

RECOMENDACIÓN N1

Recomendaciones a los organismos del Sistema de Promoción y Protección de la Pcia. de Buenos Aires a fin de prevenir el contagio de Covid 19 en instituciones de abrigo

A la Comisión Interministerial para la Promoción y Protección de los Derechos del Niño, al Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia, a los Servicios Zonales y Servicios Locales del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de la Provincia de Buenos Aires, al Poder Judicial y al Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires a fin de prevenir el contagio del COVID-19 de Niños, Niñas y Adolescentes en instituciones de abrigo.

La Defensora de los Derechos de las Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 55 inc. c) de la Ley 26061 y en el marco de las atribuciones y competencias que le han sido conferidas, efectúa a los Organismos y Autoridades del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de la Provincia de Buenos Aires que implementa la Ley 13298 (conf. Dec. 300/2005) y al Poder Judicial e integrantes del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires que intervienen en el control de legalidad de las medidas de abrigo dispuestas por las autoridades administrativas, las siguientes **RECOMENDACIONES** en el contexto de la crisis sanitaria global que requirió del aislamiento social, preventivo y obligatorio (APSO) dispuesto por Decreto DNU 260/2020 y siguientes con el objeto de preservar y garantizar los derechos de NNyA, en especial el derecho a la salud y a la protección integral.

Visto lo acontecido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) en relación a la masiva circulación del virus COVID 19 en instituciones de albergue de NNyA a raíz de su alta contagiosidad, ha quedado en evidencia la necesidad de limitar y/o protocolizar el ingreso y la permanencia de NNyA a dichos dispositivos. En tal sentido, en el actual contexto de pandemia, el mandato de *última ratio* que exige el art. 36 inc. h) de la Ley 13298 para el dictado de una medida excepcional, debe ser hoy más imperativo que nunca y su adopción reservarse para supuestos extremos, debiendo agotar eficazmente la instancia de alojamiento con familia ampliada y referentes afectivos o comunitarios.

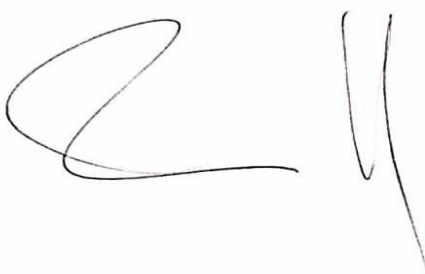
Al respecto, la experiencia acumulada durante estos meses, permite concluir que la falta de distanciamiento físico, la permanencia en lugares cerrados y la circulación de personas necesarias para cumplimentar las tareas de cuidado, educación, recreación -características en geriátricos y hogares de NNyA- constituyen factores de alto riesgo de contagio del virus.

Por todo ello, a fin de prevenir el contagio de NNyA en instituciones de abrigo (casas de abrigo, hogares, paradores, etc.) en el actual contexto de la pandemia por el COVID-19, se efectúa a las autoridades provinciales, municipales y judiciales del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de la Provincia de Buenos Aires las siguientes RECOMENDACIONES:

1. A fin de evitar el ingreso de NNyA a dispositivos institucionales, sea de modalidad residencial o familiar, se priorice su permanencia con la familia extensa, referentes afectivos o comunitarios disponiendo las medidas de protección adecuadas con asignación prioritaria de recursos (ej.: subsidio, vivienda, acompañamiento familiar, etc.).
2. Prever dispositivos de aislamiento/protocolos de ingreso, que minimicen el riesgo de contagio en aquellos casos que requieran ingresos, pudiendo garantizar la protección integral de sus derechos.
3. En el caso de los NNyA ya institucionalizados, implementar con carácter de urgente y para cada caso, las medidas de protección destinadas a su egreso con asignación prioritaria de recursos (ej.: subsidio, vivienda, acompañamiento familiar, etc.) y priorizando como destino del NNyA su familia extensa, sus referentes afectivos o comunitarios

4. En el caso de resultar inviable la des-institucionalización de NNyA se insta a redoblar los esfuerzos para el estricto cumplimiento de las medidas de prevención contenidas en los Protocolos dictados por las autoridades de los Ministerios de Salud.
5. Por último, el distanciamiento físico que impone la emergencia sanitaria de ningún modo puede traducirse en distanciamiento social de sus referentes significativos (afectivos, terapéuticos, escolares, recreativos etc.). Para ello, es insoslayable garantizar la totalidad de los recursos necesarios, lo que implica desde medios tecnológicos y materiales adecuados, hasta que el personal adulto a cargo esté atento, acompañe, promueva y fortalezca la continuidad de estos vínculos y lazos.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 8 de julio de 2020.



