que deberá estar fundado y, deberá ser notificado al órgano judicial para su posterior control de legalidad,⁴⁵ es muy importante poner en resalto lo indispensable que es el trabajo en conjunto entre el órgano administrativo y judicial.

Estableciéndose en el mismo artículo, que en ningún caso la adopción de este tipo de medida podrá implicar la privación de la libertad ambulatoria de NNyA.⁴⁶

Todo ello concuerda con el art. 40 de la ley nacional N°26.061.

A nuestro criterio, uno de los problemas que podemos contemplar en la práctica es que el artículo no determina hasta cuándo trabajar con la familia de origen para lograr la reinserción del NNyA y, cuándo estamos en presencia del agotamiento de las estrategias de fortalecimiento familiar. Si consideramos que 90 días son insuficientes para restituir derechos vulnerados, teniendo en cuenta además los distintos informes y, operadores que participan, como así también la imposibilidad de que en ese lapso de tiempo sea posible modificar la realidad familiar. En suma, teniendo en cuenta que se alude a situaciones graves de vulneración de derechos de NNyA y, además, que la impronta excepcional y transitoria como justificación jurídica de la medida excepcional de protección debe estar presente como garantía del sistema de protección, ya que la prórroga de la medida de manera indefinida no hace más que demostrar errores, desaciertos y, ambigüedades en la interpretación.

Siguiendo nuestro análisis, decimos que el sistema de protección integral puso en cabeza del órgano administrativo de protección de derechos -con el debido control judicial de legalidad de dicha medida- la posibilidad de separar al niño de su familia durante un período de tiempo, esta medida debe estar jurídicamente fundada. Período en el cual, el equipo técnico interdisciplinario -dependiente del órgano administrativo- trabaja con la familia de origen o ampliada a los fines de lograr que el niño, niña o adolescente pase el menor tiempo posible institucionalizado, teniendo en cuenta las consecuencias que trae

⁴⁵Art. 40. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 boletín oficial, 29 de Octubre de 2008

⁴⁶Art. 40. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 boletín oficial, 29 de Octubre de 2008

aparejada esta medida, ya que nadie debe ignorar que si el NNyA permanece por años institucionalizado se le ocasiona daños irreversibles por la ausencia de figuras que cumplan con la función parental.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se expresó en tal sentido al pronunciarse sobre el excesivo tiempo de institucionalización -más de cuatro años- que atravesaban dos hermanos, exhortando a los órganos intervinientes a poner fin a tal situación y a tomar las medidas necesarias para el resguardo de sus derechos.⁴⁷

Resulta necesario que, ante la toma de esta medida excepcional de protección, el Estado a través del órgano administrativo designado al efecto, implemente todas las políticas públicas necesarias tendientes a procurar el retorno del NNyA con su familia, promoviendo distintas estrategias para generar en la familia de origen o ampliada recursos propios que le permitan subsanar sus dificultades, para que la institucionalización de NNyA en hogares convivenciales ya no se configure más.

2.2.3 Procedimiento

En el art. 41 de la ley N° 6.915, hace referencia al procedimiento que se debe seguir una vez declarada la medida excepcional, estableciendo que será la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia quién decida y establezca el procedimiento a seguir a través de una resolución que deberá estar jurídicamente fundada, debiéndose notificar en forma fehaciente y dentro del plazo de (24) horas , la medida adoptada a la autoridad judicial competente de cada jurisdicción en materia de familia , quien dentro del plazo de 72 horas de notificada, previa citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver su legalidad, admisibilidad y conveniencia o su ilegalidad.⁴⁸

Resuelto el control de legalidad del acto administrativo, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que esta implemente las medidas de efectivización de derechos que considere pertinente.⁴⁹

⁴⁷TSJ Provincia de Buenos Aires.” G., J.E.; S.,J.E. Art. 35 inc. H, ley 13.298”. Causa C. 117.042, resol. del 19/ 12/ 2012. Recuperado de <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/Cuaderno%20N%C2%B0%202.pdf>

⁴⁸Art.41. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 boletín oficial, 29 de Octubre de 2008.

⁴⁹Art.41. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 boletín oficial, 29 de Octubre de 2008.

Es decir, la legislación provincial establece que, una vez comprobada la amenaza o vulneración de derechos, el órgano administrativo designado a tal efecto será el encargado de constatar la vulneración. Serán los encargados de establecer la medida apropiada para el caso concreto, prioritariamente, deben consistir en medidas que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento del vínculo familiar, como ya lo resaltamos, no sólo que satisfaga los derechos de los NNyA, sino de su grupo familiar, colocando a la familia en condiciones dignas para garantizar los derechos básicos e indispensables de los NNyA.⁵⁰

Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de las necesidades básicas insatisfechas, carencias económicas, laborales o de vivienda; lo que se propone es su inclusión a programas dirigidos a brindar ayuda como, por ejemplo: beca de estudio; programas de apoyo escolar; asistencia a la embarazada; cuidado de niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando a padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones. Justamente, con un seguimiento temporal de la familia y del NNyA a través de un programa, tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico del NNyA o de alguno de los padres, responsables o representantes legales y en algunos casos otorgando apoyo incluso económico.⁵¹

Posteriormente, los juzgados de familia tendrán la función de ejercer el control de legalidad de las mismas. Por otra parte, dispone que, al momento de iniciarse el trámite, éste sea realizado en Mesa General de Entrada, debiendo ser asignada sin dilatación al Juzgado de Familia de Turno, en forma concordante con lo establecido en la ley nacional N° 26.061 y su decreto reglamentario (Lucero, 2013).

Creemos que la intervención del órgano judicial es tardía porque su actuar recién comienza con el control de legalidad de la medida, siendo un simple mensajero que determina solo la ratificación o rectificación de la medida. En la práctica la resolución que contempla la medida excepcional ya fue adoptada, el NNyA ya se encuentra institucionalizado, es decir la decisión administrativa no se dirime en sede judicial, dejando muy poco margen para el actuar judicial.

⁵⁰ Art. 36. Ley 6.915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 boletín oficial, 29 de octubre de 2008.

⁵¹ Art. 36, segundo párrafo. Ley 6.915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 boletín oficial, 29 de octubre de 2008.

Cabe hacer referenciar que la ley provincial establece un procedimiento similar al establecido por la ley N° 26.061.

Sin embargo, a pesar de encontrarse justificada su procedencia en algunos supuestos, no podemos negar que esta medida excepcional pueda aplicarse con falencias ello, por el gran número de operadores que participan (asistentes sociales, psicólogos, abogados, juez, entre otros) todos con distintos criterios, quienes decidirán sobre la vida de NNyA; por la falta de políticas públicas que apuesten por un proyecto familiar individualizado y permanente. Pese a que esto no implica el desconocimiento del contexto y la situación de vulneración que está atravesando el NNyA no podemos negar que estamos ante una medida rigurosa, restrictiva.

Aplicar la institucionalización como una medida excepcional de protección de derechos implica no solo privar al NNyA de su familia de origen o ampliada sino también, recluirlo en un lugar hostil, privarlo de su centro de vida, de su entorno, de su identidad.

En el art. 42 de la ley provincial encontramos las acciones de protección al establecerse que, cuando el organismo creado por la presente ley tome conocimiento de alguna amenaza o violación de derechos de NNyA, debe implementar acciones en forma directa o a través de sus unidades descentralizadas. Las acciones sociales de protección están destinadas a proporcionar escucha, atención, contención y, la ayuda necesaria a NNyA y a quiénes cuiden de ellos⁵².

Es decir, el Estado debe asignar todos los recursos necesarios para subsanar la vulneración, aplicando políticas públicas, prácticas de contención, estrategias de fortalecimiento familiar que se adapten a la realidad de cada NNyA y, que favorezcan la disminución de la medida excepcional de protección de derechos evitando de ese modo la institucionalización de NNyA por falta de políticas públicas como lo venimos sosteniendo.

El art. 43 de la ley provincial hace alusión a los sujetos habilitados para peticionar la intervención judicial, estableciendo que podrán recurrir los sujetos que tengan un interés legítimo como representantes legales de NNyA. Por lo tanto, estos procedimientos podrán ser efectuados por los padres, guardadores, tutores o responsables del niño o miembros de la comunidad local. Amplía esta nómina de legitimados al otorgarle legitimidad a los

⁵²Art.42. Ley 6.915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 boletín oficial, 29 de octubre de 2008.

integrantes de los equipos técnicos que se desempeñan en los organismos creados por la ley.⁵³

2.2.4 Pautas para el dictado de las medidas excepcionales.

De acuerdo con la relevancia y gravedad del tipo de decisiones que involucra las medidas excepcionales, la ley provincial en su art. 44 brinda ciertos criterios para su aplicación, todo ello en concordancia con el art. 41 de la ley nacional N°26.061 (Gil Domínguez et al., 2012).

- Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de la línea de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de NNyA.
- Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible se puede recurrir a una forma convivencial alternativa a la del grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de NNyA a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad de la educación de NNyA, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deben ser supervisadas por el órgano administrativo local competente y judicial interviniente.
- Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutiva del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de NNyA.
- Las medidas excepcionales que se tomen en relación a grupo de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos.
- En ningún caso, las medidas de protección excepcional pueden consistir en la privación de la libertad.
- No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del órgano administrativo.⁵⁴

⁵³ Art. 43. Ley 6.915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 boletín oficial, 29 de octubre de 2008.

Conclusiones parciales

De lo visto hasta aquí, concluimos que la ley N° 6.915 de la provincia de Santiago del Estero refleja un proceso lento pero sostenido en relación a la intervención con NNyA, siguiendo la lógica de la ley nacional. La normativa, tiene como finalidad la preservación y restitución de los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Las medidas de protección excepcional reflejan un marco de referencia que permite constituir indicadores a tener en cuenta en caso de vulneración, amenaza o violación de derechos de NNyA.

Si bien, se puede o no estar de acuerdo con ello, la norma establece un orden de actuación de los órganos administrativos locales en primera instancia y, posteriormente la intervención del Poder Judicial. Otorgándole mayor protagonismo a los órganos administrativos de protección de derechos.

Como se sostuvo anteriormente, el art. 39 es un tipo jurídico abierto, por lo cual otorga una amplitud de facultades al órgano administrativo para decidir si una determinada realidad o supuesto encuadra en el sistema de protección integral, implicando a su vez, mayor responsabilidad al momento de adoptar una medida excepcional de protección de derechos, dado que dicha medida supone la institucionalización del niño, niña o adolescente en los casos más extremos.

⁵⁴Art. 44. Ley 6.915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 boletín oficial, 29 de octubre de 2008.

CAPITULO III

Supuestos de procedencia actuales

Introducción

En este capítulo se analizan cada una de las hipótesis ante las cuales procede, en principio, la medida de protección excepcional de derechos de NNyA. A su vez, se brinda un análisis de los requisitos requeridos en cada caso, como funciona en la práctica, cuál es la problemática que presentan algunos de ellos en su aplicación.

3.1 Violencia familiar

En la actualidad, se puede observar que existen situaciones terribles relacionadas a la violencia familiar. Las mismas, conllevan a la afectación de la integridad tanto física como psicológica de NNyA. Y, además, estas situaciones se encuentran agravadas porque el agresor es miembro de la familia.

A partir de este contexto enunciado precedentemente, se desprende una serie de situaciones que configuran los distintos supuestos de procedencia las medidas excepcionales de protección de derechos.

Corsi (1995) ha conceptualizado técnicamente a la “violencia familiar” como “aquellas relaciones de abuso intrafamiliar de carácter cíclica configurada por conductas de una de las partes que por acción u omisión ocasionan daños físicos y/o psicológicos a otro miembro de la familia” (citado en Braga Menéndez, 2003, párr. 27).

Es decir, la definición hace referencia a la violencia en el contexto familiar, por ello nos parece menester determinar qué se entiende por familia, ya que es un concepto muy extenso. Consideramos la definición jurídica de Belluscio (1998) el cual, define a la familia como “el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar” (Citado en Braga Menéndez, 2003, párr. 5).

La Ley Nacional de Protección Contra la Violencia Familiar 24.417⁵⁵ contiene a los supuestos relacionados con la violencia ejercida dentro del núcleo familiar.

⁵⁵ Ley N° 24.417 de Protección Contra la Violencia Familiar. Sancionada 7 de diciembre de 1994. Promulgada 28 de diciembre de 1994.

Entre los objetivos de dicha norma se encuentra la posibilidad rápida de intervención con el fin de hacer cesar la violencia que, por la naturaleza de los vínculos, requiere de intervención especial.

El art. 1 postula:

Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de algunos de sus integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas (...) ⁵⁶

Es así que ante situaciones de violencia el Juez se encuentra habilitado para actuar, es decir, una de las dificultades surge a raíz de que por un lado la “Ley de Violencia Familiar” pone en cabeza de un Juez la potestad de aplicar medidas cautelares, por otra parte la “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes” habilita al órgano administrativo a aplicar como último recurso, el alejamiento del niño, niña o adolescente de su medio familiar a través de una medida excepcional con el debido control de legalidad, lo cual resulta confuso, vislumbrándose una superposición de funciones.

