

PRESENTACIÓN ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO

**CUESTIONES A CONSIDERAR EN LA PRE SESIÓN DE EVALUACIÓN DEL
CUARTO INFORME PERIÓDICO DE ARGENTINA EN CUMPLIMIENTO DEL
ART. 44 DE LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO**

78º PERÍODO DE SESIONES

**DOCUMENTO ELABORADO POR LA
FUNDACIÓN SUR ARGENTINA
JULIO DE 2017**

PRESENTACIÓN ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO
CUESTIONES A CONSIDERAR EN LA EVALUACIÓN DEL TERCER INFORME PERIÓDICO DE ARGENTINA
EN CUMPLIMIENTO DEL ART. 44 DE LA
CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO
78° PERÍODO DE SESIONES

ÍNDICE

PÁGINAS

CARTA DE PRESENTACIÓN

I. PALABRAS PRELIMINARES.

II. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (ARTS. 3 Y 4 DE LA CDN) DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (ARTS. 3 Y 4 DE LA CDN)

II.1. La aplicación de la Convención y de la ley 26.061 en las provincias

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (ARTS. 25 Y 37 DE LA CDN)

III.1. Institucionalización de niñas, niños y adolescentes: la continuación del modelo del patronato.

IV. PERSISTE LA FALTA DE ADECUACIÓN NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN ARGENTINA. (ART. 5 CDN)

IV.1. La regulación normativa de la defensa técnica no alcanza a garantizar la debida participación de los niños en los procesos que los involucran y además su implementación ha sido muy deficiente

IV.2. La regulación normativa del instituto de la adopción no alcanza a garantizar debidamente el derecho a la identidad y al debido proceso procesal

V. PSIQUIATRIZACIÓN DE LA INFANCIA: PROLONGACIÓN INNECESARIA DE INTERNACIONES PSIQUIÁTRICAS DE NIÑOS Y NIÑAS (ART. 23 DE LA CDN)

VI. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES (ARTS. 37 Y 40 DE LA CDN).

VI.1. Algunos efectos de la aplicación de legislación penal contraria a los mandatos internacionales de derechos humanos

VII.1.a. El encierro como forma de protección: niños, niñas y adolescentes no punibles privados de libertad.

VI.2. Leyes procesales penales aplicables a personas menores de edad

VII. VIGILANCIA INDEPENDIENTE: ACERCA DE LA FIGURA DEL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

**CUESTIONES A CONSIDERAR EN LA PRE SESIÓN DE EVALUACIÓN DEL CUARTO INFORME PERIÓDICO DE ARGENTINA EN CUMPLIMIENTO DEL ART. 44 DE LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO
78º PERÍODO DE SESIONES**

Estimadas/os expertas/os del Comité:

Me dirijo Uds. en representación de la Fundación Sur Argentina¹ con relación a la Pre Sesión del cuarto informe periódico a presentarse por el Estado argentino sobre la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño a fin de poner a su disposición información relevante para la próxima evaluación del informe oficial. Como podrán apreciar, además, en cada uno de los temas abordados, acompañamos un listado de preguntas que sería importante transmitir al Estado con anterioridad a la Pre Sesión.

Desde la Fundación Sur deseamos destacar que en esta oportunidad hemos priorizado algunas temáticas específicas, razón por la cual sugerimos al Comité complementar nuestro informe con otras presentaciones formuladas por organizaciones de la sociedad civil que abordan problemáticas aquí no incluidas.

Esperamos que estos aportes les resulten una herramienta útil de trabajo, que les permita tener más información y herramientas para evaluar la vigencia de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina, y que en definitiva contribuya a mejorar la situación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en nuestro país.

Atentamente,



EMILIO GARCÍA MÉNDEZ
Presidente
Fundación Sur Argentina

¹ La Fundación Sur Argentina dirigida por el Dr. Emilio García Méndez propone "Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia para el Sur". Está dedicada, fundamentalmente aunque no de modo exclusivo, a la promoción y defensa de los derechos de la infancia y la juventud en Argentina y otros países de América Latina. SUR Argentina busca contribuir a la efectividad de los derechos de la infancia a través de todos aquellos mecanismos que permitan al conjunto de la sociedad civil conocer, acceder, dar seguimiento y fiscalizar políticas y acciones de las distintas instituciones del Estado responsables por el cumplimiento de dichos derechos (www.surargentina.org.ar).

**CUESTIONES A CONSIDERAR EN LA PRE SESIÓN DE EVALUACIÓN DEL CUARTO INFORME PERIÓDICO DE ARGENTINA EN CUMPLIMIENTO DEL ART. 44 DE LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO
78º PERÍODO DE SESIONES**

I. PALABRAS PRELIMINARES

La efectividad del mecanismo de análisis periódico sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante “CDN” o “Convención”) depende, en gran medida, de la información con la que cuente el Comité para analizar la situación en el país sujeto a examen. Una de las fuentes principales de las que dispone el órgano de control es, precisamente, el reporte que el propio Estado presentará en el marco del sistema de evaluación. De esta manera, es fundamental que el Estado aporte datos suficientes que permitan dar cuenta de la situación actual de los derechos consagrados en el instrumento internacional.

En este sentido, el Estado argentino deberá realizar el máximo esfuerzo para proporcionarle al Comité la mayor cantidad de información sobre las políticas implementadas con miras a satisfacer los derechos consagrados por la CDN.

En este orden de ideas, entendemos esencial que el Comité cuente con información actualizada de los datos sobre los que trabajará el Comité para así garantizar la eficacia del examen. En consecuencia, el Comité debería requerirle al Estado argentino que provea información cuantitativa y cualitativa sobre la situación de los derechos de los niños en el país, desagregada por derecho y por provincia, actualizada al menos a los meses previos a la sesión 78º del Comité.

En tanto la recolección, producción, sistematización y análisis de la información sobre el estado de la infancia y adolescencia es una herramienta fundamental para evaluar la efectiva vigencia de los derechos consagrados en la Convención. En este sentido, es preocupante la ausencia de un registro sistemático de información vinculada a la CDN, así como la inexistencia de información sistematizada proveniente de la totalidad de las provincias, con datos desagregados sobre la vigencia y goce efectivo de los derechos contemplados en la CDN, tanto a nivel nacional, como en cada una de las provincias.

Más allá que el Estado dice que en el año 2011, en el ámbito del COFENAF, se firmó un Acta Compromiso con las 23 provincias y CABA para la implementación del *Sistema Integrado de Información sobre Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia* (SIIPPNAF)² al día de hoy es mucha la información cuantitativa y cualitativa que falta. A modo de ejemplo, al día de hoy, aún desconocemos la cantidad de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales que viven en instituciones de albergue en cada una de las provincias argentinas.

En este sentido, es fundamental que el Comité requiera a Argentina información precisa sobre los resultados concretos de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia en materia de recolección y producción de datos sobre la situación de la infancia en Argentina.

Por último, con respecto a este informe, cabe destacar que la información que aportamos en este Informe no se refiere a la totalidad de derechos abarcados en la CDN sino que se desarrollan algunos temas específicos. La selección de los temas respondió a la idea de priorizar las problemáticas que consideramos más urgentes en nuestro país y coincide con materias que, desde hace años, forman parte de la agenda de trabajo.

II. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (ARTS. 3 Y 4 DE LA CDN)

² Informe del Estado Argentino para la Pre Sesión del Grupo de Trabajo del 78º período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ARG/5-6, Párrafo 52. Disponible en:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2f5-6&Lang=en

Con respecto a este punto, el Comité en las Observaciones Finales³ señaló que: “El Comité observa las dificultades que plantea la plena instrumentación del cambio paradigmático del "patronato" a la protección integral del niño y que dicho cambio aún no se ha materializado plenamente ni se ha traducido en un nuevo sistema institucional específicamente diseñado y provisto de recursos suficientes en el ámbito provincial. **El Comité alienta a garantizar la plena vigencia de las reformas legales del Estado parte en todas las provincias restantes e insta al Estado parte a adoptar todas las medidas necesarias para que se apliquen la Convención y sus protocolos facultativos en todo su territorio. También recomienda al Estado parte que tome todas las medidas necesarias para que se establezca, en los ámbitos nacional y provincial, el marco institucional y administrativo adecuado para la aplicación de la Ley N° 26061.**” (Ver párrafos 13/14) (destacado en el original)

Recordemos que con fecha 28 de septiembre de 2005, y luego de casi un centenar de años de vigencia de la ley 10.903 de Patronato de Menores, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Con esta normativa se derogó expresamente el modelo de la situación irregular contenido en la legislación de antaño y se dio cumplimiento *parcial*⁴ al art. 4 de la Convención. La creación del Sistema de Protección Integral de Derechos fundó una nueva institucionalidad para la infancia y adolescencia, concordante con los lineamientos del instrumento internacional, estableciendo una nueva arquitectura institucional en la cual los organismos administrativos de protección de derechos dependientes del Poder Ejecutivo estatal adquieren un rol fundamental en las políticas públicas para el sector, tanto a nivel nacional como provincial y municipal.

A nivel nacional, de conformidad con la ley 26.061 y con el Decreto Reglamentario 416/06, se creó la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia (SENNAF), dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, cuya función primordial consiste en proponer y diagramar políticas públicas para la infancia y la adolescencia. En paralelo, se conformó el Consejo Federal de Niñez y Adolescencia, integrado por las autoridades de los organismos administrativos de protección de derechos de cada una de las provincias. El Consejo Federal tiene por objetivo principal profundizar el proceso de transformación institucional y la promoción de adecuaciones normativas a nivel nacional, de las provincias y municipios, de manera que las instituciones y marcos jurídicos sean armónicos y respetuosos de los derechos, principios y garantías consagrados en la Convención.

Ahora bien, como veremos a lo largo de este informe, a más de diez años de la sanción de la ley 26.061, resulta central que el Estado se comprometa con el efectivo impulso al proceso de transformación institucional que impone la (ya no tan nueva) ley de protección integral. Ello pues, no obstante haberse derogado formalmente a nivel nacional, el modelo tutelar persiste en el quehacer de las instituciones administrativas. En tal sentido, en la práctica no se ha superado aún completamente el esquema de intervención institucional sobre las niñas, niños y adolescentes de las familias más pobres, frente a quienes el Estado —a partir de la categoría de “peligro moral o material”— continúa actuando coactivamente al seguir estableciendo, en muchos casos, la separación de su medio familiar y comunitario, situación que viola, llanamente, los principios contenidos en la Convención y en la ley nacional 26.061.

Asimismo, a través de la ley 26.061 se ha creado la figura del Defensor de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, pero el Poder Legislativo aún no ha procedido a designar un funcionario a estos fines.