Marisa Graham

Defensora de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

RECOMENDACIÓN 2

RECOMENDACIONES GENERALES ANTE DENUNCIAS DE ABUSO SEXUAL CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES O REVINCULACIONES FORZADAS

La Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Nación, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 55 inc. c) de la Ley 26061 y en el marco de las atribuciones y competencias que le han sido conferidas, efectúa a los operadores judiciales de los fueros penal, civil y de familia, a los operadores del Ministerio Público (fiscalías, defensorías y asesorías), a los operadores de los órganos de protección de derechos en todos sus niveles, conforme la Ley 26061, y en particular, a los Tribunales Superiores de Justicia, en tanto autoridad máxima de los distintos poderes judiciales del país, las siguientes **RECOMENDACIONES** generales en relación con el tratamiento y abordaje de las denuncias de abuso sexual y violencia grave contra niñas, niños y adolescentes y, en particular, para aquellos casos en que el presunto abusador/agresor es el progenitor de la niña, niño o adolescente, quien reclama judicialmente la comunicación con la víctima.

El marco normativo general de estas recomendaciones se encuentra en los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución nacional: la Convención sobre los Derechos del Niño – en adelante CDN– y su Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Ley 20061, la Ley 26485, el Código Civil y Comercial de la Nación, y las Observaciones Generales N°12 y 13 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, así como también la Opinión Consultiva OC-17/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dada la gravedad de la temática, y en virtud de los casos que demandaron la intervención de esta Defensoría, se inició una tarea de identificación del problema y de los obstáculos en el proceso de restitución de derechos. En este sentido, se identificaron obstáculos procedimentales, institucionales y culturales, que ameritan una profundización del estudio, así como próximas actualizaciones en esa línea, pero no obstante de manera preliminar se formulan las siguientes recomendaciones que no agotan la evidencia, literatura ni normativa existente, que serán tenidas en cuenta en próximas revisiones.

El obstáculo central identificado es la dificultad para garantizar el **derecho a ser oído** de las niñas, niños y adolescentes víctimas, por parte de los adultos, imperando una mirada adultocéntrica y patriarcal. El derecho a ser oído, no se efectiviza de acuerdo con lo establecido en la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, ya que, en la mayoría de las veces, su voz no se tiene en cuenta al momento de dictar medidas o tomar decisiones que afectan su vida. Además, existe en muchas jurisdicciones una falta de adaptación de todo el sistema a las particularidades que requiere el abordaje cuando se trata de niñas, niños y adolescentes víctimas, desde lo edilicio hasta los procedimientos en general.

El mismo Comité ha advertido que *“El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 de la CDN hace necesario dismantelar las barreras jurídicas,*

políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños”¹.

RECOMENDACIONES GENERALES PARA CASOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Realizar la denuncia en: Comisarías, Comisarías de la Mujer, fiscalías penales, fiscalías específicas para delitos contra la integridad sexual, juzgados penales o de familia, asesorías o defensorías de menores, Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras.
- Garantizar el acceso a la justicia para las niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual, especialmente en el fuero penal. Promover la designación del Abogado del Niño –artículo 27 Ley 26061–, para que se constituya como querellante en el proceso penal.
- Garantizar la protección efectiva de la niña o niño víctima, además de la atención de su salud integral, aplicando los protocolos existentes y solicitando las medidas de protección que garanticen la prohibición de acercamiento por parte del presunto agresor hacia la víctima. A tal fin, se deberán solicitar/dictar, **medidas de exclusión del hogar del presunto autor de los hechos**. La protección y la separación de la niña, niño o adolescente de su presunto agresor debe ser inmediata, a fin de garantizar la dignidad, integridad y salud psicofísica, y la posibilidad de transitar el proceso hacia la justicia. Esta recomendación tiende a **evitar la práctica de separar a niñas y niños de su familia y sus hogares en lugar de excluir a los agresores**.
- Deberán denunciar quienes se encuentran obligados a poner en conocimiento de las autoridades la posible comisión de un delito contra niñas, niños y adolescentes, según lo establecido por las Leyes 26061, 24417 y demás normas provinciales (personal de organismos públicos, de gestión estatal o privada, salud, educación, organismos de niñez, etc.). También podrá ser denunciante la adulta con responsabilidad parental.
- Garantizar la intervención eficaz e inmediata de los distintos organismos locales en función de su competencia en aquellos casos en los que no avancen las causas judiciales y las niñas o niños continúen conviviendo con el supuesto agresor. Es necesario realizar una evaluación de riesgo de la situación en la que se encuentra la niña, el niño o adolescente, para determinar con urgencia la adopción de medidas que garanticen la protección de sus derechos.
- Aplicar los protocolos existentes, las guías de buenas prácticas elaboradas por UNICEF, entre otras nacionales y provinciales disponibles, respetuosas de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.
- Garantizar el cuidado de las niñas, los niños y adolescentes al momento de la denuncia. No se puede interrogar a la víctima y se debe tomar declaración al adulto, a fin de relevar

¹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General n° 12. Derecho del niño a ser escuchado. Art. 12 párrafo 2°.

la información necesaria que permita impulsar las acciones penales, en el caso que el responsable legal no inste la acción penal, la fiscalía deberá hacerlo de oficio, con comunicación a la asesoría o defensoría de menores.