La familia en general es el objeto de protección de la “Ley de Violencia Familiar”. Se abarca la noción familia desde una concepción amplia, sin hacer distinción entre sus miembros y por lo tanto sin especificar qué pasa cuando la violencia afecta a niños, niñas y adolescentes, situación que vienen a resolverlas leyes: Ley Nacional 26.061 de “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” en el año 2006 y; la Ley Provincial 6.915 de “Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes” años más tarde en 2008.

En suma, Cornaglia (2011) nos ilustra este punto al sostener que cuando los afectados sean niños, niñas o adolescentes, las actuaciones jurisdiccionales se deben hacer en el marco mismo de la ley 26.061. Dicha protección, debe ser integral, complementaria, simultánea y no sustitutiva.

Sobre este punto, creemos que la inclusión de esta hipótesis se debió pura y exclusivamente a la situación de vulneración que atraviesan niños, niñas y adolescentes en

⁵⁶Art. 1. Ley N° 24.417 de Protección Contra la Violencia Familiar. Sancionada 7 de diciembre de 1994. Promulgada 28 de diciembre de 1994.

su ámbito familiar, lo que llevo a la configuración de este supuesto de aplicación de la institucionalización como medida excepcional de protección de derechos.

Es así que se observa -de la ley de violencia familiar, del art. 39 de la ley provincial N° 6.915 y, en consonancia con lo establecido por la ley nacional N°26.061-que no cualquier tipo de violencia habilita la aplicación de una medida de protección, sino que, se debe demostrar la excepcionalidad del caso. Esta última guarda relación con la privación de un niño, niña o adolescente de su medio familiar y, encuentra fundamentos solo en casos de suma urgencia detectada para la protección de su derecho a la integridad psicofísica, cuando el interés superior así lo exija. Así lo sostuvo el SCBA al expresarse sobre el caso de un niño que fue institucionalizado por un presunto “síndrome de maltrato infantil”:

(...) y si bien, en otro contexto fáctico, puse de relieve el valor de la familia biológica y en su momento la restitución del niño a su familia de origen (...) las excepcionales circunstancias de este caso determinan que ese principio deba ceder toda vez que el interés superior de T. L. así lo exige (...) Pues, tal como señalé, son las necesidades de los niños las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. Y en consecuencia, luego de un pormenorizado análisis de las circunstancias que rodean y rodearon la vida de este niño, considero demostrada tal situación excepcional “⁵⁷

Siguiendo nuestro análisis, para que proceda este supuesto la ley de protección requiere, una denuncia que habilite la intervención administrativa-. La misma puede ser requerida por cualquier persona que tenga un interés legítimo como representante legal de niños, niñas y adolescentes; miembro de su familia, de la comunidad local o por los mismos integrantes de los equipos técnicos de los organismos de protección todo en consonancia con el art. 43 de la ley 6.915⁵⁸

Además, es necesario un informe realizado por el equipo técnico interdisciplinario del órgano administrativo. A partir de dicho informe, se constata la violencia y el tipo de

⁵⁷Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires “M.,T .L. Abrigo”- Causa 119.956- 19/10/2016. Recuperado de http://www.eldial.com/nuevo/pdf_fallos/AA9AB5.pdf

⁵⁸ Art. 43. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

vulneración que padece el NNyA, el tratamiento al que debe ser sometido y, todo dato relevante para configurar el supuesto. Se deben considerar también en dicho informe, cuáles son los motivos que ameritan la solicitud de una medida excepcional de protección.

En el caso de violencia física y sexual no resulta difícil constatar la vulneración y la situación de extrema gravedad que puede dar origen a una medida excepcional de protección y su consecuente institucionalización, pero, difiere para el caso de la violencia psicológica, en donde debe analizarse minuciosamente cual es la vulneración y la influencia negativa que puede tener la convivencia familiar para su recuperación.

El equipo interdisciplinario es el encargado de velar por la recuperación de los derechos de los niños, niñas o adolescentes y, de disponer el egreso e ingreso por el menor tiempo posible de los niños en los institutos especializados. Por ello, es que su informe resulta clave para tener por acreditado la amenaza, puesta en riesgo, vulneración o violación de los derechos.

Estamos ante un supuesto que puede asumir diversas formas pudiendo tipificarse como maltrato infantil comprensivo de la fuerza física y emocional; al abuso sexual; abandono y la negligencia, conceptos amplios que analizamos a continuación con la finalidad de restringirlos y así poder comprender su alcance, teniendo en cuenta que la ley no los especifica y que los mismos se indican como causa de ingreso en los hogares convivenciales de la provincia de Santiago del Estero (Aldeas Infantiles SOS Argentina, 2017).

Así lo sostuvo el relevamiento realizado desde la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y UNICEF Argentina⁵⁹, al contemplar que las causas de aplicación de la medida excepcional más frecuente y principal en la provincia de Santiago del Estero es la violencia y el maltrato de niños, niñas y adolescentes dentro de sus hogares (Unicef, 2018).

De todo lo mencionado ut supra se desprende, que el órgano administrativo es el que se encuentra facultado para expedirse o no sobre un supuesto de procedencia, tomando en consideración para cada caso en particular, el informe del equipo técnico

⁵⁹ Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, UNICEF .Situación de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento Nacional/ Actualización 2017. Recuperado de:https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuidados.parentales.2017_fnl26-11_2.pdf
<https://www.unicef.org/argentina/media/4196/file/Situaci%C3%B3n%20de%20ni%C3%B1os.%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes%20sin%20cuidados%20parentales%20en%20Argentina.pdf>.

interdisciplinario. A partir de allí queda determinado si un supuesto se enmarca en el contexto de violencia familiar o, en el de vulneración del interés superior del niño, los cuales habilitan la aplicación de la medida excepcional de protección.

3.1.1 Maltrato Infantil

El maltrato infantil, es un supuesto que fue incorporado en la provincia de Santiago del Estero por la ley provincial 6.915, la cual introduce este supuesto en su art. 34 en su segundo párrafo, al contemplar que las medidas excepcionales se tomaran en situaciones especiales relacionadas con el maltrato, violencia o el abuso sexual⁶⁰.

La enumeración se efectúa de manera muy amplia y ejemplificativa, sin detallar ninguna de ellas, ampliando los márgenes de discrecionalidad por parte de los órganos administrativos. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, intentan reducir esos márgenes.

Mediante su implementación se otorga la posibilidad de aplicar la medida de protección excepcional en aquellos casos donde los niños, niñas y adolescentes padezcan este flagelo. Se fundamenta la medida excepcional en la protección y el resguardo del derecho a la integridad personal y en razones de humanidad.

En primer lugar, debemos dejar aclarado qué debe entenderse por maltrato. Para ello recurrimos a una definición contemplada por la Organización mundial de la Salud (1999), quien considera al maltrato infantil como un problema de salud pública y lo define del siguiente modo:

cualesquiere forma de daño físico y/o emocional, abuso sexual, negligencia o cualesquiere forma de trato negligente, comercial u explotación, que resulta en el daño actual o potencial a la salud, sobrevivencia o desarrollo de la dignidad, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder (citada en Frías Armenta, Fraijo Sing y Cuamba Osorio, 2008, parr.2).

La hipótesis que analizamos se encuentra tipificada en distintas normas:

⁶⁰Art. 34. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

La CDN además de contemplar al niño como sujeto de derecho, delimita que es lo que se entiende por maltrato infantil determinando que:

Es toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación mientras que el niño se encuentre bajo custodia de sus padres, o de un tutor o de cualquier persona que tenga a su cargo⁶¹.

Por otra parte, El maltrato se encuentra previsto tanto a nivel nacional como, provincial en las leyes de violencia familiar.

En la ley provincial se hace referencia en el texto del art. 4 inc. a) al estipular que “toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrán denunciar en forma verbal o escrita pudiendo solicitar medidas conexas”⁶².

El maltrato, también se encuentra tipificado en el art. 607 del CCCN el cual establece la prohibición de malos tratos y el auxilio del Estado en esta situación al contemplar que:

Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado⁶³.

Este artículo sigue los lineamientos de la CDN, la observación general N° 8⁶⁴ y 12⁶⁵ del Comité de los Derechos del Niño.

⁶¹ Art. 19 1° par. CDN.

⁶² Ley 6.308 de Creación de los Juzgados de Familia. Santiago del Estero, 23 de julio de 1996. Boletín Oficial, 24 de julio de 1996.

⁶³ Art. 607 Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgado el 7 de octubre de 2014. Publicado el 8 de octubre de 2014. En vigor 1 de agosto de 2015.

⁶⁴ Observación General N°8. Comité de los Derechos Niño, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), 42° período de sesiones (2006).

⁶⁵ Observación General N°12. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado (2009).

Tal y como lo establecen las normas no se exige otro requisito más que el maltrato físico, psíquico o lesiones por parte de algún integrante del grupo familiar, ello subordina la concesión de la medida de protección excepcional al informe médico, psicológico o social realizado por el órgano administrativo, podría afirmarse que con la acreditación del órgano administrativo se habilita su otorgamiento. Sin embargo, hay numerosos casos donde el maltrato físico y psicológico no es de gravedad o se necesita de un tiempo para constatarlo, despertando la inquietud o duda en cuanto al otorgamiento o no de la medida.

Entonces de lo dicho hasta aquí podría decirse que el maltrato infantil abarca varios supuestos entre los que podemos encontrar, maltrato físico; maltrato psicológico o emocional; abuso sexual; explotación laboral; negligencia (abandono físico y emocional); maltrato prenatal, entre otros (Corbetta,2018).

Sostenemos, que el maltrato infantil, no constituye un supuesto aislado, sino que se encuentra determinado por múltiples factores, que en muchos de los casos da lugar a uno o más tipos de maltrato de manera simultánea, que poseen un denominador común: el abuso de poder.

Como lo sostiene Andruet (2014) el maltrato infantil presenta distintas modalidades:

- > Maltrato físico: es el más común por las marcas que pueden evidenciarse en su cuerpo. Su ejercicio constituye desde una cachetada hasta la utilización de elementos contundentes, produciéndose lesiones que pueden ser graves o gravísimas y hasta producir la muerte
- > Maltrato psicológico: es aquel que ocasiona un desarrollo psico-social inapropiado para el niño, niña o adolescente, abarca insultos, desvalorizaciones, rechazo, falta de contención, aislamiento, etc.
- > Abandono material o moral: surge a partir de la omisión de los deberes de cuidado y protección por parte de los progenitores o encargados de la guarda. Este se puede evidenciar en la escasa de higiene del niño, como así en el no acompañamiento en diferentes actividades o falta de comunicación verbal, gestual o emocional.
- > Inasistencia familiar: trata de los progenitores que no prestan los medios necesarios e indispensables para la subsistencia del niño, niña o adolescente.

—> Abandono emocional: acción u omisión a las necesidades de contacto afectivo del niño, niña o adolescente e indiferencia en sus estados anímicos.

—> Abuso sexual: se presenta a través de las distintas modalidades de atropellos sexuales, revistiendo carácter incestuoso en muchos casos. El niño difícilmente puede expresar un relato de su sufrimiento, sobre todo si el autor pertenece al grupo familiar y reviste una figura de autoridad.

—> Niños testigos de violencia: niños que presentan situaciones crónicas de violencia entre sus padres.

En síntesis, en la práctica, las medidas de protección excepcional en los supuestos de maltrato surgen a partir de una situación de amenaza o vulneración de derechos, puede ser iniciada por una denuncia o puede surgir de una evaluación realizada por el equipo interdisciplinario del órgano administrativo, quien debe constatar la situación excepcional que habilite la aplicación de una medida, la cual puede consistir en la separación del niño, niña y adolescente de su medio familiar o familia ampliada, siendo el órgano administrativo el encargado de constatar este supuestos, o en los casos más graves puede ser contemplada por el Juez quien coordina las acciones que puedan hacerse en conjunto con el órgano administrativo.

En conclusión podemos decir que el maltrato abarca varios supuestos dentro de los cuales encontramos la violencia física, psicológica, negligencia, abandono y el abuso sexual dentro del ámbito familiar, lo cual acarrea la separación del niño, niña o adolescente de su familia como medida de protección excepcional y su consecuente institucionalización .Así lo sostuvo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al confirmar la decisión de primera instancia que resolvió decretar a tres hermanos en situación de adoptabilidad, ante un recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley interpuesto por la progenitora, los precedentes del caso comenzaron con la derivación que había efectuado el Hospital Materno Infantil por la fractura de fémur de una de las niñas. Con posterioridad en el mismo año, el equipo médico del Hospital comunico que la referida menor de edad ingreso a dicho centro de salud por traumatismo de cráneo y múltiples heridas que sugerirían maltrato infantil. Se indico que la niña habría padecido desnutrición, sepsis, maltrato infantil, neumonía con derrape pleural, hepatomegalia, esplenomegalia, cardiomegalia, anemia, lesión cicatrizada en cara y mano, fractura de codo izquierdo, etc.

todas constatadas por la jefa del Hospital en declaración testimonial. Los niños vivían con su madre, quien ante la situación descripta y como derivación de las actuaciones penales iniciadas fue detenida, posteriormente condenada. A raíz de esto se institucionalizan a los niños en un hogar convivencial. El juez sostuvo, tomando en cuenta el interés superior y la excepcionalidad del caso, que:

Tal como señalé, son las necesidades de los niños las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. En consecuencia, luego de un pormenorizado análisis de las circunstancias que rodearon y rodean la vida de estas niñas, considero demostrada tal situación excepcional⁶⁶.