II.1. La aplicación de la Convención y de la ley 26.061 en las provincias

³ Comité de Derechos del Niño, CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 de junio de 2010.

⁴ Decimos parcial pues, conforme veremos en el apartado VII de esta presentación, aún continúa vigente el Decreto Ley de la última dictadura militar, N° 22.278, que regula el llamado “Régimen Penal de la Minoridad”, que sigue posibilitando la privación de la libertad con fundamento en razones puramente asistenciales, con las perjudiciales consecuencias que esta omisión en la adecuación normativa acarrea para la protección de los derechos y garantías de las personas menores de edad en todo el territorio nacional.

En lo referente a las jurisdicciones provinciales, el análisis normativo, jurisprudencial e institucional local, pone de manifiesto distintos grados de implementación del modelo de la protección integral de derechos. En este sentido, algunas provincias han tenido que sortear y otras deben sortear aún serios obstáculos que restringen y limitan la plena vigencia del modelo instaurado por la Convención y la nueva legislación nacional.

Desde la Fundación Sur, con la colaboración de UNICEF, hemos realizado un relevamiento intensivo en cinco provincias: Río Negro, Córdoba, Jujuy, Corrientes y San Luis. Estas cinco provincias nos permiten tener un pantallazo general de la situación a lo largo y ancho de nuestro país. Desde la Fundación Sur, con la colaboración de UNICEF, hemos construido de una herramienta metodológica capaz de brindar una radiografía crítica del estado normativo provincial y nacional. Se analizaron no solo las leyes de protección provinciales y nacional en relación a los estándares de la Constitución Nacional, de cada provincia, sino también, las leyes nacional y locales de violencia familiar y leyes de violencia de género, las leyes de adhesión al registro único de adoptantes y los procedimientos de adopción en las provincias. También se analizó la normativa en materia de acceso a la información pública de cada jurisdicción y las leyes que regulan las condiciones materiales y profesionales de las instituciones de cuidado de niños.

Trabajamos con especial énfasis en verificar el modo en que se construyen las figuras claves de un sistema de protección integral. En este sentido se analizó minuciosamente en cada provincia la normativa referida a la figura de Abogado del Niño, Defensor Provincial del Niño, Medida de Protección integral de derechos, Medida Excepcional de protección, y en cada caso su implementación institucional.-

En el caso de las medidas, tanto la especial o integral como la excepcional, se analizaron los procedimientos que debe llevar adelante la autoridad de aplicación, intentando dilucidar los límites en los roles del organismo administrativo de las funciones que ejerce el Poder Judicial, que en muchos de los casos, se ven notablemente confundidos conforme las normas y sostenidos por las prácticas. Se analizaron plazos, dictado de acto administrativo, debido proceso sustancial, y recurribilidad de las medidas.

En todos los casos, tuvimos en cuenta la complejidad que para el análisis representan las acordadas de los Superiores Tribunales que han suspendido leyes de protección o penal juvenil, o que han modificado las competencias tanto de la administración como del rol de poder judicial, lo cual da cuenta de una precariedad institucional al momento de definir la condición jurídica de niños/ adolescentes de esas provincias.

De las cinco provincias visitadas a fin de dar contenido a los indicadores propuestos en materia institucional, en ninguna de ellas los funcionarios a cargo de las áreas de aplicación de la ley de Protección tuvieron disposición a entregar información con datos duros, corroborables.

Esto se suma a la imposibilidad de contar con fuentes oficiales que provean datos en forma pública, en la mayoría de los casos porque directamente no los producen. Sólo los funcionarios de la provincia de Córdoba aunque reticentes a dar información cuantitativa hicieron saber que están avanzados en la elaboración de una base de datos de los temas que requeríamos y que tienen pendiente la elaboración de un manual de procedimientos para el sistema de protección y protocolos de intervención de su propia área.

En **Río Negro**, después de haber realizado todas las entrevistas, realizado compulsas de expedientes de medidas excepcionales y medidas de protección, se concluye que a pesar de contar con una legislación suficientemente adecuada, el órgano de aplicación no ha procurado salir de la modalidad tutelar manteniendo a la subsecretaría en la modalidad asistencial, lejos aún de cumplir con los estándares que la constituirían en un organismo de promoción y protección de derechos. No pudieron contribuir con datos estadísticos porque no los elaboraron, tienen un viejo manual de procedimientos en desuso, adaptado a la legislación tutelar ya derogada.

Ante la toma de una medida de protección no se dicta un acto administrativo, por tanto, en clave de derechos, se violenta la garantía constitucional de un debido proceso administrativo. En el último trimestre de este año iniciaron una ronda de capacitaciones en el interior de la provincia organizadas por el Coniar, sobre el código civil y comercial, y se aprobó en la legislatura una ley que regula la figura del abogado de niño. En esta provincia se revierte la tendencia de la mayoría de las provincias del país en que el Poder Judicial pugna por intervenir al momento de tomar medidas de protección más allá de lo que prevé la legislación protectora. Hemos analizado expedientes en la Defensoría General de la Justicia local en que son los mismos defensores quienes limitan su accionar a fin de

permanecer en el rol que la ley les otorga y no intervenir más que para ejercer el control de legalidad de las medidas excepcionales.

Esta situación que muestra una administración aun apegada al antiguo sistema tutelar y una justicia que defiende la rigurosidad del nuevo modelo se explica porque recientemente se han realizado nuevos concursos, posteriores a capacitaciones rigurosas por parte del centro de formación judicial y de esos concursos surgieron defensores y jueces que modificaron sensiblemente la composición del poder judicial local. Es muy evidente la tensión entre la administración que prefiere y solicita al poder judicial que resuelva cuestiones propias de su rol y defensores y jueces que sostienen que su rol es el de resolver cuestiones jurídicas y no de definición de políticas públicas en los casos individuales. También se destaca que son los defensores de menores quienes inician amparos colectivos por derechos económicos y sociales ya que el órgano proteccional no realiza acciones de exigibilidad frente al poder ejecutivo. Es importante resaltar el rol de la defensora penal juvenil, a cuyos expedientes hemos accedido y que demuestran la importancia de la defensa técnica de calidad en caso de adolescentes infractores, en un ámbito en que si bien, hay pocos adolescentes privados de libertad, la razón es que son remitidos a la provincia de Buenos Aires, con penas muy duras y/o a clínicas de atención psiquiátrica, fuera de la provincia, si el joven ha consumido sustancias en algún momento. No surge de las entrevistas ninguna acción propuesta por el órgano administrativo para limitar estas condiciones gravosas para adolescentes en el sistema penal, ni tampoco se plantea la aplicación de las modalidades que exige la ley de Salud Mental, que incluye prácticas de garantías de derechos en casos de adicciones.

En la **Provincia de Córdoba** se observó una práctica extendida aún en el poder judicial. Allí la ley les impide tomar las medidas de protección pero sí han encontrado una vía que es tomar medidas de separación del niño de su familia a través de la ley de violencia doméstica, sin cumplir con los requisitos de las medidas excepcionales.

Su programa más importante por cantidad de población atendida y por historia dentro del Sistema, es el de Fortalecimiento Familiar, su responsable indica que la mayor preocupación en la actualidad pasa por las dificultades para el control y seguimiento de los centros de internación o alojamiento de niños por las medidas excepcionales y de las Familias de Acogimiento. Aún no incorporaron en la práctica cotidiana, como una medida de protección de derechos, la garantía del abogado del niño, aunque sí la provincia de Córdoba cuenta con el Defensor Provincial del Niño y el Adolescente, figura creada por ley 9.396/2007⁵.

En la **provincia de Jujuy**, es caótico el sistema legal utilizado, ya que la ley de protección aprobada, Nro. 5288, de adhesión a la Convención, en realidad no está vigente porque requiere de su reglamentación para ser operativa, por lo tanto, se menciona a la ley nacional a los fines de hacer presentaciones, pero no se siguen los aspectos de procedimiento de la misma. Tampoco hay un procedimiento provincial y por lo general continúa en cabeza del Poder Judicial la toma de medidas de protección, de índole tutelar, y el organismo administrativo de la provincia cumple las órdenes que mediante oficio le remite la justicia. No existen protocolos de actuación ni manuales para coordinar el sistema de protección.

Recientemente, se ha presentado en la Cámara de Diputados de Jujuy, con la autoría de la diputada María Eugenia Nieva, el proyecto de ley de "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Expediente 443-DP-17). Con la sanción de este proyecto, se lograría adecuar la legislación provincial a los lineamientos de la Convención y de la ley 26.061.

En la **provincia de Corrientes**, hubo confusión por sucesivas leyes que otorgaron competencia como órgano de aplicación de la ley provincial tanto a la Subsecretaría de Niñez, cuanto al Consejo Provincial, y se ha resuelto la controversia designando a la misma funcionaria en ambos cargos. Tampoco contaba con datos sobre cantidad y formas de selección ni promoción del personal del área porque la oficina de recursos humanos no es competencia de la Subsecretaría, como tampoco lo es el diseño del presupuesto de su administración. Fue muy impactante el desconocimiento por parte de las autoridades, de las normas vigentes en la materia en la provincia, y tampoco pusieron reparos al hecho de no haber dictado protocolos de actuación ni manuales de procedimiento. No hay tampoco control específico, regulado de los centros de internación de niños, especialmente los que dependen de la iglesia católica.

⁵ La actual Defensora se llama Amelia López. Ver la página web oficial en: <http://ddna.cba.gov.ar/>

Una nota llamativa a diez años de derogación del patronato, que se fue reiterando en cada una de las provincias visitadas excepto Córdoba, es que las autoridades del Poder Ejecutivo prefieren que las medidas de protección las tome el poder judicial, en este caso, en Corrientes la propia funcionaria a cargo del sistema, mostraba con satisfacción que cada vez más son los oficios judiciales que le indican las medidas a tomar. En la actualidad se está difundiendo el Plan de Familias del Corazón que no pone límite a la adopción por parte de quienes se inscriben en el programa para asistir provisoriamente a niños separados de sus familias.