- Prestar especial atención a la gran cantidad de archivos de causas penales de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes. A tal fin, se sugiere una mayor supervisión en su tramitación, prestando especial atención al despliegue de acciones y medidas en la investigación penal, aceleración de los plazos, escucha adecuada a la víctima (en Cámara Gessell y/o grabación de acuerdo a protocolo).
- Aplicar el protocolo correspondiente para el abordaje de casos de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes (salud/anticoncepción/antirretrovirales).
- Desarrollar instancias de capacitación para todos los actores, tanto para los efectores del órgano de Protección de niñas, niños y adolescentes como a los del poder judicial, sobre el abordaje de casos de abuso sexual infantil, que problematicen y reflexionen sobre la mirada patriarcal y adultocéntrica imperante en las intervenciones.

RECOMENDACIONES ANTE REVINCULACIONES FORZADAS O DE UTILIZACIÓN DEL FALSO SAP (SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL) U OTROS SIMILARES

Definición tipo de casos

Son casos de denuncias de abuso sexual infantil y/o de género realizadas por las progenitoras, con denuncia penal en trámite o no, dónde la justicia de familia fuerza la revinculación con el denunciado por abusador o perpetrador de la violencia, y en algunos casos, otorgando el cuidado personal al agresor o manteniendo la convivencia con el mismo.

Suelen ser casos de muchos años, sobre intervenidos, con abogados particulares de alta exposición y con divulgación en distintos medios. Estos son los casos que se conocen, pero existen muchos más que no toman estado público.

La justicia patriarcal imperante en algunas jurisdicciones es parte del problema, tanto como la existencia de mecanismos que refuerzan la victimización.

Los casos pueden iniciarse a través de una denuncia de la responsable protectora o de algún profesional interviniente, docente o agente de salud que sea receptor de la instancia de develamiento.

La denuncia puede haberse efectivizado en la Comisaría de la Mujer y la Familia o en fiscalías, así como en la Oficina de Violencia Doméstica, según la jurisdicción, y puede ser la primera intervención del proceso o haber surgido luego de las intervenciones del Juzgado de Familia, en el marco de procesos de alimentos o regímenes de comunicación.

En muchos de estos casos, en plena investigación del abuso en sede penal, se avanza en sede civil con la solicitud de un régimen de comunicación (anteriormente llamado régimen de visitas) con el denunciado, descreyendo de la denuncia realizada por la madre y sin garantizar el debido derecho a ser oído de las hijas o hijos, y donde su opinión no es tomada en cuenta al momento de tomar decisiones.

Aspectos centrales a tener en cuenta

A- Existencia de riesgo actual y potencial para la niña, niño o adolescente. Convivencia con el agresor denunciado/en proceso de revinculación/régimen de comunicación.

Es importante tener en cuenta que en los casos de abuso sexual intrafamiliar y violencia contra las niñas, niños y adolescentes existe una relación de poder y afectiva entre la víctima y el victimario, atravesada por los deberes de cuidado. En palabras de Müller: *“Cuando un niño/a debe convivir bajo el mismo techo de quien lo/la está agrediendo sexualmente y además es el encargado de su cuidado, esa contradicción se torna insoportable; la desmentida, la negación y la disociación vienen a rescatar a ese niño/a para que pueda continuar viviendo”*². Por lo tanto, la protección y la separación de la niña o niño de su agresor debe ser inmediata, a fin de garantizar la dignidad, integridad y salud psicofísica, y la posibilidad de transitar el proceso hacia la justicia.

En la mayoría de este tipo de casos, existen, además, hechos de violencia de género, que evidencian la desigualdad de poder dentro de la familia, especialmente entre la pareja parental y hacia sus hijas e hijos.