3.1.2 Abandono y negligencia

En lo que respecta al abandono, el mismo es un supuesto que se encuentra encuadrado dentro del maltrato. Puede definirse al mismo como “la situación en la que se encuentran un menor por la incidencia de factores que obstaculizan, impiden o perturban su pleno desarrollo personal” (D’ Antonio, 2006, p.8)

Este supuesto ya existía y, se lo encuadraba dentro de lo que la Ley de Patronato de Menores denominaba como “situación irregular”, hoy tanto la doctrina como la jurisprudencia refieren a ello como “menores en estado de abandono”(D’ Antonio, 2006)

La hipótesis que analizamos se encuentra establecida expresamente en: la CDN en su art. 9 y 20⁶⁷; la Ley Nacional 26.061 en su art. 11 al referirse a la excepción al derecho del niño de conocer a sus padres biológicos a crecer y desarrollarse en su familia de origen salvo que dicho vínculo amenazare o violare alguno de los derechos de niños, niñas o

⁶⁶Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. “D.C.N., V .L. y O.J s/ abrigo”.C-121150-1- 4 de agosto de 2.016. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=145170>

⁶⁷Art. 9 (CDN) 1. “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”. Art.20 1.”Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.”

adolescentes⁶⁸; El Código Civil y Comercial de la Nación, también lo recepta en el art. 307 inc. 2 al referirse a la privación de la patria potestad, disponiendo como causal que da lugar a la aplicación de una medida al establecer que “(...) por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que se los haya abandonado aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero (...)”⁶⁹, El art. 317 enumera como requisito para la guarda judicial previa a la adopción al establecer que no será necesario citar a los progenitores cuando:

(...) el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo y esta situación hubiera sido comprobada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad o cuando hubieran manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción (...) ⁷⁰

En suma, El art. 700 inc. b) y c) del CCCN también hace referencia a este supuesto al establecer de manera taxativa las causales por la cual los progenitores serán privados de la responsabilidad parental, disponiendo lo siguiente:

b) Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por el abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero c) poner en peligro la seguridad, salud física o psíquica del hijo (...) ⁷¹

Lo que se desprende de los postulados citados, es la situación de desamparo, tanto moral como material, en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes.

⁶⁸ Art. 11, 3º parr. Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. “ En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño”.

⁶⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgado el 7 de octubre de 2014. Publicación 8 de octubre de 2014. En vigor 1 de agosto de 2015.

⁷⁰ Art 317, Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgado el 7 de octubre de 2014. Publicación 8 de octubre de 2014. En vigor 1 de agosto de 2015.

⁷¹ Art. 700 inc. a). Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgado el 7 de octubre de 2014. Publicación 8 de octubre de 2014. En vigor 1 de agosto de 2015.

En primer lugar, se hace referencia a la falta de contención por parte de los progenitores o persona a cargo. Es decir, la renuncia por parte de los padres de asumir las responsabilidades parentales en todos sus aspectos.

Por otra parte, el abandono material se corresponde con el abandono físico el cual se caracteriza por ser aquellas situaciones en que las necesidades físicas básicas del menor como alimentación, vestimenta, recreación, protección, asistencia médica y vigilancia no son atendidas por sus padres, cuidadores o aquellas personas que se encuentren a cargo. Así lo contemplo el Juzgado de Familia N° 1 de la provincia de Tandil:

El abandono se configura con la privación de aquellos aspectos esenciales que atañen la salud, seguridad y educación del menor de edad por parte de las personas a quienes le compete dicha obligación y deriva en la tutela pública Estatal, esto es, cuando los vínculos biológicos generadores de la filiación se transforman en la realidad de la vida en simples circunstancias no asumidas por el o los progenitores como fuente de responsabilidad procreacional (Conf. Cám. Civ. y Com. de Córdoba, L.L. 1985, p . 490).⁷²

De las normas se infiere que el abandono sea evidente, manifiesto y continuo dejando al niño, niña o adolescente en un total estado de desprotección es decir para que se configure este supuesto debe haber una renuncia manifiesta y voluntaria de los progenitores de los cuidados derivados de la responsabilidad parental, por lo que los niños, niñas y adolescentes deben encontrarse en una situación que comprometa gravemente su salud tanto física como psicológica , siendo un parámetro para poder determinarla, ya que como lo venimos expresando es muy delgada la línea para encuadrar las acciones u omisiones capaces de vulnerar la finalidad de la responsabilidad parental, cual es, brindar protección, desarrollo, educación, salud, seguridad, poniéndose en evidencia un grave riesgo para el hijo, es por ello que las evaluaciones de los equipos técnicos interdisciplinarios van a ser

⁷²Juzgado de Familia N°1 Tandil. Causa “G.,P.J.S/ABRIGO” .Causa N° 1.61094-2016. Fecha 27 de septiembre de 2016. Recuperado de [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35616&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%20B061094\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35616&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%20B061094).pdf)

relevantes a la hora de determinar este supuesto y las medidas más convenientes para el caso concreto. Así lo expreso la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Azul, provincia de Buenos Aires al contemplar que:

Para configurar la figura típica a los fines de la norma, la abdicación debe ser tal que deje al hijo en total estado de desprotección; la exigencia visualiza que no cualquier situación califica a efectos de la aplicación de la norma, exigiendo no sólo la desprotección del hijo, sino que la misma sea total.⁷³

Al contemplarse este supuesto, los órganos administrativos dictan las medidas de protección con la finalidad de recomponer esos lazos familiares y afianzarlos a través de las políticas públicas destinadas a tales fines, se observa la posibilidad que la protección se dé a través de la familia ampliada, en caso de que ello sea insuficiente se proceda a la institucionalización como medida excepcional de protección de derechos, tal como era establecido en la antigua Ley de Patronato de Menores. Así lo sostuvo la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, al no hacer lugar a un recurso de apelación de la defensa oficial de una madre contra la sentencia que declaró la situación de adoptabilidad de dos niños ya que según el informe del Equipo técnico del Servicio Social de Asesoría de Menores e Incapaces, los niños se encuentran en una situación de “riesgo y vulnerabilidad” por el descuido e indigencia de sus familiares. El tribunal constato las circunstancias excepcionales que habilitaron la aplicación de la institucionalización como medida de protección excepcional de derechos, al decretar que:

Luego de haber seguido el control de legalidad se decidió, como medida excepcional, en el marco de la Ley 26.061, su internación en un Hogar, a los fines de resguardarlas de las situaciones de riesgo, desnutrición, falta de salud e higiene, etc., constatadas y verificadas en los distintos informes de

⁷³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul- Sala/Juzgado I.-“G.P.J s/abrigo”. Causa N° 1-61094-2016- 27/09/2016-Recuperado de <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/jurisprudencia/articulo.asp?id=1125>

los equipos interdisciplinarios -de los que se ha dado cuenta en el detalle del Considerando N° IV- a los que la señora Jueza se ha referido extensamente en su decisorio, para declarar su estado de adoptabilidad⁷⁴.

En lo que respecta a la negligencia, es el tipo de maltrato infantil, encuadrado dentro del abandono, presenta mayores dificultades en su reconocimiento, ya que puede constituir una forma engañosa de causar daños graves, implicando una falla del progenitor de salvaguardar la salud, seguridad y el bienestar del niño, niña o adolescente ,la negligencia puede ser física, la cual incluye el abandono alimenticio, falta de cuidados y asistencia médica como así también, abarca la ausencia de suficiente protección del niño, niña o adolescente contra riesgos físicos o sociales (Corbetta,2018).

Es decir, la negligencia se da por la falta de cuidado y protección de quienes tienen el deber de hacerlo. Así lo contemplo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero al expresarse sobre un recurso de casación contra una sentencia emanada del Juzgado de Familia de Segunda Nominación, que había resuelto declarar la situación jurídica de abandono y preadoptabilidad de tres niños que se encontraban institucionalizados en un hogar. El Tribunal manifestó el supuesto de procedencia de la medida excepcional, al concluir que:

(...) de todas las constancias obrantes surge el abandono manifiesto de la madre biológica, su negligencia en el cuidado de sus hijos y todas las medidas ordinarias puestas en marcha por el organismo administrativo para lograr que los niños permanezcan con su familia de origen y ampliada agotándose todas las posibilidades (...)

⁷⁴Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial en FERIA de Salta. Sala Segunda.” P.,J.J.P. y P., A.O. vs F., L. A.; H.C., P.; y P., J.- Declaración Judicial de Adoptabilidad”. Expte N 613.234/17. Fecha 22/ 01/ 2018. <http://www.saij.gov.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-salta---declaracion-judicial-adoptabilidad-fa18171031-2018-01-22/123456789-130-1718-1ots-eupmocsollaf?&o=16&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal/CAMARA%20DE%20APELACIONES%20EN%20LO%20CIVIL%20Y%20COMERCIAL%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Eltica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=32619>

(...) en el presente caso, se ha decidido la separación de los menores de su madre biológica, debido a los episodios de maltrato físico y abandono a los que eran sometidos, y en las diferentes entrevistas todos los niños manifestaron su deseo categórico de no regresar a vivir con su mamá, a quien relacionan con las situaciones dramáticas que les tocó vivir⁷⁵.

En cuanto a su aplicación práctica, debemos resaltar que es un supuesto muy complejo, tanto por la variedad normativa, la amplitud del concepto, como por el contexto, es decir la realidad que vive cada familia en particular, ya que en la mayoría de los casos la falta de recursos económicos puede afectar la capacidad de los padres para satisfacer las necesidades básicas de los hijos, si bien no es una razón suficiente para etiquetar a los padres como negligentes, muchos estudios revelan que la mayoría de los niños que sufren negligencia forman parte de familias de bajos recursos, por ello es muy importantes los programas de promoción y protección realizadas por los órganos administrativos, ya que las mismas ayudan a los padres o responsables a sobrellevar esa situación.

Por ello, resulta fundamental hacer un estudio minucioso de cada caso particular para evitar la institucionalización de la pobreza, situación que caracterizó a la Ley de Patronato de Menores, ya que se focalizaba en la separación de niños de su medio familiar por cuestiones asistenciales y su consecuente institucionalización como medida de protección.

Concluimos en que la institucionalización como medida excepcional de protección de derechos en este supuesto en especial existe toda vez que el Estado no puede afrontar con éxito su obligación de brindar apoyo a través de los distintos programas y acciones destinadas a la preservación y al fortalecimiento del vínculo familiar.

Advertimos que, de lo dicho hasta aquí, este supuesto particular despierta cierta incertidumbre o desconfianza con respecto a la aplicación de medidas excepcionales de protección de derechos. Creemos que ello se debe, a que el contexto en el que se encuentran

⁷⁵2015 Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero. Sala Civil y Comercial de Exmo. Causa “Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia s/ medida excepcional de protección de derechos-casación civil”. Expte N°18.310-Año .. Recuperado el 22 de junio de 2018 de <http://fallos-sumarios.jussantiago.gov.ar>

inmersos los niños en muchos casos conlleva a lo inevitable de las situaciones que se generan por la falta de recursos- tanto materiales como morales- producto de la pobreza e ignorancia, ya que no podemos hacer a un lado las consecuencias que trae la pobreza, debemos resaltar la importancia de la actuación del Estado a través de los distintos programas asistenciales, para revertir esta situación y evitar la consecuente institucionalización.

También ponemos en relieve, que el abandono y la negligencia van de la mano en las situaciones aludidas. Difícilmente sean supuestos que puedan encontrarse aislados y, ello es observable en la jurisprudencia analizada.

3.1.3 Abuso sexual

La violencia familiar, es un grave problema social, presentándose bajo diferentes tipos y modalidades siendo una de ellas el maltrato infantil, y dentro de este, el abuso sexual infantil, configurándose como una de las formas más severas por las graves consecuencias que acarrea cuando se trata de niños, niñas o adolescentes.

En el abuso sexual infantil intrafamiliar, los agresores son personas de su entorno familiar con quienes conviven, es decir padres biológicos, tíos, abuelos o adultos a cargo de su cuidado.

Según autores como Müller (2015) consideran que incluir al abuso sexual dentro de la categoría de maltrato hacia los niños, niñas o adolescentes es minimizar la gravedad que el abuso sexual tiene en la infancia, considerando que, si bien algunas palabras están destinadas a definir realidades, otras tienen como objetivo ocultar o minimizar la situación.

Compartimos esta postura , ya que como lo venimos afirmando a lo largo del desarrollo del presente trabajo, la ley contempla al abuso sexual como un supuesto más sin hacer especificaciones profundas sobre el mismo, quedando en igual categoría del resto de los supuestos y, si nos detenemos en la situación de gravedad que acarrea el abuso sexual, nos parece insuficiente que sea utilizado el mismo procedimiento en todos los supuestos,

cuestión que vino a resolver el “ Protocolo intersectorial de abordaje de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigo de abuso sexual y otros delitos”⁷⁶ en estos casos.