El caso de **San Luis** es interesante porque la provincia se rige no por una ley de protección, sino que por ley, se diseñó un plan estratégico de acción social destinado a la infancia, de neto corte tutelar, que no regula ni establece procedimientos para la toma de medidas de protección, no establece mecanismos de exigibilidad y que no puede compararse porque no hay equivalencias con una ley de protección integral. El plan que centraliza toda la mayor parte de la gestión en políticas de infancia es el de Familias Solidarias, que las nuevas autoridades refieren que es un listado exiguo que paga, actualmente dos mil pesos por niño atendido y que a la fecha denuncian que hay niños que llevan más de cuatro años en las familias solidarias sin que se resuelva su situación, definiendo si, resueltas las causas que originaron la separación de sus familias, pueden volver a ellas o a su familia ampliada o si se solicita la pre adoptabilidad. Debe notarse que Familias Solidarias no está regulado por ley sino que es un Subprograma y que el plazo de duración del convenio del estado con la familia para contener a un niño es por seis meses prorrogables sólo por seis más, aunque no hay procedimiento legal para impugnar la excedencia en los plazos.

La propia Ministra de Desarrollo Social de la nueva gestión Alida García Peanú, afirmó que no hay control ni norma que lo regule sobre los hogares donde se alojan niños. El subprograma Familias Solidarias, no fija requisitos precisos para integrar el listado y a pesar que se recomendó en un principio enviar un solo niño por familia, en la actualidad son varios grupos de cuatro niños por cada convenio con familias solidarias. No existen protocolos de actuación ni manuales de procedimiento, que la figura de abogado del niño no se ha establecido como tampoco el defensor del niño provincial. De hecho, el órgano de aplicación del subprograma es la autoridad de más alto rango en materia de infancia y adolescencia en la provincia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social (antes dependiente del Ministerio de Inclusión Social). Además, no existe una base de datos confiable, ni siquiera de los beneficiarios de cada plan asistencial que integra el plan estratégico ni de inscriptos para integrar una familia solidaria. No hay datos de las intervenciones efectuadas por el organismo competente ni de sus resultados. En la provincia las familias que actúan como familias solidarias pueden adoptar a los niños que tienen a su cargo.

Como vemos, más allá de los avances normativos, se ha observado, en general, un proceso de muy lenta creación de organismos administrativos provinciales con competencia en la materia, con un funcionamiento rudimentario, es decir, carente o deficiente de políticas públicas sociales que difieran de los conocidos dispositivos de albergue, contrariando de esta manera la finalidad de la ley nacional.

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (ARTS. 25 Y 37 DE LA CDN)

Tanto la Convención como la ley 26.061 reconocen a la familia como el lugar más adecuado para el crecimiento del niño⁶. En este sentido, y desde una perspectiva de derechos humanos, la intervención estatal debe traducirse en programas de acompañamiento familiar tendientes a lograr el fortalecimiento de los vínculos con miras a la permanencia de los niños en el seno de su familia de origen.

Así, la ley 26.061 establece que la separación del niño de su familia debe ser una medida de *última ratio*⁷ y que la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza a la separación de su familia nuclear, ampliada o con quien mantenga lazos afectivos ni su institucionalización⁸. En particular, el artículo 35 de la ley 26.061 dispone que se

⁶ Cf. art. 9 y Preámbulo de la CDN; y artículos 3, 4 y concordantes de la ley 26.061.

⁷ Cf. art. 41. b) ley 26.061: "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...*" (Sin resaltado en el original).

⁸ Cf. art. 33 in fine, ley 26.061.

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. Asimismo, en su artículo 36, expresamente establece que las medidas de protección en ningún caso podrán consistir en privación de libertad.

No obstante la claridad de estas normas, la derogación de la Ley de Patronato no logró poner fin al modo de intervención tutelar, pues a pesar de la nueva arquitectura institucional aún se contempla una forma de intervención heredada del patronato de menores, consistente en la institucionalización de niñas, niños y adolescentes por causas asistenciales como medida de intervención, sin respetar los principios de excepcionalidad, subsidiariedad y más breve lapso posible. Como veremos, no se ha ni diseñado ni implementado todavía una política pública en materia de infancia acorde a los derechos humanos en general y específicamente con lo dispuesto por la ley nacional 26.061 que imposibilite la institucionalización como medida de "protección".

Cabe recordar que en las Observaciones Finales sobre Argentina, del 21 de junio de 2010⁹, así como en las del 9 de octubre de 2002¹⁰, el Comité expresó su profunda preocupación por el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de su medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o internados, a menudo lejos de su hogar. Teniendo en cuenta los **artículos 5, 18 (párrafos 1 y 2), 9 a 11, 19 a 21, 25, 27 (párrafo 4) y 39 de la Convención**, el Comité recomendó al Estado argentino¹¹ que: **a) Vele por que se adopten y apliquen en todo su territorio normas uniformes sobre la colocación de niños en hogares de guarda y la familia ampliada y que siga armonizando la metodología de recolección de datos en todas las provincias; b) Realice un estudio sobre las condiciones de la colocación de niños en hogares de guarda para adoptar medidas correctivas y supervisar las condiciones de dicha colocación mediante visitas periódicas; c) Finalice su estudio para evaluar la situación de los niños colocados en instituciones e incluya en sus objetivos la evaluación de sus condiciones de vida, los servicios suministrados y la duración de su permanencia, así como las medidas adoptadas para encontrar un entorno familiar apropiado, le asigne recursos suficientes, asegure su debido seguimiento, y adopte medidas adecuadas para aplicar las conclusiones del estudio; d) Continúe adoptando todas las medidas necesarias, incluso en el ámbito provincial, para que los niños colocados en instituciones vuelvan a sus familias cuando sea posible o sean colocados en hogares de tipo familiar, y considere la colocación de niños en instituciones como medida de último recurso y por el período más breve posible; e) Se asegure de que se destinen asignaciones presupuestarias especiales para fortalecer los vínculos familiares y promover alternativas a la colocación en instituciones, como la asistencia destinada a los niños y su apoyo psicológico y social; f) Establezca normas claras en materia de cuidado alternativo, proporcione apoyo para que las instituciones existentes cumplan las normas, establezca un mecanismo integral de denuncia para los niños colocados en instituciones y realice una revisión periódica de las medidas aplicables a esos niños, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención y las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, que figuran en el anexo de la resolución 64/142 de la Asamblea General; y g) Vele por que el derecho del niño a ser escuchado se respete plenamente al decidir de las cuestiones relacionadas con las modalidades alternativas de cuidado.**

El Sistema de Protección Integral de Derechos se estructura sobre la base de que el poder administrador tiene a su cargo la diagramación y ejecución de las políticas públicas necesarias para lograr la preservación y restitución de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Aun a más de diez años de sanción de la ley 26.061, el pasaje del sistema tutelar al modelo de la protección integral se encuentra en pleno proceso de adecuación institucional y varía su grado de aplicación según las jurisdicciones provinciales y las normativas locales.

En tal sentido, la realidad es que actualmente hay gran cantidad de niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar por causas asistenciales. Del último informe oficial disponible, actualizado en el año 2014, en esta materia se desprende que la cantidad de personas menores de 21 años en estas condiciones —solo por causas asistenciales, ya que no toma en cuenta las personas menores de edad institucionalizadas por causas penales—

⁹ Cf. Comité de Derechos del Niño, CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 de junio de 2010, pto.4, párrafos 51/53

¹⁰ Cf. Comité de Derechos del Niño, CRC/C/15/Add.187, 9 de octubre de 2002, pto.4.2.

¹¹ Cf. Comité de Derechos del Niño, CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 de junio de 2010, pto.4, párrafo 53

ascendía a un total de **9.219** en 2014¹². Vemos como la proporción de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en relación con la población total de niños, niñas y adolescentes es de 0.07¹³.

De este informe surge que en relación a los 9.219 niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales institucionalizados en dispositivos de cuidado institucional y familiar (de gestión pública y privada), podemos afirmar que 7.705 se encuentran alojados en dispositivos de cuidado institucional. Los 219 dispositivos de gestión pública albergan a 2.570; el promedio de niño por dispositivo es de 11,7. Por su parte, 359 dispositivos son de gestión privada, su gran mayoría con convenio y supervisión del Estado, y albergan a 5.135 NNyA siendo el promedio de niño por dispositivo de 14,1. De los 359 dispositivos de gestión privada, 324 están conveniados con los estados provinciales y 40 no lo están.

En este punto cabe destacar que lamentablemente en el Informe del Estado Argentino para la Pre Sesión¹⁴ no informa la cantidad niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales institucionalizados.

En este sentido, también se destaca la carencia de protocolos de procedimientos como contribución a la estandarización de las prácticas y los criterios necesarios para una atención cuidadosa y respetuosa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes alojados en instituciones, tanto públicas o privadas que respeten los estándares de calidad institucional.

De este relevamiento surge que más de la mitad de las jurisdicciones no cuentan con manuales de estándares de calidad institucional, que contemplen las condiciones formales de habilitación, funcionamiento, registros, documentación, condiciones edilicias y del personal, características del proyecto institucional y las prácticas institucionales de los lugares de alojamiento de niños, niñas y adolescentes institucionalizados¹⁵.

No obstante, si bien la normativa se ha ido adecuando desde un punto de vista formal —con excepción, como veremos, de lo atinente al sistema penal juvenil cuya adecuación normativa aún sigue pendiente—, y las estadísticas oficiales reflejan una disminución de la cantidad de personas menores de edad institucionalizadas, nosotros vemos que la realidad da cuenta que las prácticas continúan plasmando el modelo de intervención heredado del patronato.

Las medidas de protección excepcional, que en teoría resultan ser subsidiarias y excepcionales en cuanto a su aplicación y puesta en marcha pero que -muchas veces- se transforman en la regla de un sistema de protección desvirtuado por la incorrecta interpretación y aplicación de sus fines y objetivos. Por tales razones, se recurre a la medida de separación familiar considera más rápida, ágil y menos dificultosa pero también a las más vulnerable de derechos fundamentales, es decir, la institucionalización del niño y su desprendimiento de la familia de origen, con la consiguiente afectación a su derecho humano fundamental “vivir y/o desarrollarse en familia”. Ello debido a que las medidas de protección integral -en su gran mayoría- no son implementadas, o lo son en forma aparente y de modo deficiente.

De esta manera, se suelen desconocer los preceptos contenidos en la Ley de Protección Integral de Derechos y se continúa sosteniendo, en sintonía con el modelo del Patronato derogado, que las dificultades para asumir la crianza de los niños e incluso las dificultades económicas lleva como condición *sine qua non* la institucionalización y consiguiente vulneración del derecho a la identidad. Para agravar más las vulneraciones de derechos, en muchos casos, se descarta de plano -sobre la base de apreciaciones prejuiciosas- la posibilidad de los niños de permanecer temporariamente con su familia ampliada. De este modo, el sistema de protección integral se convierte en un sistema vacío de contenido que escapa a sus fines de garantizar la protección de sus derechos.

12 Cf. Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y UNICEF, Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional - actualización 2014. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/PROTECCION_Relevamiento_SinCuidadosParentales2015.pdf.

13 Ibidem., pág. 24, tabla 5

14 Informe del Estado Argentino para la Pre Sesión del Grupo de Trabajo del 78° periodo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ARG/5-6, op. cit.

15 Ibidem., pág. 45.

Con respecto a la adopción, debemos ser muy cautos y advertir los supuestos en los cuales la adopción se entiende como una “solución compensatoria” ante el fracaso en la implementación de la medida excepcional por la ausencia de políticas públicas eficaces que evita la institucionalización prologada de niños pero vulnera de modo grosero su derecho a la identidad y permanencia en su familia de origen. En este marco argumental se suele enfatizar de modo falaz la oposición entre institucionalización vs. adopción, presentándose esta última como la solución mágica para evitar la primera cuando en realidad la implementación oportuna de medidas de fortalecimiento garantiza al niño su permanencia familiar y evita la vulneración de su derecho a la identidad.

Lo cierto es que en la realidad la excepción se convierte en regla y la díada pobreza-institucionalización inciden en la dinámica familiar, convirtiendo a las medidas excepcionales en un remedio aparente contra la pobreza que desmembra a la familia, vulnerando groseramente el derecho a la identidad de los niños involucrados y olvidando el poder administrador su deber de asistir a la familia para que sea esta la que pueda asumir la crianza de los niños.

El análisis jurisprudencial nos muestra cómo frente a la falta o ineficiencia de políticas públicas de contención y asistencia familiar se recurre muchas veces a la medida excepcional. Llegados a este punto es preciso manifestar que la implementación de este último recurso – extremo, transitorio y excepcional- en forma regular y previo a agotar las instancias de políticas públicas previas desequilibra gravemente la relación entre el derecho formal y la realidad, con el consecuente menoscabo del derecho de identidad de los niños involucrados.

Dentro de este marco, del análisis de casos surge que la pobreza continúa siendo causal de la separación familiar en sintonía con el derogado modelo tutelar, más allá que formalmente muchas veces esta causa esta “disfrazada” de maltrato o negligencia.

Así, la realidad demuestra que en general todo el peso se pone en las dificultades y carencias materiales de las familias, desconociendo y ocultando las carencias estructurales del sistema de protección de derechos que no cuenta con recursos para elaborar estrategias de permanencia familiar.

En este escenario, en la actualidad no solo se siguen decretando medidas excepcionales de separación familiar por la pobreza y dada la inexistencia de la política pública de fortalecimiento familiar sino que también se siguen declarando a los niños en estado de adoptabilidad por idénticas cuestiones. De este modo, la adopción aparece como una “solución compensatoria” ante la ineficiencia del sistema de protección integral de derechos que no aplica medidas eficaces que garanticen la excepcionalidad de la separación familiar y permitan a los niños regresar a sus familias.

IV. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN ARGENTINA. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA. PERSISTE LA FALTA DE ADECUACIÓN NORMATIVA PARA LA APLICACIÓN PLENA DE LA CONVENCION Y DE LA LEY 26.061 (ART. 5 CDN)

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fue sancionado el 1° de octubre de 2014, promulgado el 7 de octubre de 2014 y entro en vigencia el 1 de agosto de 2015. Si bien entre sus fundamentos hace mención al cumplimiento de los tratados internacionales, muchas disposiciones entra en colisión con derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, entre ellos a la identidad, a la convivencia familiar y a la participación.

La situación se agrava pues fue sancionado por una comisión redactado con dos integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cual dificulta que los jueces declaren las inconstitucionalidad de las normas que contradicen los tratados internacionales de derechos humanos.

IV.1. La regulación normativa de la defensa técnica no alcanza a garantizar la debida participación de los niños en los procesos que los involucran y además su implementación ha sido muy deficiente

El nuevo Código Civil y Comercial regula, de modo expreso, la figura del abogado del niño. Sin embargo, la regulación implica un retroceso con relación a la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes¹⁶. Al respecto dispone el artículo 26 del Código Civil: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede

¹⁶ El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia el 1° de agosto de 2015.

ejerger por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”.

Por su parte, el artículo 109 establece que: “Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial”¹⁷. Asimismo, el artículo 596 señala: “... el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada”. Por su parte, el artículo 608 dispone que: “El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención: a. con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada...”

A su vez, para el proceso de adopción dispone el artículo 617 que: “Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas: a. son parte los pretensos adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada; b. el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez; c. debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo; d. el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso; e. las audiencias son privadas y el expediente, reservado”.

Asimismo, el artículo 677 expresa que: “Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”. Además, el artículo 678 manifiesta que: “Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público”. Por último, el artículo 679 dispone que: “El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada”.

De la lectura de los artículos que se transcriben surge que el Código Civil limita el acceso a la defensa técnica, en algunos casos supeditado a la madurez alcanzada por el niño, niña o adolescentes y a la existencia de intereses contrapuestos con los padres; y en otros casos permite el acceso a la defensa técnica, a partir de los trece años.

Aquí vemos como se vislumbra un retroceso en relación al derecho comparado, donde no se supedita la defensa técnica a la madurez alcanzada por el niño o a edades preestablecidas. La regulación normativa del abogado del niño en el nuevo Código Civil y Comercial resulta principalmente un retroceso en relación a lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 26.061, la cual no establece límites de edad para el acceso a un abogado, ni tampoco lo condiciona a la existencia de intereses contrapuestos con los padres.

La ley 26.061 reconoce el derecho al patrocinio letrado a los niños, niñas y adolescentes sin fijar una edad mínima, ni aun distinguiendo sobre tipos de conflictos, pues lo establece como garantía del debido proceso legal. En todo caso, la mayor o menor autonomía del sujeto se tendrá en cuenta para valorar sus peticiones, pero nunca operaría como un obstáculo para el acceso a la defensa técnica¹⁸. De este modo, la figura del abogado del niño, opera no solo como un límite a la intervención de los padres, sino también como límite a la intervención estatal. Así, el artículo 27 de la Ley 26.061 establece el derecho de defensa en todo proceso administrativo o judicial que afecte al niño, niña o adolescente. En consecuencia, como ya fuera dicho, la defensa técnica es regulada como una garantía mínima del procedimiento y opera como un límite a la actividad estatal.

¹⁷ Cabe aclarar que según el artículo 25 del Código Civil y Comercial son adolescentes las personas menores de edad, a partir de los 13 años.

¹⁸ Nestor Solari, “Elección del Abogado del Niño, LL 18-05-2009

Entendemos que corresponde designar abogado a los niños y niñas, aun en los supuestos en que existan intereses coincidentes entre el niño y sus progenitores. En tales casos, si bien subsiste la representación legal, se mantiene en toda su plenitud el derecho a ser oído y a contar con un abogado cuando sus derechos puedan resultar afectados¹⁹.

Llegados a este punto es preciso destacar que en la normativa de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, la figura del abogado del niño adquiere relevancia en los procesos de separación familiar. Procesos en los cuales no siempre existe contraposición de intereses entre los padres y sus hijos, pues existen supuestos en que ambos se oponen a la institucionalización y solicitan la reunificación familiar, pero la misma se niega por fines protectorios. En particular, si consideramos los procesos para la adopción de medidas de protección, lo cierto es que, independientemente del fin de amparo, hay igualmente afectación de derechos de los niños; incluso llegando a producirse la medida de separación del medio familiar. Como consecuencia, se debe asegurar algún mecanismo que permita la representación de los intereses del niño.²⁰

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido sobre el derecho de los niños al patrocinio letrado, independientemente de su edad, en el supuesto de medidas excepcionales. Supuesto en el cual la defensa técnica cobra trascendencia por la afectación de derechos que la institución conlleva.²¹

Desde similar perspectiva, la Observación Número 12 del Comité de Derechos del Niño ha resaltado la importancia de la figura del abogado del niño, en los procesos de separación familiar y de adopción, por la vulneración de derechos que estas situaciones traen aparejadas. Además la citada resolución no establece límites de edad para el cumplimiento del aspecto material y técnico de la defensa, disponiendo que se debe partir de la presunción de capacidad de los niños para opinar y formarse un juicio propio.

Asimismo, en el caso de niños y niñas vulnerados en el acceso a los derechos económicos sociales y culturales, la figura del abogado del niño puede, sin dudas, resultar trascendente para contribuir al restablecimiento de sus derechos. Cabe resaltar que en estos supuestos no existe contraposición de intereses con los padres, sino más bien, de los niños y sus padres contra el Estado que no garantiza condiciones mínimas de vida a las familias.

Es en este terreno donde cabe destacar un avance significativo de la Ley 26.061 al garantizar al niño su derecho de defensa técnica, como un límite al accionar del Estado, al regular la defensa técnica, como garantía mínima del procedimiento. En consecuencia, si el niño no designa un abogado, el Estado debe asignarle de oficio un abogado gratuito, pues se encuentran comprometidas garantías constitucionales, como el debido proceso legal.

Al respecto, la ley 26.061 ha venido a incorporar, ampliar y aclarar una serie de derechos y garantías procesales a los niños, para todos los procesos administrativos y judiciales que los afectan, que importa la conformación de un nuevo proceso y más ambicioso concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal²².

De lo contrario, si limitamos la defensa técnica al supuesto de intereses contrapuestos con los padres, poco se avanza con relación a la tradicional figura del tutor *ad litem*.

Sin embargo, el Código Civil supedita la defensa técnica a la madurez suficiente de las niñas y niños involucrados y al hecho de la existencia de intereses contrapuestos con los padres o al hecho de haber cumplido 13 años, dentro de los procesos de familia. En relación a esta disposición, cabría decir que, por imperio del principio de progresividad (Art. 5 CDN) que protege el ejercicio de los derechos humanos, y considerando el derecho a la defensa técnica como parte esencial del derecho humano al debido proceso legal y las garantías judiciales; no podría válidamente limitarse el estándar de protección alcanzado con la Ley 26.061, sino que a partir de allí, sólo debiera legislarse en

¹⁹ Ricardo Pérez Manrique, "Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", informe presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, "Los derechos humanos en la familia. Hacia una armonización de las legislaciones en el Mercosur", celebrado el 24 y 25/8/2006, Facultad de Derecho, UBA, p. 14.

²⁰ Patricio Millan, Patricio y Patricio Villavicencio, "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", página 43, en Revista de Derechos del Niño Número 1, UNICEF, 2002

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "P.G.M. y P.C.L. sobre protección de persona", 27 de noviembre de 2012

²² Jorge Kielmanovich, "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", LL 17 -11 -2005, página 988

pos de fortalecer el derecho de todo niño, niña o adolescente a contar con un abogado de confianza que ejerza su patrocinio legal en cualquier procedimiento que pudiera afectar el ejercicio de los derechos de los cuales es titular.