Para lograr intervenciones eficaces por parte de los operadores intervinientes, resulta indispensable tener una definición clara de abuso sexual infantil, de este modo no habrá ambigüedades a la hora de su desvelamiento y su detección. Hay una gran variedad de definiciones de abuso sexual, nos parece la más apropiada la siguiente:

El abuso sexual en la infancia consistirá en someter al niño, niña o adolescente a acciones vinculadas a la sexualidad adulta para que las que no está psicosexualmente maduro. Estas agresiones sexuales se inscriben en el orden de la tortura y constituyen actos que quebrantan y previenen el desarrollo normal del niño, niña o adolescente (Müller, 2015, p.22).

El abuso sexual es un supuesto muy abarcativo porque comprende todas las actividades sexuales en que los niños se encuentren vinculados con adultos, ejerciendo sobre ellos conductas sexuales abusivas que incluyen besos, caricias, palabras, miradas , desnudez, sexo oral, manoseo, frotamiento, masturbación frente a la víctima, el hecho de obligar a un niño a presenciar o participar de actos sexuales entre adultos, instigación para realizar actos sexuales, hasta la penetración anal o vaginal, prostitución o producción de material pornográfico y la violación, etc. Lo que conlleva secuelas gravísimas en la víctima, físicas, conductuales, emocionales, sexuales y sociales, el abuso sexual emerge como un flagelo que requiere especial protección.

La Ley provincial 6.915 de “Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes” contempla este supuesto en su art. 9 haciendo referencia al derecho a la integridad personal al decretar que:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad psíquica, social, sexual y moral, a que se respete su privacidad, a la autonomía de sus valores, ideas, creencias, a no ser sometido a trato violento, discriminatorio,

⁷⁶Protocolo interinstitucional. Aprobado por Resolución Ministerial N° 2.649.Santiago del Estero, 22 de septiembre de 2.009. Recuperado de [www.jussantiago.gov.ar: https://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/protocolo/videos/ProtocoloSantiagoEstero.pdf](https://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/protocolo/videos/ProtocoloSantiagoEstero.pdf)

vejatorio, humillante, intimidatorio, a no ser sometido a explotación de cualquier condición⁷⁷.

Todo ello en concordancia con el art. 9 de la ley 26.061.

A su vez, este supuesto se encuentra tipificado en el art. 119 del código Penal el cual establece que existen tres modalidades más frecuentes de abuso sexual: simple; gravemente ultrajante y finalmente las que comprenden el acceso carnal⁷⁸.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 27.363⁷⁹, sancionada en el año 2007, se introdujeron algunas modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de privación y suspensión de la responsabilidad parental, definiendo nuevas causales de privación de la responsabilidad parental agrupadas. En el art.700 bis inc. c), incorporando el supuesto de abuso sexual al contemplar que:

Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto por el art. 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata. La privación operara

⁷⁷ Art. 9, Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

⁷⁸ Art. 119 Código Penal Argentino.” “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona cuando esta fuera menor de 13 años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los inc.. a), b), d), e) o f)”.

⁷⁹ Ley 27.363 Modificación del Código Civil y Comercial de la Nación- Privación de la Responsabilidad Parental.

también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere⁸⁰.

Por otra parte, como ya lo mencionamos anteriormente, la provincia de Santiago del Estero, estableció un protocolo interinstitucional de abordaje de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de abuso sexual y otros delitos, aprobado por el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, aprobando la conformación de un grupo de trabajo local para abordar la problemática del acceso de la justicia y el abordaje de niños, niñas víctimas en la justicia penal.

Consideramos que el protocolo es muy importante a nivel provincial, ya que otorga un documento en el cual se encuentran contenidas las pautas mínimas de actuación para todos los actores involucrados, el protocolo contempla distintas etapas, en las cuales intervienen de manera articulada los órganos de protección a fin de diagramar un plan de coordinación de protección y acompañamiento de las familias, con la finalidad de evitar el maltrato institucional, sus falencias y que el niño, niña o adolescente víctima sea re victimizado, esto fue incorporado a través de la resolución Ministerial N°2649/09⁸¹, complemento a la ley provincial de protección que dejaba un vacío importante con respecto al tratamiento de este supuesto tan complejo.

La utilización del protocolo habilita a que, si el develamiento, detección u observación se da en instituciones sociales, deportivas, recreativas, religiosas, estas tienen que poner en conocimiento de la situación al organismo administrativo de protección, conforme a la Ley 6.915 de “Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”, debiéndose realizar la denuncia ante la justicia penal, comisarias locales o fiscalías de turno. Posteriormente, en caso de corresponder, será aplicada la medida excepcional de protección de derechos ante el supuesto abuso sexual cuando el mismo sea producido en el seno de la familia de origen, medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la integridad física, psíquica del menor y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar del agresor. Así se expresó la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul/ Juzgado 1, al confirmar la sentencia que declaro a una menor en situación de

⁸⁰ Art. 700 bis, inc. c). Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgado el 7 de octubre de 2014. Publicación 8 de octubre de 2014. En vigor 1 de agosto de 2015.

⁸¹ Protocolo interinstitucional. Aprobado por Resolución Ministerial N° 2.649, Santiago del Estero, 22 de septiembre de 2.009.

adoptabilidad, frente a las reiteradas situaciones de violencia y abuso sexual por parte del cónyuge de la madre, y ante la actitud pasiva de esta. El tribunal constato las circunstancias excepcionales que habilitaron la aplicación de la institucionalización como medida de protección excepcional de derechos, al decretar que:

habiéndose acreditado que durante el período en que la menor retomó la convivencia con su progenitora continuó la situación de vulneración de derechos a la que oportunamente se encontrara expuesta -fundamentalmente en virtud de que, desobedeciendo nuevamente las órdenes de exclusión, restricción de acercamiento e impedimento de contacto, la Sra. G. había reiniciado su convivencia de pareja con el Sr. G., quien en consecuencia se encontraba residiendo nuevamente en su domicilio junto a las niñas; a la persistencia de situaciones de violencia familiar que trascendían a los adultos exponiendo a las menores; a la sospecha de que P. fuera víctima de actos de abuso sexual por parte de su progenitor; y a que durante este período los efectores del Servicio pudieron evidenciar respecto de la niña falta de higiene, de cuidados básicos, tristeza y encerramiento-, se adopta con fecha 19.03.2015 una nueva medida excepcional de protección de derechos respecto de P., esta vez en el Hogar de Niños Fantasía de Colores de la ciudad de Tandil -cuya legalidad fuera declarada mediante decisorio de fs. 56/58vta.-⁸²

Es menester destacar y dejar en claro que, en los casos de delitos graves como es el abuso sexual infantil, la actuación del órgano administrativo no puede ser autónoma, por ello la obligatoriedad de formular la denuncia en sede judicial de manera inmediata.

⁸² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul- Sala/Juzgado I-“G.P.J s/abrigo”- Causa Nº 1-61094-2016- 27/09/2016- Recuperado de <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/jurisprudencia/articulo.asp?id=1125>

Conclusiones parciales

La Ley Provincial 6.915, al incorporar las medidas excepcionales de protección de derechos al sistema integral, adecuando su legislación a la ley nacional y a la CDN, ha significado un avance de suma importancia con respecto a la regulación anterior. Sin embargo, consideramos que, a pesar del avance producido, esta ley está llena de tantos aciertos como desaciertos. Aciertos porque brinda herramientas para dar una respuesta jurídica a aquellas situaciones antijurídicas como lo es la vulneración de los derechos de los niños, niñas o adolescentes a través de las políticas públicas destinadas al fortalecimiento del vínculo familiar. Desaciertos por la regulación totalmente ambigua, dispersa en distintos preceptos legales, si bien el órgano administrativo es el encargado de aplicar como último recurso las medidas de protección excepcional de derechos, cuya solución en casos graves sigue siendo la judicialización, ya que a raíz de la variedad normativa, la "Ley de Violencia Familiar" sigue requiriendo a un Juez que resuelva las situaciones que merecen una urgente protección como son los supuestos analizados, donde fracasa el sistema de protección integral a través de sus políticas públicas.

Consideramos que los supuestos de procedencia de las medidas de protección excepcional son muy amplios, multi-causales, dado que no es posible determinar una causa única como lo analizamos, por lo que hace falta en realidad es precisar algunas cuestiones que hacen a los conceptos utilizados, para evitar discrecionalidad del órgano administrativo y de los Jueces encargados del control de la medida, para acabar con la inseguridad jurídica que gira en torno a ella.

Consideramos, desde nuestra perspectiva, existen casos de suma gravedad como los contemplados, que no pueden ser sustraídos de la esfera judicial, por la importancia de los derechos vulnerados, derechos que muchas veces requieren de un juez que investigue y resuelva de manera urgente y definitiva, por la urgencia que amerita la situación y el tipo de vulneración, interiorizándose en cada caso particular, exigiendo un labor seria y responsable por los órganos administrativos, efectuando los ajustes que crea convenientes, con un rol más activo y no sólo realizando un mero control de legalidad, por lo cual consideramos de gran relevancia la actuación coordinada del órgano tanto administrativo

como judicial para evitar así la discrecionalidad de ambos y una efectiva aplicación de la ley.

A lo largo de este capítulo se han presentado varios fallos referidos a la institucionalización de niños, niña y adolescente como medida excepcional de protección de derechos, encontrándose en todos ellos los supuestos de procedencia de esta medida.

Debemos aclarar que, en el ámbito de la provincia de Santiago del Estero, la información a la que se hace referencia tiene carácter reservado con la finalidad de evitar una nueva vulneración de los derechos de niñas, niños o adolescentes, por lo que fue imposible acceder a ella teniendo en cuenta que es una medida de neto corte administrativa-judicial, lo que conlleva a ver que dicha figura no existe como caratula de los mismos. No obstante, indirectamente se la encuentra incluida dentro de los casos bajo análisis.

Capítulo IV

Autoridades de aplicación y control

Introducción

En este apartado se desarrolla un análisis de los organismos y autoridades competentes que intervienen en la aplicación de las medidas excepcionales de protección de derechos. Describimos las funciones específicas que recaen sobre estas personas, luego analizamos su procedimiento, transitando todas sus etapas hasta su otorgamiento y control posterior.

4.1 Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia

En el año 2008, resultado de la sanción de la Ley 6.915 de “Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes”, aparece como condición de institucionalidad la creación de un nuevo sistema de protección de derechos del niño, con la finalidad de efectivizar la CDN, La Ley Nacional 26.061, razón que impulsó la creación de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, en adelante SUBNAF, a través del art. 23 de la ley 6.915 al contemplar que:

será el órgano del Poder Ejecutivo que tendrá a su cargo la planificación, coordinación general y el monitoreo de la aplicación de las políticas públicas del Estado Provincial en la temática de niñez y la adolescencia, a fin de promover el acceso equitativo e igualitario de las condiciones que mejoren, reparen y garanticen sus derechos⁸³

Una de las funciones principales de la SUBNAF es la asistencia, prevención y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el territorio de la provincia, pautas establecidas en la Constitución Provincial (Lucero,2.013), cuyas amplias funciones se encuentran enumeradas en el art. 24 de la ley 6.915,ellas son:

⁸³ Art. 23, Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

- Planificar, diseñar y coordinar y ejecutar los programas y políticas públicas relacionadas con niñas, niños y adolescentes.
- Garantizar el funcionamiento del Consejo Provincial de Niñez, Adolescencia y establecer en forma conjunta, la modalidad de coordinación entre ambos organismos con el fin de establecer y articular políticas públicas integrales;
- Ejercer la representación del Estado Provincial en las áreas de su competencia.
- intervenir en aquellas situaciones que impliquen perjuicio o abuso físico o psíquico, malos tratos, explotación o abuso sexual de niños o adolescentes, se encuentren o no bajo la custodia de los padres, tutor o de guardador, para que asegure su protección; todo ello mediante la intervención del juez competente, cuando fuera necesario. En situaciones de urgencia el organismo competente podrá ejecutarlas con carácter preventivo debiendo dar cuenta al defensor de la Niñez y Adolescencia, e intervención al juez competente, dentro de las (24) horas de dispuesta
- Fortalecer el reconocimiento en la sociedad de niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de derechos;
- Acordar con las dependencias municipales las acciones que contribuyan a garantizar la ejecución de la presente Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes;
- Diseñar normas generales de funcionamiento y principios rectores que deberán cumplir las instituciones públicas o privadas de asistencia y protección de derechos de la presente ley, sustentando y fortaleciendo al grupo o familia responsable de las niñas, niños y adolescentes;
- Garantizar servicios adecuados para que niñas, niños y adolescentes que consideren vulnerados sus derechos reciban atención legal, psicológica y social; capacitar a los actores con el fin de generar condiciones apropiadas que favorezcan la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes;
- Implementar programas y servicios alternativos a la institucionalización, la que será excepcional, subsidiaria y por el lapso más breve posible, debiéndose proporcionar el regreso de niños, niñas y adolescentes a su grupo de pertenencia o medio familiar;

- Garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales a favor de la niñez y adolescencia, debiendo denunciar ante los organismos judiciales, cuando correspondiera, las infracciones a las leyes vigentes en materia:
- Promover el desarrollo de investigaciones en materia de niñez, adolescencia y familia y organizar un sistema de información único y descentralizados que incluya indicadores para el monitoreo, evaluación y control de las políticas públicas y programas de niñez y adolescencia;
- Apoyar a las organizaciones no gubernamentales en la definición de sus objetivos institucionales hacia la promoción del ejercicio de derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la prevención de su institucionalización⁸⁴.