Cabe agregar que en la provincia de Buenos Aires y en la provincia de Río Negro se han creado registros de abogados del niño, implementándose de este modo la figura del abogado del niño, independientemente de la edad alcanzada y como garantía del debido proceso legal.

Al respecto, la ley 14.561 de la Provincia de Buenos Aires crea en el ámbito de los colegios de Abogados Registros de Abogados del Niño, a fin de garantizar el acceso a un abogado a todo niño, niña y adolescente, de modo independiente de su edad. Es de destacar que la citada ley se está cumpliendo en la provincia de Buenos Aires, gozando todos los niños, niñas y adolescente de la provincia de Buenos Aires, de un abogado independientemente de su edad.

Asimismo, la ley 5064 de la Provincia de Río Negro crea un Registro de Abogado del Niño, en los ámbitos de los colegios de abogados a fin de garantizar la accesibilidad a la figura del abogado del niño, independientemente de la edad o madurez alcanzada por los niños, niñas y adolescentes involucrados. No obstante, la citada ley no se ha implementado. Resta manifestar que en la provincia de Chubut por resolución de la Defensora General de la provincia, se ha establecido que los defensores oficiales de adultos asuman defensas técnicas de niños.

De este modo, en Argentina el acceso a la defensa técnica tiene distintos estándares de protección, en función de la provincia en la cual habita el niño, niña o adolescente, vulnerándose de este modo no solo el derecho de defensa técnica, sino el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Como vemos, el nuevo Código Civil y Comercial que debe establecer un piso mínimo de protección de derechos y garantías para Argentina, retrocede los estándares alcanzados por la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que como fuera explicado, reconoce la defensa técnica a todos los niños, niñas y adolescentes, cualquiera fuera su edad.

IV.2. La regulación normativa del instituto de la adopción no alcanza a garantizar debidamente el derecho a la identidad y al debido proceso procesal

El nuevo Código Civil y Comercial, en lo referente al instituto de la adopción recepta varios de los principios enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño, como en la ley nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Entre ellos, el interés superior del niño, el derecho a la identidad, a ser oído, al agotamiento de las posibilidades de permanencia con la familia de origen y a la no separación de los grupos de hermanos. Sin embargo, al analizar el articulado de modo integral se observan un conjunto de disposiciones que entran en conflicto con normativa internacional y nacional, vaciándose de contenido los principios proclamados. En especial, la regulación del instituto de la adopción entra en conflicto con el derecho a la identidad y a la participación de niños, niñas y adolescentes en los asuntos que los involucran. Así, al regular el derecho del niño a conocer sus orígenes establece que el niño con madurez suficiente puede acceder al expediente judicial y administrativo donde tramita su adopción.

Sin embargo, para el ejercicio de derechos personalísimos, en lugar de someter al niño a un procedimiento previo para determinar su capacidad, se debe presumir la misma, si realmente se quiere garantizar el ejercicio del derecho a la identidad. En consecuencia, con la sola petición de un niño de conocer sus orígenes se debe permitir el acceso al expediente, excepto que el juez pruebe, de modo suficiente, la falta de capacidad en el caso concreto. De lo contrario, la mención a la madurez suficiente puede constituirse en un obstáculo, pues el niño, niña o adolescente tendría que probar su capacidad, capacidad que quedaría librada a la apreciación judicial. Llegados a este punto es preciso recordar que la Observación Número 12 del Comité de Derechos del Niño dispone que se debe partir de la presunción de capacidad de todo niño para formarse un juicio propio.

Luego, el Código fija una edad determinada – trece años- para ejercer la acción autónoma para conocer los orígenes, a través de acciones de filiación. En consecuencia, los niños menores de esa edad, independientemente de la madurez alcanzada, no podrán ejercer este derecho, vulnerándose, de este modo, el principio convencional de la autonomía progresiva, establecido en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño.

Asimismo, la protección débil que logra el Estado Argentino del derecho a la identidad se puede desprender de la regulación del procedimiento para la declaración del estado de adoptabilidad, Así se establece que la declaración de adoptabilidad se dicta si un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen, por parte del organismo administrativo competente, por un plazo de treinta días, prorrogable por igual plazo, por decisión fundada. Es de destacar que la búsqueda de los padres tiende a resguardar el derecho a la identidad del niño involucrado, aunque en función de la brevedad del plazo, difícilmente, se logre el fin buscado. A su vez, el estado de adoptabilidad se puede dictar si los padres toman la decisión libre e informada que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida solo si se produce después de los cuarenta y cinco días del nacimiento.

Si bien se recepta el principio convencional de consentimiento informado de ambos padres, establecido en el artículo 31 de la Convención de los Derechos del Niño, hubiese sido oportuno que se dispusiera que tal consentimiento debe ser prestado con patrocinio letrado, bajo pena de nulidad. A su vez hubiese sido necesario destacar que se deben proporcionar a los padres alternativas de política pública, para que puedan asumir la crianza de sus hijos, en los términos de los artículos 18 y 27 de la Convención de Derechos del Niño. Esto significa conceder a la citación y el consentimiento no como un mero formalismo, sino como una diligencia que garantice al progenitor y en definitiva al niño, el principio del debido proceso legal²³.

Por último, se dispone que el estado de adoptabilidad se puede dictar cuando las medidas excepcionales, tendientes a que el niño permanezca con su familia nuclear o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. La obligación de agotar el procedimiento de medidas integrales y excepcionales responde a la obligación convencional de garantizar el derecho a la convivencia familiar (artículos 7, 8, 9, 198 y 27), a la prohibición de la separación familiar por motivos de falta de recursos materiales de los padres (artículos 33 y 35 de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes) y a la excepcionalidad del instituto de la adopción (artículo 11 de la citada ley)

Sin embargo, el deficiente funcionamiento de los distintos Sistemas de Protección en las provincias argentinas torna al plazo de seis meses insuficiente para generar las condiciones para retomar la convivencia familiar. Además de ser insuficiente es arbitrario, pues resulta evidente que si una familia requiere un plazo mayor de acompañamiento con políticas públicas que les permitan asumir la crianza de sus hijos, la fijación de un plazo determinado atentaría contra el ejercicio del derecho a la identidad y a la convivencia familiar.

Es de destacar que la declaración judicial de la situación de adaptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño ofrece asumir su guarda y tal pedido es considerado adecuado al interés superior del niño. En este sentido se receptan las Directrices de Riad que establecen que la alternativa de la adopción, solo es viable, una vez agotadas las posibilidades de permanencia con la familia nuclear o ampliada.

No obstante, a la familia ampliada no se le reconoce su calidad de parte en el proceso para la declaración de adoptabilidad, lo cual limita sus posibilidades concretas de peticionar y probar sus condiciones para asumir la crianza de los niños involucrados, debilitándose de este modo la protección del derecho convencional de ser criado dentro de la familia ampliada. Es importante recordar que de la lectura de la Convención de los Derechos del Niño y de la citada ley 26.061 surge indudable el carácter de parte de la familia extensa en las medidas de separación familiar, paso previo del dictado del a adoptabilidad. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9 inc. 1 establece que: *“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...) 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.”*

En concordancia con ello, el artículo 5 de dicho instrumento internacional reconoce que los Estados partes respetaran la responsabilidad, los derechos y los deberes de los padres o en su caso de los miembros de la familia ampliada. Además de la falta de participación de la familia ampliada, la regulación tiene deficiencias serias en cuanto

²³ Herrera, Marisa, “El Protagonista: El rol del adoptado en su adopción y otras cuestiones sobre identidad”, UNICEF, 28 de septiembre de 2006.

a la participación de los niños, niñas y adolescentes, involucrados en su proceso de adopción, pues lo supedita a la madurez alcanzada.

Como ya fuera dicho la condición de la madurez puede operar como un obstáculo para garantizar los derechos de parte del niño o niño involucrada. Así, el nuevo Código Civil y Comercial garantiza el derecho de defensa sujeto a la madurez alcanzada, cuando la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 27, no supedita el derecho de defensa a haber alcanzado una determinada edad, ni determinada madurez, pues lo consagra como garantía del debido proceso, para todo niño, niña y adolescente, independientemente de su edad. De este modo, el Estado Argentino incumple el principio internacional de no regresividad de los derechos humanos, retrocediendo los estándares más altos alcanzados por la citada ley 26.061.

Cabe agregar, en lo que respecta al sistema de madurez alcanzada, que no se establece un procedimiento preciso para determinarla, y en consecuencia, el proceso de evaluación de la capacidad dependerá de la discrecionalidad judicial, afectando, de este modo, el principio constitucional de igualdad ante la ley. Asimismo se vulnera el derecho a la participación de la familia de origen en el proceso de separación familiar.

Llegados a este punto es preciso destacar que, la familia de origen no es parte en el proceso de guarda preadoptiva. Ello ocasiona no sólo una violación al derecho de defensa en juicio, sino también retroceder a la anterior ley de adopción 24779, según la cual, la familia de origen era parte en el proceso de guarda.

Al respecto cabe señalar la Cámara Nacional de Apelaciones había sostenido que la resolución de estado de adoptabilidad de los niños, no implica por sí misma la pérdida de la patria potestad de los padres. Así, de la redacción del artículo 317, inc. a) segundo párrafo del Código Civil, resulta evidente que la declaración de abandono contemplada en dicha norma no implica la privación automática de la patria potestad, ya que luego de este supuesto el texto agrega que: "...tampoco será necesaria la citación de los progenitores cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad..." "...Por otra parte, aún cuando los progenitores hubiesen sido privados de la patria potestad, tal decisión no sería irreversible, por cuanto el artículo 308 del Código Civil establece el carácter eminentemente temporal de la sanción, al disponer que: "...podrá ser dejada sin efecto por el Juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos"; marcando, en este sentido, una diferencia esencial con el régimen legal anterior, que hablaba de "pérdida" de la patria potestad, siendo ella definitiva. Dicho régimen originario, ha sido sustituido por el actual, contemplado en la ley 23.264, donde ya no se habla de pérdida sino de "privación" de la patria potestad, y cuya sanción tiene carácter temporario..."²⁴

En el mismo sentido la doctrina se había pronunciado sobre la calidad de parte de los progenitores biológicos en el proceso de guarda, en función que la guarda es un instituto provisorio y revocable y a fin de salvaguardar el derecho de defensa de la familia de origen.²⁵

De este modo, la nueva regulación del instituto de la adopción retrocede estándares más altos de protección establecidos en la normativa derogada, que respetaba adecuadamente el derecho a la participación de la familia de origen en el proceso de adopción, en los términos del artículo 9 y 31 de la Convención de los Derechos del Niño.

Por su parte se establece que son parte en el proceso de adopción los pretendientes adoptantes y el niño adoptado, si tiene madurez suficiente. Asimismo se establece que es obligatorio el consentimiento para la adopción del niño a partir de los diez años. Es de destacar que la fijación de una edad determinada puede vulnerar el principio de capacidad progresiva, establecido en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño.

A su vez, es preciso tener presente que, si bien se prevé el consentimiento para la adopción, se lo omite para el proceso de adoptabilidad y guarda preadoptiva. Esto resulta inadecuado pues, si se prevé su consentimiento para un acto tan trascendente como su adopción, más se lo debería permitir para una situación provisorio como su guarda. También, sin dudas, se lo debería prever para la situación de adoptabilidad que habilita – precisamente- la guarda preadoptiva y la adopción.

²⁴ Autos: "S. C. s/ Diligencias preparatorias" Expte. 102.589/08. R. 619.880, Cámara Nacional de Apelaciones Sala "J":

²⁵ Chavaneau Silvia, ob citada

Con respecto a los tipos de adopción se mantiene la plena - aunque flexibilizada - y la simple, cuando podría abrirse la oportunidad de una reforma que no desagrega en tipos de adopción, manteniendo un sólo régimen, en virtud de garantizar los derechos del niño, niña o adolescente adoptado.

A esta altura es preciso destacar que para evitar estos dilemas, en momentos donde existe un amplio debate sobre las formas tradicionales de familias y las relaciones entre sus miembros, sería un avance significativo pensar en un solo tipo de adopción que le brinde al adoptante la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, pero sin suprimir la posibilidad de que el niño continúe manteniendo vínculos con su grupo familiar de origen. De esta manera, con un régimen único se estaría rompiendo el doble estándar en donde los pretensos adoptantes deben optar por la adopción plena o la menos valorada (y solicitada) adopción simple, promoviendo así una forma única de adopción que le sume vínculos al niño, sin quitarle vínculos con su familia de origen.

Al respecto se sostuvo que el doble sistema de adopción simple y plena, ha debilitado la adopción simple hasta casi hacerla desaparecer, no obstante que esta última garantiza mejor el derecho a la identidad y a mantener el vínculo de sangre del adoptado²⁶

En este sentido, si bien se busca menguar los efectos de la adopción plena y fortalecer los de la simple - en resguardo del derecho a la identidad- al permitir mantener vinculación con la familia de origen aun en la adopción plena, le conceden esta facultad discrecional a la autoridad judicial, quien también debe decidir por un tipo u otro de adopción, según las circunstancias del caso y el principio del interés superior del niño.

A esta altura es preciso recordar que la falta de participación de la familia de origen en el proceso de adopción y la limitada participación del niño, dificultan que la posibilidad de mantener vínculos se pueda concretar. Además se mantiene la irrevocabilidad de la adopción plena, lo que resulta contrario al principio convencional del interés superior del niño. La irrevocabilidad de la adopción plena ha sido criticada por la doctrina. En este sentido, la doctrina se ha pronunciado a favor de la revocación de la adopción plena, ateniendo al principio del interés superior del niño²⁷, no encontrándose razones para que la adopción simple sea revocable y la plena no lo sea.

Al respecto se ha dicho, refiriéndose a la adopción plena que, una figura rígida, inmodificable e irrevocable, como decía expresamente la ley 24.779, no se adecua a la normativa de jerarquía suprema como la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸.

Es de destacar que la nueva regulación de la adopción si recepta las críticas a la prohibición de iniciar acciones de filiación que surgía de la regulación anterior del instituto de la adopción plena.

Con referencia a la normativa anterior se había dicho que la prohibición de ejercicio de la acción de filiación es incompatible con el derecho a la identidad del adoptado.²⁹ Acorde con la doctrina, un precedente jurisprudencial manifestó que: "Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales..."³⁰

Como aspecto favorable es de destacar que se establece la prohibición de la guardas de hecho o entregas directas.

Llegados a este punto es preciso recordar que Argentina fue condenada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por una entrega directa de una niña a cambio de dinero, por su madre a una familia adoptiva. La niña fue reclamada por su padre y como consecuencia de sus planteos, el Estado Argentino fue condenado por vulnerar el debido proceso legal y la protección de la familia.³¹

²⁶ Silvia Chavaneau, Adopción y Silencios, Editorial Sudamericana.

²⁷ Minsyerski, Nelly, "Notas sobre la adopción y el Proyecto de Reforma", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, N° 18, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, página 65.

²⁸ Herrera, Marisa, obra citada, página 25.

²⁹ Méndez Costa, María Josefa, "La filiación después de la reforma constitucional", LL 1195-E-1004.

³⁰ Cámara Nacional en lo Civil, Sala J, 11-7-2000, publicado en Revista La Ley, 2001, C, 761.

³¹ Cfr. CORTE IDH Caso "Forneron e hija vs. Argentina", sentencia de 27 de abril 2012, Serie C N° 242.

De modo expreso resaltó la Corte Interamericana de Derechos que el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De allí que el derecho a la familia de todo niño y niña es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre u otros familiares biológicos³².

Es de destacar que la prohibición de las guardas de hecho o entregas directas fue consecuencia, tanto del caso “Forneron”, como también de las resistencias que provocó el proyecto original enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo, que las permitía, no solo en el supuesto de vínculo de parentesco, sino también afectivo.

Por último es preciso destacar que la nueva regulación del instituto de la adopción avanza en el reconocimiento de nuevas formas de familia, al permitir la adopción a familias monoparentales, matrimonios y uniones convivenciales. Por otra parte permite que, si un matrimonio o unión convivencial ejerció la guarda de un niño o niña, y luego el matrimonio o unión convivencial se disuelven, ambos integrantes sean los padres adoptivos del niño, en resguardo de su interés superior.

Con respecto al Ministerio Público de Menores, cabe decir que su actuación responde a la ideología del Patronato que —basada en la estimación del niño como objeto de protección— parte de la premisa de su incapacidad para todos los actos de la vida civil. La característica central del modelo tutelar consiste en la negación de la participación del niño ya que la representación legal lo “sustituye” absolutamente. De este sistema de representación promiscua subyace la idea del menor objeto de control por parte del asesor de menores.

Para que los niños, niñas y adolescentes se conviertan en verdaderos sujetos de derecho no basta con concederles la aptitud de ser titulares de ciertos derechos si no se les garantiza, al mismo tiempo, la facultad de poder ejercerlos. Por eso, la protección de los intereses y derechos de los niños en los procesos judiciales es función del abogado de confianza establecido en el artículo 27 citado de la ley 26.061. En este nuevo marco normativo, se reconoce a los niños y adolescentes su derecho de defensa material y técnica, es decir, la posibilidad de ser oído, de que su opinión sea tenida en cuenta, de ofrecer prueba y controlarla —todo ello a través de la figura del abogado de confianza—.

A la luz de la legislación actual, los parámetros de la legislación civil argentina deben ser revisados y reformados teniendo en cuenta que los niños y adolescentes son sujetos de derechos con aptitud y capacidad progresiva de conformidad con las disposiciones de la Convención.

V. PSIQUIATRIZACIÓN DE LA INFANCIA: PROLONGACIÓN INNECESARIA DE INTERNACIONES PSIQUIÁTRICAS DE NIÑOS Y NIÑAS (ART. 23 DE LA CDN)

En referencia a este tema, en las últimas observaciones generales, el Comité de los Derechos del Niño³³, sostuvo que: “44. El Comité expresa preocupación por las denuncias que dan cuenta de violaciones de los derechos humanos ocurridas en instituciones de salud mental y por el hecho de que los niños con trastornos mentales a veces permanecen en hospitales o institutos psiquiátricos durante períodos prolongados sin la debida justificación médica.

45. El Estado parte debería adoptar medidas apropiadas para evitar la hospitalización y recurrir a ésta únicamente cuando sea estrictamente necesaria y por un período mínimo. El Comité también recomienda al Estado parte que garantice y supervise el acceso a la asistencia terapéutica y a una vivienda adecuada a los niños dados de alta en hospitales u otras instituciones, teniendo en cuenta el interés superior del niño.”

Si bien es cierto que en 2010 se sancionó la Ley Nacional de Salud Mental Nro. 26.657, reglamentada por el Decreto Nro. 603/2013 y que la ley Nro. 27.044 otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las

³² Caso citado

³³ Comité de Derechos del Niño, CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 de junio de 2010.

Personas con Discapacidad, no obstante, en nuestro país niños, niñas y adolescentes continúan internados en establecimientos psiquiátricos a pesar de contar con alta médica, pero sin posibilidades de externación debido a la falta de políticas públicas adecuadas para externar a quienes no cuentan con referentes familiares o comunitarios y requieren algún otro tipo de dispositivo suministrado por el Estado.

Es claro que la internación en una institución psiquiátrica de quien cuenta con indicaciones de tratamiento extramuros por falta de recursos para la debida externación viola derechos humanos fundamentales. Máxime si se tienen en cuenta los efectos adversos que provoca la atención en instituciones psiquiátricas como única modalidad asistencial, al generar aislamiento y mayor segregación y discriminación³⁴.

La permanencia cíclica e interrumpida de niños y adolescentes en instituciones psiquiátricas resulta claramente perjudicial para su persona. A su vez, anula cualquier tipo de posibilidad de recuperación de la salud mental. En este sentido, un niño o adolescentes que no cuenta con otros dispositivos de atención más que la hospitalización, además de recibir un tratamiento claramente discriminatorio, ve coartada toda posibilidad de recuperación.