Lo que podemos inferir de los incisos de esta norma, es que la función está destinada fines más amplios, al diseño general de normas y pautas de seguimiento y a la creación de circuitos institucionales (Lucero, 2013), de esta enumeración tan amplia podemos observar una particularidad, el trabajo conjunto entre la SUBNAF y el Consejo Provincial de la Niñez, Adolescencia y Familia con la finalidad de articular “políticas públicas integrales”(Gil Domínguez et al.,2012), así lo contemplo en su art.24 inc. b⁸⁵, dejándose en claro que la primera, ósea la SUBNAF , es quién representa al Estado provincial en lo atinente a la materia, al respecto así lo aclara el art. 23 segundo párrafo, al afirmar que :

Dicho organismo tendrá como misión promover y articular las políticas públicas de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, coordinando su acciona con los diferentes organismos estatales y con las organizaciones de la sociedad civil especializada en la materia⁸⁶

Como podemos observar, de la lectura de las normas que citamos se desprende que básicamente las funciones de la SUBNAF consisten en promover y articular las políticas de

⁸⁴ Art. 24, Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

⁸⁵ Art. 24 de la ley 6.915 inc. b)” Garantizar el funcionamiento del Consejo Provincial de Niñez y Adolescencia y establecer en forma conjunta, la modalidad de coordinación entre ambos organismos con el fin de establecer y articular políticas públicas integrales”.

⁸⁶ Art. 23 2° párr., Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

prevención y promoción para hacer efectivos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales y leyes de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en todo el territorio de la provincia. Es decir, más específicamente, los órganos administrativos deben realizar la función de investigación e instrucción del procedimiento por eso su rol es primordial (Lucero, 2013).

La estructura orgánica de la SUBNAF puede ilustrarse en el siguiente gráfico:

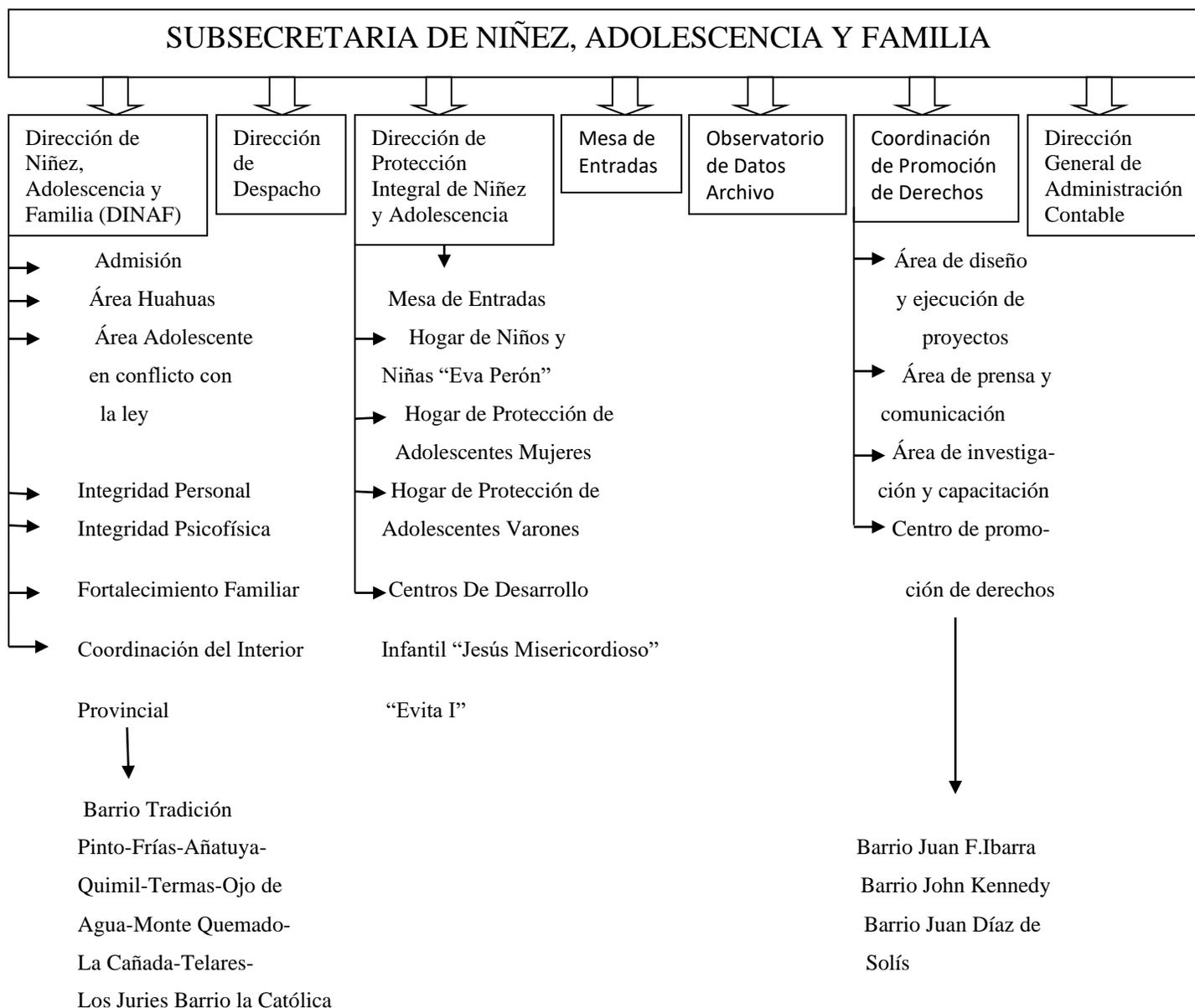


Figura 1: Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. Elaboración propia en base a lo brindado por la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la provincia de Santiago del Estero.

4.1.1 Centros Locales de Protección de Derechos

El sistema de protección integral a nivel provincial se descentraliza en dispositivos dependientes de la SUBNAF, como lo ilustramos en el gráfico precedente, denominados Centros Locales, su función se basa en desarrollar un sistema articulado de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (Lucero, 2013)

Estas delegaciones se encuentran definidas en el art. 25 de la ley provincial 6.915, al considerar que los Centros Locales de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes son:

Unidades técnico operativas descentralizadas territorialmente de la Subsecretaría que tiene como función desarrollar un sistema articulado de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Deben ejecutar las políticas públicas específicas de la niñez y adolescencia, mediante acciones con criterio interdisciplinario y participación de los actores sociales⁸⁷.

Estos centros se encargan de abordar las problemáticas zonales referidas a niños, niñas o adolescentes, deben ejecutar políticas públicas específicas en la temática, mediante acciones con criterio interdisciplinario contando con la participación de los actores sociales, además brindan asesoramiento, orientación y ante situaciones de amenazas y vulneración, son los encargados de recibir denuncias, reclamos e inquietudes (Lucero, 2013), sus funciones se encuentran contempladas en el art. 25 de la Ley Provincial 6.915, podemos mencionar las siguientes:

- Difundir los principios de la Constitución Nacional, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, las leyes nacionales, Constitución Provincial y leyes provinciales relacionadas con la temática de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

⁸⁷ Art.25, Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

- Establecer los procedimientos para la implementación local de programas de efectivización y protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes;
- Brindar asesoramiento, orientación y atención ante situaciones de amenaza, riesgo y vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes;
- Recibir denuncias, reclamos e inquietudes que formulen los niños, niñas y adolescentes o cualquier persona de existencia visible o ideal en relación a los derechos contemplados por la presente ley;
- Capacitar en forma permanente a sus integrantes y a los operadores del sistema;
- Conformar y fortalecer una red articulada en el ámbito local para facilitar la confluencia de recursos destinados a problemática de amenaza o violación de los derechos de niñas, niños y adolescentes;
- En general todas aquellas que la Subsecretaria le asigne para el mejor cumplimiento de sus funciones⁸⁸.

En conclusión, podemos decir que estos Centros Zonales son unidades técnico operáticas descentralizadas territoriales dependientes del SUBNAF, tiene como función desarrollar un sistema articulado de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes (Aldeas Infantiles SOS Argentina, 2017). Trabajan directamente con el órgano judicial, diseña y coordina las distintas estrategias de fortalecimiento familiar para el regreso de los niños, niñas o adolescentes con su familia de origen o ampliada.

4. 1. 2 Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia (DINAF)

En la provincia de Santiago del Estero la Dirección de Niñez Adolescencia y Familia, más adelante DINAF, órgano descentralizado dependiente de la SUBNAF, tiene como misión restituir derechos vulnerados de niños, niñas y adolescentes a través del diseño y ejecución de medidas de protección integral de derechos conforme a la Ley Provincial 6.915 (Aldeas Infantiles SOS Argentina, 2017).

La misma se encuentra dividida en distintas áreas de intervención:

1 Área Huahuas.

⁸⁸ Art.25. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

- 1 Área de Niños Carentes de Cuidados Parentales.
- 2 Área de Fortalecimiento Familiar.
- 3 Área de Adolescentes en Conflicto con la Ley.
- 4 Área de Integridad Psicofísica.
- 5 Área de Integridad Personal.
- 6 Centros Zonales del Interior.

Una de sus funciones principales es la de recibir las denuncias, conforme al art 26 inc. d) de la ley provincial 6.915 al contemplar que los centros zonales deben: “Recibir denuncias, reclamos e inquietudes que formulen niños, niñas y adolescentes o cualquier persona de existencia visible o ideal con relación a los derechos contemplados por la presente ley”⁸⁹

El DINAF encuentra conformada por un equipo técnico interdisciplinario, el cual se encuentra conformado por abogados, psicólogos, asistentes sociales, médicos etc. Este equipo tiene una función fundamental, es el encargado de contemplar el historial familiar, plataforma fáctica de la de la denuncia y el nivel de riesgo al que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, brindando toda la información necesaria al SUBNAF para la aplicación de las medidas de protección excepcional de derechos de niños, niñas y adolescentes, por lo que es relevante la constante capacitación de los mismos para dar una correcta aplicación de la ley de protección.

4.2 Consejo Provincial de la Niñez y Adolescencia

El consejo Provincial de Niñez es un organismo creado por la ley 6.915, sus funciones se encuentran orientadas a la consulta y el asesoramiento en la planificación de políticas públicas de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, así lo dispuso el art. 27 de la ley provincial 6.915, al afirmar que:

Crease el Consejo Provincial de Niñez y Adolescencia y como órgano consultivo y de asesoramiento en la planificación de políticas públicas de

⁸⁹Art. 26. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, para fortalecer la participación institucional de las organizaciones de la sociedad civil especializada en las temáticas de niñez y adolescencia. Los integrantes de este Consejo ejercen sus funciones “ad-honorem”⁹⁰.

Este órgano encuentra su razón de ser en la descentralización, señalada como uno de los ejes principales en el sistema de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, lo cual implica la revalorización de la infancia a nivel local (Gil Domínguez et al., 2012), puesto que, según lo establece el art. 28 de la ley provincial 6.915, tendrá una conformación equitativa y pluridisciplinar entre:

- La máxima autoridad sobre la temática representando al Poder Judicial de la Provincia.
- Representantes del Poder Legislativo y del poder judicial de la Provincia.
- La Defensoría del Pueblo de la Provincia a través del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Representantes de organizaciones no gubernamentales (ONG) de todo el territorio provincial, que desarrollen sus actividades a favor de la niñez y adolescencia.
- Las niñas, niños y adolescentes, quienes deberán tener doce (12) años como mínimo y tener la residencia en la Provincia.
- Representantes de los centros locales de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁹¹.

El consejo no solo será un órgano consultivo, sino que se encuentra encargado de delinear políticas de Estado, en forma coordinada con la SUBNAF, en todo aquello que esté relacionado con la infancia y la adolescencia, así lo estableció el art.29 de la Ley Provincial 6.915 al contemplar que serán funciones del Consejo Provincial de Niñez y Adolescencia las siguientes:

⁹⁰ Art. 27. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

⁹¹ Art.28.Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

- Proponer, debatir, acordar y coordinar las políticas públicas en el área de la niñez y adolescencia en todo el ámbito provincial, articulando transversalmente la acción de gobierno;
- Concertar políticas de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;
- Asesorar a las distintas áreas del Poder Ejecutivo que tengan relaciones con la temática de su competencia;
- Incentivar la coordinación y la ejecución de acciones en las instituciones públicas y privadas destinadas a la protección de niños y adolescentes, propiciando la participación de la sociedad civil;
- Proponer y diseñar estrategias destinadas a promover el respeto hacia los niños y adolescentes y la responsabilidad familiar y comunitaria hacia los mismos;
- Proponer e impulsar reformas legislativas e institucionales destinadas a la concreción de los principios establecidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño;
- Proponer la supervisión y control de las instituciones privadas de asistencia y protección de derechos;
- Podrá elevar al Defensor del Pueblo de la Provincia una propuesta, con el voto de las 2/3 partes de sus miembros, de un postulante para desempeñar como Defensor de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes;
- Participar en la formulación de las políticas de comunicación, para que los medios respectivos contribuyan a la defensa y promoción de los derechos de la niñez y adolescencia;
- Impulsar acciones de formación y capacitación permanente del personal de las instituciones públicas o privadas que se encuentran al cuidado de niños, a fin de garantizar la calidad de los servicios prestados;
- Dictar su reglamento interno dentro de los 90 días de su conformación;

- Propiciar la participación de la sociedad civil en la elaboración y ejecución y evaluación de los programas a desarrollar⁹².