A modo de ejemplo, se puede destacar que en el año 2010, se presentó una acción de habeas corpus³⁵ en favor de todos los adolescentes internados en el Hospital de Emergencias Psiquiátricas “Torcuato de Alvear” y en el Hospital Infanto Juvenil “Carolina Tobar García”, dependientes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuando se tomó conocimiento de que, a pesar de contar con alta de internación, personas menores de edad se encontraban internadas; situación que implicaba la privación de su libertad por tratarse de instituciones de puertas cerradas. En noviembre de 2010, la justicia Penal, Contravencional y de Faltas de Primera Instancia de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción y declaró la ilegalidad de la práctica denunciada, dispuso su proscripción y ordenó al Jefe de Gobierno que la hiciera cesar de inmediato. Ante una apelación del gobierno, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas confirmó la resolución de primera instancia en cuanto hizo lugar a la acción de hábeas corpus colectivo y preventivo, declaró que la práctica denunciada resultaba incompatible con toda la normativa constitucional e infraconstitucional invocada y dispuso la elaboración, por parte de las autoridades públicas involucradas, con contralor del Jefe de Gobierno, de un dispositivo que respetase dicho estándar normativo. Aun hoy, a siete años de la interposición de la acción, el cumplimiento de la condena se encuentra pendiente por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

En este orden de ideas, en la República Argentina resulta claramente diferente la situación de una persona menor de edad con padecimientos en su salud mental si pertenece a sectores socioeconómicos acomodados y desaventajados. Un niño perteneciente a la clase media o alta, al contar con alta médica de internación será

³⁴ En este sentido, la Declaración de Caracas advirtió y denunció las falencias de los sistemas de salud mental con modelo hospitalocéntrico (adoptada por aclamación por la Conferencia Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina, Caracas, Venezuela, 1-14 de noviembre de 1990). Por su parte, la ONU presentó en 1991 un Conjunto de Principios y Garantías para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 46/119, 17 de diciembre de 1991). Asimismo, el Relator Especial del Derecho a la Salud de las Naciones Unidas, Paul Hunt, ha reconocido que: “toda decisión de aislar o segregar a las personas con discapacidad mental, incluido el internamiento innecesario, es por esencia, discriminatoria y contraria al derecho a integrarse en la comunidad previsto en las normas internacionales”. Para evitar tal discriminación, “los Estados deben adoptar medidas para asegurar una serie completa de servicios de atención y apoyo a la salud mental dentro de la comunidad que sean propicios para la salud, la dignidad y la integración”. A su vez, describe que la “serie completa de los servicios de salud mental dentro de la comunidad incluye medicación, psicoterapia, servicios ambulatorios, atención hospitalaria para casos agudos, instituciones residenciales, rehabilitación para personas con discapacidad psiquiátrica, programas destinados a lograr un grado máximo de independencia y aptitud para las personas con discapacidad intelectual, apoyo en materia de vivienda y empleo, sostenimiento de los ingresos, educación completa y apropiada para los niños con discapacidad intelectual, y asistencia temporal a las familias que atienden día y noche a las personas con discapacidad mental. De esta manera se podrá evitar su colocación innecesaria en instituciones...” (Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de Salud física y mental, Sr. Paul Hunt, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, Tema 10, ONU Doc. E/CN.4/2005/51 (2005), párr. 15).

³⁵ Causa Nro. 20.384/2010, caratulada “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Habeas Corpus”, que tramita ante el fuero penal, contravencional y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires.

externado sin demoras por sus familiares. Sin embargo, distinta es la situación de quien pertenece a los denominados grupos sociales vulnerables vistos como familias incontinentes, estimándose conveniente el ingreso del niño a otro dispositivo institucional o, en el mejor de los casos, la asignación de recursos estatales para la permanencia y atención del niños dentro del ámbito familiar y comunitarios. Así, la violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación de los niños y niñas se produce en razón de que muchos de ellos resultan arbitrariamente excluidos de la posibilidad de recibir dichos recursos.

VI. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES (ARTS. 37 Y 40 DE LA CDN).

Para comenzar el análisis de esta problemática, se deben recordar las recomendaciones del Comité del año 2010, que exhortaban al Estado argentino a que:

“80. El Comité insta al Estado parte a velar por que las normas de justicia juvenil se apliquen plenamente, en particular los artículos 37 b), 39 y 40 de la Convención, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). En particular, el Comité recomienda al Estado parte que, teniendo en cuenta la Observación general N° 10 (2007) del Comité, relativa a los derechos del niño en la justicia de menores: a) Derogue la Ley N° 22278, relativa al régimen penal de la minoridad, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil; b) Garantice que los niños que se encuentren en conflicto con la ley puedan recibir asistencia letrada gratuita e independiente y acceder a un mecanismo de denuncia independiente y eficaz; c) Vele por que siempre se respete el derecho del niño a ser escuchado en las causas penales; d) Adopte todas las medidas necesarias, incluido el reforzamiento de la política de sanciones alternativas y medidas de reintegración para los menores infractores, a fin de garantizar que los niños sean privados de libertad únicamente como último recurso y durante el menor tiempo posible; e) Adopte todas las medidas necesarias para garantizar que la privación de libertad tenga lugar de conformidad con la ley y respete los derechos del niño enunciados en la Convención, y que los niños permanezcan separados de los adultos tanto durante la detención preventiva como después de la condena; f) Adopte todas las medidas necesarias para que las condiciones existentes en los centros de privación de libertad no entorpezcan el desarrollo del niño y se ajusten a las normas mínimas internacionales, y que los casos que involucren a menores sean enjuiciados lo más rápidamente posible; g) Garantice que los niños privados de su libertad puedan recibir educación, e incluso formación profesional, y realizar actividades recreativas y de aprendizaje; h) Investigue con prontitud, exhaustivamente y de manera independiente todos los casos de suicidio y tentativa de suicidio; i) Adopte medidas para mejorar el sistema de justicia juvenil, en particular los juzgados de menores, y garantice que el sistema disponga de recursos humanos y financieros suficientes para cumplir adecuadamente sus funciones(...)”

Para tomar dimensión de esta problemática, también debemos recordar que el propio Comité ya había realizado recomendaciones en el mismo sentido en las observaciones generales en el año 2002³⁶, al igual que el Consejo de Derechos Humanos³⁷.

³⁶ El Comité recomendó al Estado Argentino a que “:(a)Revise las leyes y prácticas atinentes al sistema judicial juvenil con objeto de situarlo en plena correspondencia con la Convención, en particular los artículos 37, 39 y 40, así como también con otros importantes estándares internacionales en esta área, tal como el las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); (b) Logre una pronta puesta en práctica, incluso asignando recursos humanos y financieros adecuados; (c) Asegure que haya una clara distinción en términos de procedimientos y tratamientos entre niños en conflicto con la ley y niños con necesidad de protección; (d) Utilice la privación de la libertad, incluyendo la detención previa al juicio, sólo como medida de último recurso, por el plazo más breve posible y no exceda el período prescripto por la ley, y asegure que los niños estén siempre separados de los adultos; (e) Utilice medidas alternativas a la privación de la libertad previa

Cabe mencionar que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación convocó a una “Comisión de Trabajo para un nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”, creada por la *Resolución 2017-21-APN-MJ*³⁸. Más allá de esta nueva valiosa iniciativa que no hace más que reconocer la gravedad del problema, hasta el día de la fecha no se ha producido ningún cambio significativo, y no se generó ningún proyecto oficial por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

Hasta la fecha, el Estado argentino no dio cumplimiento a la obligación de adecuar la legislación para dar plena efectividad a la Convención de acuerdo con lo establecido en su artículo 4. De esta manera, Argentina sigue sin poner en marcha un sistema de responsabilidad penal juvenil que cumpla con el mandato de la Convención en sus artículos 12, 37 y 40. Es así que sigue plenamente vigente el decreto ley 22.278 sobre Régimen Penal de la Minoridad, herencia de la última dictadura militar. Esta norma es un ejemplo de legislación propia del sistema de la situación irregular, que no reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derechos, que criminaliza la pobreza, y regula un régimen contrario a los derechos y garantías sustantivas y de procedimiento insoslayables en un sistema penal inmerso en una democracia sustantiva.

VI.1. Algunos efectos de la aplicación de legislación penal contraria a los mandatos internacionales de derechos humanos

La vigencia del decreto ley 22.278 no es inocua para los niños y adolescentes seleccionados por la agencia judicial de menores. Ello pues, a partir de su ingreso al sistema, se produce una sistemática e interminable vulneración de sus derechos fundamentales. Dos situaciones de hecho ilustran los extremos de la arbitrariedad e ilegitimidad del sistema penal vigente en Argentina para las personas menores de edad: la situación de las personas menores de edad no punibles privadas de libertad y la existencia de condenas a prisión perpetua de niños.

VI.1.a. El encierro como forma de protección: niños, niñas y adolescentes no punibles privados de libertad

En este punto es preciso decir que el Comité sepa que en la República Argentina existe aún un número importante de niños y adolescentes privados de libertad por razones sociales y no punibles. En tal sentido, el decreto ley 22.278 habilita a los jueces de menores a disponer de las personas menores de edad independientemente de que sean punibles o del resultado de la investigación penal³⁹.

al juicio y otras formas de privación de la libertad donde sea posible; (f) Incorpore dentro de sus prácticas y legislación las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en particular para garantizarles acceso a recursos de queja efectivos, cubriendo todos los aspectos de su tratamiento; (g) Tome las medidas necesarias para mejorar las condiciones de detención; (h) A la luz del artículo 39, tome medidas apropiadas para promover la recuperación y la reintegración social de niños involucrados en el sistema judicial juvenil...”

³⁷ Cf. Consejo de Derechos Humanos de ONU, A/HRC/WG.6/1/L16, Recomendación Nro. 13.

³⁸ Disponible en <http://complementos.jus.gov.ar/Media/Documentos/1615.pdf>

³⁹ El art. 1 de la mencionada ley refiere que: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. *Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente*, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. *En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador*”. Asimismo, el art. 2 establece que “Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1 (texto conforme a la ley 22.803). En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4. *Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o*

Este tipo de decisiones vulneran el principio de legalidad penal, en tanto los alojamientos coactivos responden a cuestiones sociales o familiares y no a la comprobación fehaciente, mediante procedimiento adecuado, de la comisión responsable de un delito, tipificado como tal en una ley legítimamente sancionada. Asimismo, también se vulnera, entre otros, el principio de excepcionalidad de la privación de libertad.

El propio Estado argentino reconoce en el informe presentado⁴⁰ que en nuestro país se priva de la libertad a personas menores de 16 años al momento de cometer el hecho que se les imputa —no punibles de acuerdo con la ley argentina—, al informar que son 412 las personas menores de 16 años privadas de libertad por cuestiones penales.

En este punto, cabe recordar que en septiembre de 2006, la Fundación Sur Argentina, junto con el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentaron una acción de habeas corpus a favor de todas las personas menores de 16 años de edad —no punibles incluso según el artículo 1º del decreto ley 22.278—, privadas de su libertad en virtud de resoluciones judiciales “tutelares” emitidas por los Juzgados Nacionales de Menores. En esa oportunidad, se consideró que esas decisiones eran contrarias a los derechos consagrados en la Convención y se solicitó que se declare la ilegitimidad de las privaciones de libertad denunciadas y se ordene su cese. Asimismo, se requirió que se inste al Poder Ejecutivo para que desarrolle un plan de liberación e incorporación progresiva de cada una de las personas liberadas al sistema previsto en la ley de protección integral, ley N° 26.061.