Tal como lo hemos señalado, la ley brinda un catálogo de funciones que se le otorga al Consejo de Niñez y Adolescencia, varias de ellas son en forma conjunta con la SUBNAF, cuestión que podemos criticar al no tener en claro sus funciones autónomas, por lo que nos pone en duda acerca su idoneidad, ya que como lo contemplamos en la provincia de Santiago el presupuesto en materia de niñez no abunda, aportando más dudas que beneficios desde el punto de vista práctico.

4.3 Defensor del Niño

El enunciado normativo crea la figura del defensor del niño como un adjunto especializado del Defensor del Pueblo Provincial cuya función primordial es:

velar por la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en concordancia con lo consagrado en la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, las leyes nacionales, la Constitución Provincial, las leyes provinciales y las leyes que dicten en consecuencia⁹³.

En este aspecto, se podría decir que la Ley Provincial 6.915 en su art. 6 en consonancia con el principio de efectividad consagrado en el art. 29 de la Ley Nacional 26.061, contemplo la figura del defensor del niño la cual viene a saldar una asignatura pendiente en exigibilidad de los derechos de la infancia que actúa o al menos debería actuar de modo autónomo, transparente, confiable y accesible (Gil Domínguez et al., 2012).

Tal como surge del art. 32 de la Ley Provincial 6.915, el objetivo de este órgano consiste en:

⁹² Art. 29.LeyN° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

⁹³ Art. 30.LeyN° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

- Promover las acciones de la protección de los intereses difusos o colectivos relativos a las niñas, niños y adolescentes en cualquier juicio, instancia o tribunal;
- Velar por el efectivo respeto de los derechos y garantías legales asegurados a las niñas, niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso.
- En todos los casos que sea posible, realizara intervenciones alternativas a la judicialización del conflicto;
- Iniciar acciones con miras a la aplicación de las sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal del infractor, cuando correspondiera;
- Interponer acciones para la protección de los derechos, amparo, habeas corpus, en cualquier instancia o tribunal, en defensa de los intereses sociales relativos al niño y al adolescente. En el procedimiento penal su intervención no desplazara al defensor penal;
- Requerir para el desempeño de sus funciones el auxilio de los servicios médicos- asistenciales y educativos, sean públicos o privados;
- Proporcionar asesoramiento de cualquier índole a las niñas, niños y adolescentes y a sus familias;
- Intervenir en la instancia de asesoramiento de mediación o conciliación⁹⁴.

En consonancia con lo sostenido por Lucero (2013), de la lectura de la norma podemos inferir que no quedan claras las misiones que tendría la figura en cuestión, por cuanto en algunos puntos se confunde con la figura tradicional del Asesor de Menores, a su vez, y por otra parte la función del Defensor del niño no debe ser confundida con la correspondiente al abogado del niño, contenida en el art. 17 inc. c) de la ley provincial 6.915, el cual debe ejercer la defensa material y técnica de los derechos y los intereses de la persona menor de edad⁹⁵.

⁹⁴ Art.32, Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

⁹⁵Art. 17 inc. c de la Ley 6.915. Garantías mínimas de Procedimiento. “El Estado Provincial garantizara a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que se lo involucre... c) a ser

El enunciado normativo garantiza la autonomía funcional del Defensor, esta autonomía se manifiesta en la plena capacidad para ejercer sus funciones sin tener que pedir instrucciones previas a ningún organismo superior, así lo afirmo el art. 33 de la ley provincial 6.915, al establecer que comprobada la veracidad de la denuncia o reclamo el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes deberá:

- Promover y proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes mediante acciones y recomendaciones que efectuara ante las instancias públicas competentes, a fin de garantizar el goce y el ejercicio de los mismos;
- Denunciar las irregularidades verificadas a los organismos pertinentes quienes tienen la obligación de comunicar al Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes el resultado de las investigaciones realizadas;
- Formular recomendaciones o propuestas a los organismos públicos o privados respecto de cuestión objeto de su requerimiento;
- Informar a la opinión pública y a los denunciantes acerca el resultado de las investigaciones y acciones realizadas⁹⁶.

El art. 31 de la ley provincial 6.915, establece expresamente que “el Defensor de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes tendrá su Jurisdicción en el ámbito de toda la Provincia de Santiago del Estero”⁹⁷.

4.4 Control de legalidad de las medidas de protección excepcional de derechos.

En la provincia de Santiago del Estero en el año 2008, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, firmó dos Acordadas por las cuales se dispone organizar la distribución del trabajo en atención a la vigencia de la normativa de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, en la primera Acordada, en atención a lo dispuesto

asistido por un letrado preferentemente con conocimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo involucre o afecte. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado Provincial garantizara la asignación de oficio de un letrado que lo patrocine”.

⁹⁶ Art. 33, Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

⁹⁷ Art. 31, Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

en el art. 1 de la Ley Provincial 6.927⁹⁸, considera y acuerda la adaptación en la tarea a realizar por parte de los recursos humanos del Juzgado de Menores transformando en Juzgado de Familia de Tercera Nominación; en relación a la segunda Acordada, se pronuncia en razón de las presentaciones efectuadas por la Secretaría de Gobernación de Santiago del Estero, con motivo de la sanción de la ley 6.915 y a los fines de la adopción de medidas de índole administrativa relacionadas con la inminente transformación del Juzgado de Menores con la finalidad de que la nueva normativa tenga efecto inmediato, y sea adecuada en su aplicación (Lucero,201).

Debemos contemplar que cuando la administración ejerce su función administrativa, para que esta sea constitucionalmente válida, debe existir un control judicial suficiente, que abarque desde la revisión del derecho aplicable, los hechos en que se funda la medida y la prueba producida, lo que delimita las funciones de la administración, ya que no está habilitada para decretar pronunciamientos finales y definitivos (Gil Domínguez et al., 2012).

A raíz de ello, en la provincia de Santiago del Estero, el Estado a través de la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción, es el encargado de llevar adelante las acciones positivas como garante de la defensa y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Todo ello, en virtud del art. 41 de la Ley 6.915:

Declarada procedente la medida excepcional, será la Subsecretaria quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción⁹⁹.

Este artículo contempla que, una vez adoptada la medida excepcional de protección de derechos por la autoridad administrativa de aplicación, conforme a la situación fáctica del caso concreto y “Jurídicamente fundado”, es decir realizado por un abogado, debiéndose notificar de manera fehaciente a los Juzgados de Familia de turno, quienes

⁹⁸ Ley Orgánica de Tribunales N°6.927. B.O 07/01/2009.

⁹⁹ Art. 41. Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

deben intervenir en el control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos, atento a la urgencia de la materia. La intervención judicial se concreta en un expediente que será caratulado como “protección especial- control de legalidad- ley 6.915” (Gil Domínguez et al., 2012).

Según la letra del art. 41 3er. párr. de la ley provincial 6.915, dentro de las (72) horas de notificado el juez de familia competente, deberá citar audiencia al niño, niña o adolescente, a sus representantes legales, así como también se citará al abogado del niño y al Defensor del Niño. El juez, deberá designar día y hora de audiencia, y con anterioridad o posterioridad, a la misma, si quedaran dudas de la situación actual del niño, niña o adolescente posee la posibilidad de solicitar informes para revelar la situación actual de los NNyA pudiendo resolver la ratificación o rectificación de la medida adoptada por los organismos administrativos.

Es decir, el poder judicial debe examinar el caso concreto y si la medida dispuesta por el órgano administrativo se adoptó acorde al interés superior del NNyA, a mi criterio, la intervención del órgano judicial como lo venimos sosteniendo a lo largo del trabajo es tardía, ya que la toma de la medida excepcional ya se hizo efectiva por el órgano administrativo, es decir, el niño, niña o adolescente ya se encuentra institucionalizado, por lo tanto los cuestionamientos jurídicos del órgano judicial ya no serían relevantes para cambiar la resolución, dejando muy poco margen para actuar, pudiendo solo aplicar medidas conexas como lo son las medidas dispuestas por la Ley de Violencia Familiar.

La ley de protección dispone de manera muy breve las funciones del juez, sin detallar de manera taxativa su función, sino haciendo una acotada explicación de las decisiones que puede tomar, destacando entre ellas la ratificación o rectificación a través del control de legalidad de las medidas adoptadas por el órgano administrativo.

4.5 Procedimiento

La ley provincial establece distintas pautas para el procedimiento de la aplicación de medidas excepcionales, una de ellas es que el órgano administrativo es el encargado de establecer y decidir el procedimiento a seguir.

La Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia (DINAF), órgano dependiente de la SUBNAF, al recibir una denuncia de vulneración de derechos de niños, niñas o

adolescentes, a través de su equipo interdisciplinario interviniente podrá solicitar fundadamente a la autoridad administrativa provincial (SUBNAF) la adopción de una medida excepcional¹⁰⁰.

Es decir, el equipo técnico interdisciplinario al tomar conocimiento de la situación, en primer término deberá evaluar la posible aplicación de una medida de protección integral conforme al art. 36 de la ley 6.915¹⁰¹, si las mismas resultarán insuficientes atendiendo a las características y gravedad de la situación, se propondrá a la adopción de una medida de protección excepcional, explicitando los derechos vulnerados que se intentan restablecer y el interés superior del niño, niña o adolescente en esa situación particular¹⁰².

Es conclusión, podemos reafirmar que los órganos administrativos realizan la función de investigación e instrucción en el procedimiento, es decir que supervisan las condiciones en las que viven los niños, niñas y adolescentes, su situación socio- ambiental, quienes se responsabilizan por ellos, si cumplen o no las garantías mínimas para que sigan viviendo dentro de su seno familiar.

Se procederá a la adopción de una medida excepcional de protección de derechos, en aquellas situaciones en las que, la separación de la niña, niño o adolescente de su medio familiar o comunitario, sea utilizada como último recurso, en función de restituir o resguardar el derecho a la vida y/o a la integridad psicofísica y/o cuando fuere víctima de

¹⁰⁰ Anexo I de la Ley N°12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes de la provincia de Santa Fe. Decreto N°0619/10. Sancionada el 30 de abril de 2010 disponible en <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=76024&item=33933&cod=94a78ea66efb0ca72617e756518b1de3>

¹⁰¹ Art.36 de la Ley 6.915 de Protección Integral de Niñas, Niños y adolescentes “Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.”

¹⁰² Anexo I de la Ley N°12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes de la provincia de Santa Fe. Decreto N°0619/10. Sancionada el 30 de abril de 2010 disponible en <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=76024&item=33933&cod=94a78ea66efb0ca72617e756518b1de3>

abuso sexual o maltrato infantil y no resultare posible la exclusión del hogar del agresor, conforme con lo establecido en el art. 39 de la ley provincial 6.915.¹⁰³

Las medidas se aplicarán conforme a la permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos, se busca e individualiza a personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o afinidad, o en otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, siempre teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes, en el caso de que esto no sea posible, se puede suspender o prohibir el contacto con la familia, cuando se estime perjudicial para el desenvolvimiento del niño, niña o adolescentes, dando procedencia a la institucionalización de niños, niñas o adolescentes en instituciones especiales o hogares de guarda con fines de resguardar sus derechos vulnerados, así lo estableció el art. 44 inc. a)¹⁰⁴.

En la solicitud de la adopción de la medida excepcional debe consignarse el plazo por el que se solicita, plazo de hasta 90 días, y solo se puede prorrogar mientras persisten las causas que le dieron origen, debiendo ser revisada periódicamente de acuerdo a su naturaleza temporal, así lo estableció el art. 40 de la ley provincial 6.915¹⁰⁵.

Declarada la procedencia de la medida excepcional, será la Subsecretaria quien decida el procedimiento que deberá estar jurídicamente fundado por todos los profesionales intervinientes, debiendo notificar dentro de las 24 horas la medida adoptada al Juzgado de Familia, debiendo cumplimentar con todos los requisitos formales de un acto administrativo, así lo contemplo el art. 41 de la ley provincial 6.915¹⁰⁶.

¹⁰³ Art.39. Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes “Son medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes aquellas que se toman cuando los mismos estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio.”

¹⁰⁴ Art. 44 inc. a), Ley .6.915 “Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes”.

¹⁰⁵ Art.40, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes “ las medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes tendrá un plazo de 90 días, y solo se puede prolongar mientras persista la causa que le dieron origen y debe ser revisada periódicamente de acuerdo a su naturaleza (...)”

¹⁰⁶ Art.41 Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

La autoridad competente en materia de familia de cada jurisdicción debe resolver la legalidad de la medida excepcional dentro del plazo de 72 horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, debiendo resolver la legalidad de la medida, resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la SUBNAF para que implemente las medidas pertinentes, dando cumplimiento a el art. 41 de la ley provincial 6.915¹⁰⁷.

Es decir, el pedido de control de legalidad ante el Juzgado de familia debe realizarse al día siguiente hábil de que quede firme la resolución que adopta la medida.

Estas medidas pueden ser revisadas tanto administrativa como jurisdiccionalmente, sin que deba agotarse la vía administrativa previa para habilitar la instancia y acceder, al órgano jurisdiccional, esto se da como una opción a favor del niño, niña o adolescente, el poder peticionar la revisión de la medida en sede administrativa, o bien, en sede judicial (Gil Domínguez et al., 2012)

En situaciones de grave riesgo para la vida de un niño, niña o adolescente si fuera necesario recurrir al empleo de la fuerza pública para efectivizar la separación de su medio familiar o centro de vida, la SUBNAF podrá requerir al Juzgado competente en materia de familia la orden respectiva¹⁰⁸

El equipo técnico interdisciplinario contará con un plazo máximo de 90 días, contados desde que quede firme la resolución judicial que corrobora la legalidad de la medida de protección excepcional, para llevar las distintas acciones que posibiliten el

¹⁰⁷Art. 41 de la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes “Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación. La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes”

¹⁰⁸ Anexo I de la Ley N°12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes de la provincia de Santa Fe. Decreto N°0619/10. Sancionada el 30 de abril de 2010 disponible en <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=76024&item=33933&cod=94a78ea66efb0ca72617e756518b1de3>

restablecimiento de los derechos vulnerados y la convivencia de la niña, niño o adolescente con su medio familiar y comunitario, así lo estableció el art. 40 de la ley provincial 6.915¹⁰⁹

En estos casos la SUBNAF resolverá definitivamente la medida, proponiendo fundadamente a el juzgado con competencia en materia de Familia que haya intervenido en el control de legalidad de la medida de protección excepcional, las medidas definitivas que sugiere que se adopten, como pueden ser: la declaración de adoptabilidad , el otorgamiento de una guarda ,tutela, guarda con fines de adopción, suspensión o privación de la patria potestad u otra figura jurídica que considere pertinente adoptar, siempre luego de oír al niño y de tener en cuenta su opinión, las actuaciones administrativas, como así todos los informes técnicos y evaluaciones profesionales realizadas deberán ser puestas a disposición del juez de Familia competente.¹¹⁰

Conclusiones parciales

En conclusión, consideramos que la Ley Provincial 6.915 de la provincia de Santiago del Estero, refleja una fuerte intervención administrativa, ya que son los encargados de la constatación de los supuestos que habilita la aplicación de las medidas excepcionales de protección de derechos a través de los equipos técnicos interdisciplinarios y de controlar la situación actual de los entornos familiares donde poseen su centro de vida.

Concluyo personalmente, que el papel del Juez de Familia de la provincia de Santiago del Estero, ha quedado subsumido por la del órgano administrativo, sacado del área de investigación del caso, quedando en manos del órgano administrativo, la investigación y actuación en los casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes y al órgano judicial la rectificación o ratificación de las medidas adoptadas por el órgano administrativo.

¹⁰⁹ Art.40, Ley N° 6915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero, 14 de Octubre de 2008 BOLETIN OFICIAL, 29 de Octubre de 2008.

¹¹⁰ Anexo I de la Ley N°12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes de la provincia de Santa Fe. Decreto N°0619/10. Sancionada el 30 de abril de 2010 disponible en <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=76024&item=33933&cod=94a78ea66efb0ca72617e756518b1de3>

Esto produjo la transformación del Juzgado de Menores en Juzgado de Familia, con la finalidad de agilizar más el procedimiento, cosa que en la práctica muchas veces esto no sucede.

El órgano administrativo es el encargado de implementar las políticas públicas, con la finalidad de resolver de manera anticipada y no judicialmente los casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, aunque esto en la práctica se torne dificultoso, como consecuencia de la realidad económica que atraviesa la provincia, donde los recursos que se otorgan son escasos para solucionar la problemática que atraviesan los NNyA, agravándose la problemática cuando la prevención llega de manera tardía y deficiente, dando lugar a la aplicación de una medida excepcional de protección de derechos como único recurso y a la judicialización.

Conclusiones Finales

Las medidas excepcionales de protección de derechos en la Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, enfrentan demasiados problemas en su aplicación.

Las hipótesis previstas en dichas normas son: Maltrato infantil, dentro del cual encontramos al maltrato físico, maltrato psicológico, abandono físico, abandono emocional, negligencia y abuso sexual. La constatación de los supuestos no habilita el otorgamiento de esta medida, sino que debe analizarse cada caso en concreto, consideramos que ello se debe a que estamos ante una regulación totalmente ambigua y dispersa en distintos preceptos legales lo que ocasiona cierta incertidumbre. En primer lugar, la Ley de Protección de Niños, Niñas y adolescentes tiene una intervención mixta administrativa-judicial, habilitando al órgano administrativo a aplicar una medida excepcional de protección de derechos. En cambio, la Ley de Violencia Familiar tiene una impronta totalmente Judicial, poniendo en cabeza de un juez la potestad de aplicar medidas cautelares. En segundo lugar, y como consecuencia directa de lo anteriormente mencionado, a las amplísimas facultades otorgadas al órgano administrativo.

La Ley Provincial 6.915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes , adecuada normativamente a la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, solo contiene seis artículos que se encargan de contemplar la medida excepcional de protección de derechos, ellos son los artículos: el art. 34,39,40,41,43 y 44. En dichas normas, se establecen de manera muy amplia y ejemplificativa los supuestos de procedencia, características, procedimiento y, algunos requisitos de otorgamiento y el control judicial posterior de las medidas excepcionales de protección.

La problemática no radica en la poca o mucha cantidad de artículos sino en la falta de claridad y precisión de su contenido. Con el art. 39 nos enfrentamos a un primer problema, cuál es un tipo jurídico abierto, lo que conlleva a que el órgano administrativo, según su criterio interpretativo, muchas veces de manera arbitraria y con una discrecionalidad ilimitada decida si una determinada realidad o supuesto encuadra en el sistema de protección y si corresponde o no la aplicación de la medida excepcional de protección y su consecuente institucionalización en los casos de mayor gravedad. De esta manera se da lugar a que haya tantas concesiones o rechazos de la medida excepcional de protección de derechos en un mismo supuesto como criterios existan.

Si nos centramos en la hipótesis de procedencia podemos encontrar una variedad de inconvenientes. El primer interrogante surge acerca la extensión de los supuestos ya que, estamos en presencia de un tipo jurídico abierto. El segundo, nos encontramos que deriva de un problema común a todos los tipos jurídicos abiertos, el mismo surge de la disparidad de criterios del órgano administrativo interviniente, y consiste en establecer si la constatación de los supuestos habilita automáticamente o no el otorgamiento de la medida excepcional ¿ la sola confirmación de maltrato físico, maltrato psicológicos, abandono físico, abandono emocional, negligencia, abuso sexual son suficientes para aplicar la institucionalización como medida excepcional de protección de derechos? Si la respuesta es negativa, ¿cuáles son las demás circunstancias que se deben tener en cuenta para aplicarla? Por otra parte, en los casos que impliquen un grave riesgo a la salud física o psíquica y/o la vida de un niño, niña o adolescente ¿debe actuar el órgano judicial de manera directa y determinar la aplicación de una medida excepcional? Estos interrogantes encuentran una respuesta muy ambigua, poco precisa en la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y adolescentes.

Consideramos que todos estos inconvenientes mencionados se deben a la ambigüedad y apresurada regulación que contiene la ley provincial, la misma no establece taxativamente los supuestos que habilitan la disposición de las medidas excepcionales de protección, sólo establece que procede ante situaciones graves y efectúa una enumeración de situaciones que implican tal excepcionalidad, solo a título meramente enunciativo a través de un tipo jurídico abierto. Al regular las hipótesis de procedencia no establece que debe tenerse en cuenta en cada una de ellas, no aclara de ninguna forma ni tampoco permite inferir de otras normas el significado de los términos, utilizando términos muy vagos y amplios, contiene una mención demasiado precaria sobre un aspecto muy importante como lo es el control de legalidad de las medidas excepcionales de protección, otorgándole al órgano judicial un rol secundario. Es una regulación pobre de contenido, ambigua y demasiado vaga.

Todo este cumulo de imprecisiones y la ambigüedad del vocabulario en los distintos artículos analizados, ha llevado al órgano administrativo a realizar interpretaciones de manera discrecional, con una potestad absoluta sobre la procedencia de la institucionalización como medida excepcional de protección de derechos, dejando al niño,

niña o adolescente a merced del órgano administrativo, quien decidirá a su antojo si otorga o no la medida y si agota las medidas de primer nivel. La falta de certeza atenta contra el principio fundamental de interés superior del niño, niña o adolescente, el cual exige que las decisiones obedezcan a este interés y no al mero arbitrio o capricho de aquellos encargados de tomarla.

Luego encontramos que el rol de los jueces de familia se encuentra subsumido por la del órgano administrativo, quedando solo a su cargo la ratificación o rectificación de las medidas excepcionales de protección, por lo que resulta muy confusa su actuación en los casos de suma gravedad o en los casos donde fracasó el sistema de protección integral. Como lo venimos resaltando, la Ley de Violencia Familiar habilita su actuar de manera directa y la Ley de Protección de manera subsidiaria, por ello consideramos muy importante establecer con precisión el rol del órgano judicial para poder avanzar sobre las dificultades, ello a los fines de lograr una actuación eficiente en torno a la niñez, adolescencia y familia.

Sin perjuicio de lo expresado hasta aquí, y que fue objeto de estudio del presente TFG, en lo atinente a la regulación de la institucionalización como medida excepcional de protección de derechos, queremos expresar antes de continuar nuestra opinión respecto a la existencia de esta medida. Consideramos que la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, no logró poner fin al modo de intervención tutelar originario de la Ley Patronato, actualmente se sigue contemplando la institucionalización de niñas, niños y adolescentes como medida excepcional de protección de derechos. Consideramos que es una medida restrictiva, que ocasiona quebrantos irremediables por la ausencia de figuras con función parental, consecuencias sobre la psiquis de los niños, retraso inclusive físico que se produce cuando la permanencia se prolonga sin resolución de la situación, los tiempos de la infancia son muy valiosos, esta práctica refleja el fracaso de las políticas públicas destinadas a la niñez, adolescencia y familia, por ello, es fundamental que el Estado implemente una política pública en materia de infancia acorde a los derechos humanos en general y específicamente a los principios fundamentales contemplados en la ley nacional 26.061 que imposibilite la institucionalización de niños, niñas y adolescentes como “medida de protección”.

Destacamos el gran avance legislativo de la provincia de San Luis, al poder fin a la institucionalización de niños, niñas y adolescentes en hogares convivenciales, a raíz de la aprobación de la Ley N° IV-0871-2013 “Sistema de Familias Solidarias”, cual prevé que los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de vulnerabilidad sean recibidos en una familia inscripta en este sistema a raíz de la aplicación de una medida excepcional de protección. Esta ley es un claro ejemplo de protección de derechos, donde nos da lugar a repensar lo atrasada que está la legislación en la provincia de Santiago del Estero y nacional, ya q las mismas siguen utilizando practicas arraigadas a la antigua Ley de Patronato como el caso de la institucionalización como medida de protección excepcional.

Independiente a las críticas y cuestionamientos que podamos hacer sobre la institucionalización como medida excepcional de protección, creemos que no nos queda más remedio que luchar por el saneamiento de la regulación de la Ley Provincial de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Es necesario reelaborar conceptos, dotarlos de contenido más específicos y claros, para que la institucionalización como medida excepcional de protección se desnaturalice y vaya cesando. Es preciso que la ley especifique lo que debe tenerse en cuenta a la hora de su procedencia, que se establezcan elementos que se deben valorar para otorgar la medida, que precise y limiten las facultades de los órganos administrativos o se unifiquen criterios para terminar con la incertidumbre que reina en torno a su concesión, se determinen las facultades directas del órgano judicial en los casos graves de violencia intrafamiliar y así evitar una superposición de funciones, con la disfuncionalidad y desgaste innecesario de recursos materiales y humanos que ello provoca.

Nos apremia la necesidad de que no se pierda de vista los niños, niñas y adolescentes, ya que son las víctimas, necesitamos que tanto los legisladores como los jueces se hagan eco de esta problemática y eviten la revictimización de los niños, niñas y adolescentes. Por último, se hace urgente la implementación de un control de legalidad más eficiente y efectivo de las medidas excepcionales de protección de derechos, es preciso también se otorguen y promuevan más recursos volcados a políticas públicas destinadas a la niñez, adolescencia y familia para terminar con la institucionalización y generar un

entorno de confianza en torno a esta medida de protección. Esperamos con ansias la requerida modificación.

Referencias

Doctrina

Andruet, A. S. (2014). *Investigaciones aplicadas en el ambito del Poder Judicial de Cordoba II. 10*. Cordoba: Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Nuñez del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Cordoba.