Si bien el juzgado de primera instancia y la Cámara de Apelaciones rechazaron la acción, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 22.278, pues al establecer que “no es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad” pero autorizar a “la autoridad judicial” a disponer su arresto provisional “si existiere imputación en su contra”, convierte en “ilegítima cualquier medida de encierro” dispuesta sobre personas que no son punibles en razón de su edad. Asimismo, resolvió exhortar al Poder Legislativo a adecuar, en el término de un año, la legislación penal en materia de menores de edad, de acuerdo con los estándares constitucionales e internacionales, estableciendo un sistema integral y coordinado con la ley 26.061.

El Ministerio Público Fiscal recurrió tal sentencia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina la que, el 18 de marzo de 2008, resolvió declarar admisible el recurso y disponer la suspensión de la ejecución de la sentencia de la Cámara de Casación. Finalmente, el 2 de diciembre de 2008, la Corte decidió rechazar el habeas corpus presentado a favor de los adolescentes no punibles privados de su libertad, convalidando de esta manera la validez del decreto ley 22.278⁴¹.

Así, una de las decisiones más esperadas en materia penal juvenil se tradujo en un fallo evasivo, impreciso y regresivo, que en lugar de brindar una respuesta concreta para la situación de los niños que continúan privados de su libertad de manera ilegítima, mantuvo el *statu quo*. Pese a reconocer en forma explícita que el Régimen Penal de la Minoridad argentino se encuentra en una situación de “fuerte tensión” con el “imperativo constitucional” derivado del derecho internacional de los derechos humanos y en particular de la Convención de Derechos del Niño, la Corte Suprema se limitó a exhortar al Poder Legislativo a que, en un “plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo 9)” sin indicar cuál era la inconstitucionalidad que habilitaría el mandato de la Corte de modificar la legislación.

La decisión de la Corte contiene graves falencias para el debate sobre las medidas de control aplicadas a las personas menores de edad. Por una parte, sin mayores precisiones que conceptos como última instancia o medida extrema, convalida la difundida práctica de privación de la libertad aplicada como medida de protección a personas menores de edad. Por otra parte, ordena modificar la legislación vigente pero con fórmulas ambiguas destinadas al

moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador” (el resaltado es propio).

⁴⁰ Informe del Estado Argentino para la Pre Sesión del Grupo de Trabajo del 78º período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ARG/5-6, op. cit., párrafo 227.

⁴¹ CSJN, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa n° 7.537”, Recurso de hecho, sentencia del 2 de diciembre de 2008.

fracaso. Así, el contenido abstracto de las indicaciones de reforma se refuerza con el rechazo que su fallo hace de la solución gradual y dialogada propuesta por el Tribunal de Casación.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina representó un enorme retroceso en el proceso por hacer cesar las violaciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, sobre todo de aquellos privados de su libertad ilegítimamente; y por adecuar la legislación vigente a los estándares de derechos humanos. El máximo tribunal de justicia de nuestro país eludió la responsabilidad y las posibilidades que como máxima instancia judicial tenía frente a esta grave situación⁴².

De esta manera vemos como la falta de adecuación de la legislación a los estándares internacionales de derechos humanos, se ve agravada por la connivencia del Poder Judicial ante estas intolerables vulneraciones de derechos. Así, y a pesar de las observaciones del Comité, el máximo tribunal judicial de la Argentina ha avalado el decreto ley 22.278 y la privación de la libertad como medida de “protección”. El Estado argentino en lugar de adoptar medidas que fortalezcan el desarrollo de las familias y protejan su integración, genera que estos jóvenes encuentren como única respuesta el control punitivo del Estado y como única medida eufemística de protección: el encierro.

VI.2. Leyes procesales penales aplicables a personas menores de edad

A partir del análisis de las leyes procesales provinciales respecto de los estándares mínimos fijados de la CIDN, hemos concluido que con una ley de fondo inconstitucional, algunas provincias han intentado –algunas con éxito y otras replicando la lógica tutelar- dictar códigos procesales respetuosos de los estándares internacionales. Ello en el ejercicio de las facultades conferidas por la Constitución Nacional (Art. 121, 122 y 123) que le otorga a cada provincia autonomía para dictaminar y sancionar sus normativas de forma lo que le permite organizarse y dictaminar sus instituciones con absoluta prescindencia de todo otro poder. En este sentido, pueden reglamentar y sancionar un régimen procesal penal juvenil con total autonomía, que garantice el debido proceso y que sea respetuoso de los principios establecidos por la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional (en adelante CN), las Reglas Mínimas de (en adelante reglas de Beijing), Regla de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores.

De esta manera, es muy difícil poder determinar cuál es, efectivamente, la normativa que se aplica a las personas menores de edad en conflicto con la ley penal. En principio la ley de fondo es el decreto – ley 22.278, que al ser ley nacional habilita que cualquier juez pueda apartarse de la norma procesal y aplicar sin más las disposiciones de este decreto., que por otra parte tiene un alto nivel de contenido procesal. Por otro lado, cada provincia tiene su código procesal penal (aplicado a los adultos) que es el mismo que se aplica a las personas menores de edad si la provincia no dictó un código procesal penal juvenil (cabe destacar que son pocas las provincias que cuentan con un proceso penal juvenil y que en su mayoría lo que existen son “Códigos del Menor” o se incorpora en las leyes de protección – fuero civil- cuestiones de índole penal). A ello debe sumarse, que en los casos en los que se ha sancionado un proceso “diferenciado” aplicable a niños y/o adolescentes en conflicto con la ley penal (sea que responda a la lógica tutelar o a la de protección), sí en los mismos no se hace referencia a las funciones de los operadores dentro de este fuero, se debe recurrir a las disposiciones generales tales como las leyes orgánicas del Ministerio Público y de las respectivas policías provinciales. Asimismo, en algunos casos ha sido prácticamente imposible determinar que leyes se aplican pues no se cuenta con datos confiables al respecto, debiendo inferir cuales son las normativas vigentes y aplicables a las personas menores de edad, dado que además de la multiplicidad de normas, intervienen mediante acordadas correctivas, los Tribunales Superiores.

Lo descripto no sólo dificulta la tarea de quienes trabajamos en materia de niñez y sistema penal, sino que genera una inseguridad jurídica enorme, pues nunca se termina de definir como debe procederse ante la ingreso en el sistema penal de una persona menor de edad.

La seguridad jurídica sólo se logra con el respeto de los principios constitucionales básicos en materia penal: principio de inocencia y de legalidad. Ello requiere ineludiblemente de leyes que sean claras, precisas y estrictas que

⁴² Frente a esta situación, la Fundación Sur Argentina y el CELS presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

permitan al ciudadano, en este caso a los niños y adolescentes, conocer cuáles son las consecuencias de la vulneración de las mismas.

Hemos observado como la niñez y adolescencia, por el contrario a lo dispuesto internacionalmente, no tiene un trato diferenciado pues se aplican las disposiciones previstas para los adultos, y al estar vigente el decreto-ley 22.278, siquiera se garantiza las pautas mínimas que tienen los adultos.

Lo expuesto deja en evidencia la necesidad urgente de la sanción de un Régimen de Responsabilidad Penal Juvenil a fin de definir criterios uniformes, garantizar los principios básicos del sistema penal, que vele por el trato diferenciado y que otorgue seguridad jurídica para quienes sean sometidos al mismo. No es menor recordar que en materia penal juvenil, Argentina ha sido sancionada y exhortada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a adecuar su normativa interna a los tratados internacionales. Mandato que al día de la fecha, no se ha cumplido.

VII. VIGILANCIA INDEPENDIENTE: ACERCA DE LA FIGURA DEL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Sobre este punto, en su última evaluación sobre Argentina, el Comité recomendó que: **20. El Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas necesarias para acelerar el nombramiento, por el Parlamento, del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y que éste se encargue de vigilar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos. El Comité recomienda que el Defensor pueda recibir e investigar las denuncias presentadas por niños o en nombre de éstos sobre violaciones de sus derechos, y que se le asignen los necesarios recursos humanos, técnicos y financieros.”**

A través de la ley 26.061 se ha creado la figura del Defensor de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, pero el Poder Legislativo aún no ha procedido a designar un funcionario a estos fines.

Frente a esta situación, distintas ONGs, en su mayoría integrantes de la causa **#InfanciaEnDeuda**⁴³, interpusieron una acción de amparo colectivo con el propósito que se ordene al Congreso de la Nación poner fin a su omisión ilegal e iniciar el procedimiento para la designación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. El 9 de marzo de 2017, la Jueza Contencioso Administrativo Federal, Dra. Claudia Vidal hizo lugar al amparo presentado y exhortó al Congreso Nacional a designar al Defensor de los Derechos del Niño dando cumplimiento al proceso establecido en la ley 26.061 para su designación. Este fallo quedó firme, al no haber sido apelado por el Congreso. A partir de esta acción judicial el Congreso Nacional conformo la Comisión Bicameral para el nombramiento del/ de la Defensor/a del Niño y se designaron los miembros de la misma⁴⁴. Ahora, la Comisión Bicameral deberá evaluar la designación del defensor, que se llevará a cabo mediante un llamado a concurso público de oposición y antecedentes, para luego proponer a cada cámara una candidata o un candidato, quien deberá ser aprobado por las dos terceras partes de ambos cuerpos.

En este mismo sentido, la República Argentina debió haber implementado hace ya más de tres años el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura que exige el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes⁴⁵.

⁴³ Fundación Sur Argentina, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Asociación Civil por los Derechos de la Infancia, el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Fundación Poder Ciudadano

⁴⁴ Se designó como integrantes de la bicameral a los senadores Norma Durango (FPV-Peronismo Pampeano), Juan Manuel Abal Medina (FPV-PJ), Sigrid Kunath (FPV-PJ), Adolfo Rodríguez Saa (Compromiso Federal) y Pamela Verasay (Cambiemos); y los diputados Samantha Acerenza (Unión PRO), Ana Carla Carrizo (UCR), Mayra Mendoza (FPV-PJ), Veronica Mercado (FPV-PJ) y María Florencia Peñaloza Marianetti (Compromiso San Juan).

⁴⁵ El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes — ratificado por nuestro país a finales de 2004—, entró en vigencia en junio de 2006. De acuerdo con el artículo 17 del Protocolo, desde la entrada en vigencia del Protocolo o su ratificación, los Estados cuentan con un año para implementar el o los mecanismos nacionales independientes para el control y monitoreo de los lugares de detención.