Aldeas Infantiles sos Argentina.(2017).*Estudio de factibilidad para los programas de aldeas infantiles sos en la provincia de Santiago del Estero-Argentina*.Recuperado el 15 de Agosto de 2019, de http://www.aldeasinfantiles.org.ar/getmedia/93a53ad4-1c78-4631-baaf-765011d29c27/ESTUDIO-DE-FACTIBILIDAD-PARA-LOS-PROGRAMAS-DE-ALDEAS-INFANTILES-SOS-EN-LA-PROVINCIA-DE-SANTIAGO-DEL-ESTERO_ARGENTINA

Basset, Ú. C. (30 de Abril de 2008). *Sobre las medidas de proteccion en la ley 26.061.Una mirada desde otra perspectiva*. Recuperado el 28 de Enero de 2019, de AFAMASE: http://www.afamse.org.ar/files/Sobre_las_medidas_de_proteccion_en_la_ley_26061.pdf

Braga Menendez, M. (10 de Febrero de 2003). *La violencia familiar. Analisis juridico-social de un problema de actualidad*. Recuperado el 27 de julio de 2019, de Thomson Reuters: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016d93b013180cdb6966&docguid=iB6463EB7B38811D78D980050047CC9FE&hitguid=iB6463EB7B38811D78D980050047CC9FE&tocguid=&spos=2&epos=2&td=4&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C75>

Cassagne, J. C. (09 de septiembre de 2008). *La discrecionalidad administrativa*.

Recuperado el 22 de marzo de 2019, de

http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf

Corbetta, P. (10 de Octubre de 2018). *El maltrato infantil negligente y su adecuación en las figuras culposas*. Recuperado el 27 de Julio de 2019, de Thomson Reuters:

<https://informacionlegal-com->

ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016d9d

[52a81d094e6805&docguid=iAB28E622F56EC199204BF6E55D340F3D&hitguid=i](https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016d9d52a81d094e6805&docguid=iAB28E622F56EC199204BF6E55D340F3D&hitguid=i)

[AB28E622F56EC199204BF6E55D340F3D&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao](https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016d9d52a81d094e6805&docguid=iAB28E622F56EC199204BF6E55D340F3D&hitguid=iAB28E622F56EC199204BF6E55D340F3D&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao)

[=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=fals](https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016d9d52a81d094e6805&docguid=iAB28E622F56EC199204BF6E55D340F3D&hitguid=iAB28E622F56EC199204BF6E55D340F3D&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao)

[e&context=12&crumb-action=append&](https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016d9d52a81d094e6805&docguid=iAB28E622F56EC199204BF6E55D340F3D&hitguid=iAB28E622F56EC199204BF6E55D340F3D&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao)

Cornaglia, C. A. (2011). *Abuso sexual de menores. Criminal Plaga*. Córdoba : Alveroni Ediciones .

D' Antonio, D. H. (2006). *Práctica del Derecho de Menores. Modelos de aplicación profesional explicados*. Buenos Aires: Astrea.

De la Iglesia, M., Velazquez, M. E., & Piekartz, W. (diciembre de 2008). *Devenir de un Cambio: del patronato de menores a la protección integral de los derechos de*

niños, niñas y adolescentes. Recuperado el 04 de Enero de 2019, de Anuario de

Investigaciones: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-

[16862008000100032](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16862008000100032)

Frías Armenta, M., Faijo Sing, B., y Cuamba Osorio, N. (19 de Junio de 2008). *Problema de conducta en niños víctimas de violencia familiar*. Scielo. Recuperado el 12 de

abril de 2019, de http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-

[294X2008000100001#back](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2008000100001#back)

- Gil Dominguez, A., Fama, M. V., & Herrera, M. (2012). *Ley de Proteccion Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*. Buenos Aires: EDIAR.
- Gomez, D. (2016). *Las medidas excepcionales de proteccion aplicadas a niños, niñas y adolescentes en el ambito de la ciudad de Buenos Aires*. Recuperado el 8 de Febrero de 2019, de Acta Academica: <https://www.aacademica.org/lic.daniel.gomez/13.pdf>
- Grosman, C. P. (1998). *Los derechos del niño en la familia. Discurso y Realidad*. Buenos Aires: Universidad.
- Lloveras, N., & Salomon, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitucion Nacional*. Buenos Aires: Universidad.
- Lucero, M. V. (2013). *Infancia y Derechos: Radiografía Critica de la Ley 26.061 1a. Ed.* Buenos Aires: Edeba.
- Mirzrahi, M. L. (2018). *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicacion con los hijos 1° edicion*. Argentina: Astrea.
- Müller, M. B. (2015). *Abuso sexual en la infancia, mitos, construcciones e injusticias: El exito judicial del falso sindrome de alienacion parental*. Buenos Aires : Maipue.
- Navarro, M. A., & Jimenez, M. E. (Noviembre de 2018). *Reflexiones sobre el sistema de promocion y proteccion integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*. Recuperado el 27 de Marzo de 2019, de Thomson Reuters: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000016d9731aad77b579d0f&docguid=i7E448F599806CE0546A3AD84A33405BA&hitguid=i7E448F599806CE0546A3AD84A33405BA&tocguid=&spos=2&epos=2&td=3&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C75>

Poder Judicial de Santiago del Estero. (S.F). *Protocolo Interinstitucional de abordaje de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de abuso sexual y otros delitos para Santiago del Estero*. Obtenido de www.jussantiago.gov.ar: <https://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/protocolo/videos/ProtocoloSantiagoEstero.pdf>

Rodriguez, L., & Black, E. (2006). *Capacita Salud Investigaciones*. Recuperado el 27 de Mayo de 2019, de <http://capacitalud.com/wp-content/uploads/2015/06/anexos-2.pdf>

Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Unicef. (2018) .Situación de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento Nacional/ Actualización 2017. Recuperado el 27 de mayo de 2019, de <https://www.unicef.org/argentina/media/4196/file/Situaci%C3%B3n%20de%20ni%C3%B1os,%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes%20sin%20cuidados%20parentales%20en%20Argentina.pdf>

Unicef. (Diciembre de 2012). *La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe*. Recuperado el 27 de enero de 2019, de Unicef: https://www.unicef.org/ecuador/libro_NNA_REGION.pdf

Videtta, C. (Septiembre 2016). *Responsabilidad Internacional del Estado en la "Institucionalización" de niños, niñas y adolescentes, desde el sistema interamericano de derechos humanos*. *Revista de Derecho de Daños*. , 1-22. Recuperado el 02 de Agosto de 2019, de <https://doncel.org.ar/wp->

<content/uploads/2016/09/Responsabilidad-internacional-del-Estado-en-la-institucionalizaci%c3%b3n-de-NNA.-Carolina-Videtta.pdf>

Legislación

Anexo I de la Ley N°12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes de la provincia de Santa Fe. Disponible en <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=76024&item=33933&cod=94a78ea66efb0ca72617e756518b1de3>

Código Civil y Comercial de la Nación. 2015. Recuperado el 06 de enero de 2019. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Código Penal de la Nación Argentina.1984. Recuperado el 28 de mayo de 2019. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Constitución Nacional Argentina

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. 1969. Recuperado el 10 de marzo de 2019. Disponible en <http://www.ara.mil.ar/archivos/Docs/Convencion%20Americana%20sobre%20DHH.pdf>

Convención sobre los Derechos del Niño. 1990. Recuperado el 20 de octubre de 2018. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer.1985. El Salvador. Recuperado el 10 de marzo de 2019. Disponible en

<http://www.lasdignas.org.sv/wp-content/uploads/2014/09/MUJERES-LEGISLACION-NACIONAL-CEDAW.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002. Recuperado el 09 de marzo de 2019. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. 1948. Colombia. Recuperado el 22 de abril de 2019. Disponible en http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1000

Declaración de los Derechos del Niño. 1959. Recuperado el 22 de abril de 2019. Disponible en <http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/10565/v87n4p341.pdf>

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1984. Recuperado el 23 de abril de 2019. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

Decreto 415/06 reglamentario de la Ley N°26.061. 2006. Recuperado el 02 de marzo de 2019. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Decreto_415-06_Argentina.pdf

Decreto 416/06 reglamentario de la Ley N°26.061. 2006. Recuperado el 02 de marzo de 2019. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/115527/norma.htm>

Directrices sobre las Modalidades alternativas de Cuidado de Niños. 2014. Recuperado el 02 de enero de 2019. Disponible en <https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>

Ley N°6.308 de Creación del Juzgado de Familia. Santiago del Estero.1996. Recuperado el 22 de mayo de 2019.Disponible en

<https://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/Ley6308.php>

Ley Nacional N° 24.417 de Protección Contra la Violencia Familiar.1994. Recuperado el 18 de mayo de 2019.Disponible en

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93554/norma.htm>

Ley N° 10.903 de Patronato de Menores. (1919). Recuperado el 10 de Noviembre de 2018. Disponible en

https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/l.nac10903_derogada.pdf

Ley N° 6.790 de Protección contra la Violencia Familiar- Adhesión a la Ley Nacional N°24.417-Modificación de la Ley N°6.308. Santiago del Estero.2006. Recuperado el 20 de mayo de 2019.Disponible en

<http://www.saij.gob.ar/6790-local-santiago-estero-proteccion-contra-violencia-familiar-adhesion-ley-nacional-24417-modificacion-ley-6308-creacion-juzgado-familia-lpg0006790-2005-12-13/123456789-0abc-defg-097-6000gvorpyel>

Ley Nacional N°26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. 2005. Recuperado el 20 de octubre de 2018.Disponible en

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Ley N°6.915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Santiago del Estero.2008.Recuperado el 10 de Octubre de 2018.Disponible en

<http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/leyminoridad.php>

Observación General N°8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo cruel o degradante. Comité de los Derechos del Niño. 2006. Recuperado el 13 de Enero de 2019. Disponible en https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/observaciones_generales_comite_d_e_los_derechos_del_nino_2017c.pdf

Observación General N°12. El derecho del Niño a ser escuchado. Comité de los Derechos del niño. (2009). Recuperado el 13 de Enero de 2019. Disponible en https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/observaciones_generales_comite_de_los_derechos_del_nino_2017c.pdf

Protocolo de San Salvador. (1996). Recuperado el 14 de Enero de 2019. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37894/norma.htm>

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Forneron e hija vs Argentina". (Caso N°12.584) 27/04/ 2002. Recuperado el 5 de Febrero de 2019, de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

C.S.J. N. "Guckenheimer, Carolina Inés y otros c/ Kleiman, Enrique y otro" .06/02/2001 (Fallos: 324:122). Recuperado el 20 de Marzo de 2019, de <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=intsupn>

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "P., M. A.; P. B. M. s/Protección de persona". (Causa N° 112488). 28/03/2012. Recuperado el 07 de Junio de 2019, de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=24033>

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. “*M., T.L. Abrigo*”. (Causa 119.956) 19/10/2016. Recuperado el 12 de marzo de 2019, de http://www.eldial.com/nuevo/pdf_fallos/AA9AB5.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. “*D.C.N., V .L. y O.J s/ abrigo*”. (C-121150-1) 04/08/2016. Recuperado el 10 de mayo, de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=145170>

TSJ Provincia de Buenos Aires.” *G., J.E.; S., J.E. Art. 35 inc. H, ley 13.298*”. (Causa C. 117.042). 19/12/2012. Recuperado 02 de junio de 2019, de <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/Cuaderno%20N%C2%B0%202.pdf>

Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero. Sala Civil y Comercial de Exmo. “*Subsecretaria de Niñez, Adolescencia y Familia s/ medida excepcional de protección de derechos-casación civil*” (Expte N°18.310-Año 2015) . Recuperado el 22 de junio de 2018 de <http://fallos-sumarios.jussantiago.gov.ar>

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8. “*L.G.M s/ control de legalidad-Ley 26.061*”. 15/07/2016. Recuperado el 20 de Marzo de 2019, de <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/08/FA.-NAC.-JUZ.-CIV.-N%C2%B08.-Inconstitucionalidad-del-art.-611.pdf>

Juzgado de Familia N°1 Tandil. “*G.,P.J.S/ABRIGO*”.(Causa N° 1.61094-2016). Fecha 27/09/2016. Recuperado el 12 de Abril de 2019, de [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35616&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%B061094\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35616&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%B061094).pdf)

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul- Sala/Juzgado. “*G.P.J s/abrigo*”.(Causa N° 1-61094-2016)- 27/09/2016. Recuperado el 20 de abril de 2019 de <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/jurisprudencia/articulo.asp?id=1125>

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial en FERIA de Salta. Sala Segunda.” P., J.J.P.

y P., A.O. vs F., L. A.; H.C., P.; y P., J.- *Declaración Judicial de Adoptabilidad*”.(Expte N 613.234/17). Fecha 22/ 01/ 2018. Recuperado el 12 de Julio de 2019 , de <http://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-salta---declaracion-judicial-adoptabilidad-fa18171031-2018-01-22/123456789-130-1718-1ots-eupmocsollaf?&o=16&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal/CAMARA%20DE%20APELACIONES%20EN%20LO%20CIVIL%20Y%20COMERCIAL%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=32619>