No obstante, al momento de intervenir ante una denuncia de abuso sexual infantil, la creencia por parte de operadores de la justicia en relación con la ideología subyacente al falso Síndrome de Alienación Parental (**SAP**) –que se describe como la ausencia de asimetría entre la pareja parental, manipulación de los relatos por parte de la progenitora alienante, “madre desequilibrada” utilizando al niño, niña o adolescente, inexistencia de los hechos denunciados– despliega en los fallos y resoluciones judiciales argumentos que tergiversan el concepto de Interés Superior, revirtiendo el objeto del mismo según su propio parecer. De este modo, se observa que, en lugar de garantizar la protección de las víctimas, se preserva el lugar de poder del agresor (en su inmensa mayoría varones), ordenando la revinculación, el régimen de comunicación e incluso el cambio en la responsabilidad de cuidado parental en favor del progenitor/agresor.

En esta línea, en ocasiones no importa lo que la niña, niño o adolescente exprese en entrevistas en relación no sólo con sus deseos o sentimientos respecto de su agresor, sino que tampoco son creídos sus dichos en relación al abuso del que son víctimas, habiendo ejercido su “derecho a ser oído”. Este “decir” es subordinado a otro principio rector, esgrimido desde la función del juez, tamizado por la creencia de que primero hay que descartar que la niña o el niño “miente”.

RECOMENDACIONES

- Tramitar estas causas de manera integral, teniendo en cuenta todos los antecedentes administrativos y judiciales, y con una perspectiva que garantice los derechos de la víctima.
- Reconocer el relato que sobre los hechos realizan las niñas o niños víctimas del abuso sexual infantil, teniendo en consideración su padecimiento y los deseos o sentimientos respecto de su agresor.

² MÜLLER, María Beatriz Abuso sexual en la Infancia, Ed. Maipue, P25.

- Atender las solicitudes y las necesidades de las niñas, niños y adolescentes víctimas, así como las de las adultas protectoras, prestando atención a las indicaciones de los profesionales especialistas en la materia antes de decidir sobre la revinculación o el régimen de comunicación.
- Evaluar el riesgo de la situación en que se encuentran las niñas, niños y adolescentes, para determinar con urgencia la adopción de medidas que garanticen la protección de sus derechos.
- Garantizar la separación entre víctima y victimario, excluyendo a este último.

B- Falta de acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes y sus madres, tanto en relación con las resoluciones tomadas por las autoridades judiciales como en cuanto al contenido de sus decisiones y a los plazos de movimiento de las causas.

Respecto al acceso a la justicia, frente a un hecho de abuso sexual o violencia grave contra las niñas, niños y adolescentes, luego de realizar la denuncia penal, las representantes legales serán quienes se constituirán en querellantes o particulares damnificados, actuando en representación de sus hijas o hijos. Para ello, deberán acceder a patrocinio letrado para los fueros penal y de familia, dado que al momento de la denuncia se inicia un expediente en cada fuero.

Asimismo, en su art. 27 inc. c), la Ley 26061 reconoce a toda niña, niño y adolescente el derecho a tener un abogado, y el Código Civil y Comercial de la Nación prevé la figura del abogado del niño, para representar a las/os adolescentes mayores de 13 años, pudiendo presentarse por derecho propio en aquellos casos que revistan un conflicto de interés con alguno de sus representantes legales.

En relación con este punto, la presentación de la abogada o abogado de la niña o niño en las causas penales no siempre es aceptada por los jueces intervinientes, quienes argumentan que estas/os se encuentran representados por la figura del asesor o defensor de menores, quien tiene entre sus funciones velar por los derechos de su tutelado. No obstante, la defensa técnica por parte de la abogada o abogado de la niña o niño es un derecho consagrado en el plexo normativo.

Existe otra dificultad que es la falta de patrocinio letrado gratuito por parte del Estado para las víctimas. En este sentido, la posibilidad de contar con un abogado/a de parte para constituirse en querella en un juicio penal queda limitada a las posibilidades de contratación por parte de la progenitora protectora (en la inmensa mayoría de los casos son madres). Del mismo modo, la posibilidad de impulsar la causa y requerir las medidas necesarias en el proceso de instrucción, así como luego en su elevación a juicio, se encuentran condicionadas por la actuación de dicho letrado.

En relación con el fuero civil, está prevista la asistencia letrada gratuita en los procesos, debiendo solicitarla ante la defensoría pública. Una dificultad observada en este tipo de patrocinios es la falta de especificidad y formación por parte de los letrados en relación con la temática abordada, debiendo enfrentarse al andamiaje procedimental desarrollado en torno a las causas de abuso sexual infantil.

Del análisis de las denuncias de las víctimas surgen algunas prácticas por parte de los juzgados,

que obstaculizan el acceso a la justicia y fomentan la revictimización. Muchas de estas prácticas son generales al funcionamiento de la justicia en todo el país y crean obstáculos para la restitución de los derechos.

- El ocultamiento de expedientes (no encontrarlos en letra en reiteradas ocasiones mientras se procura la causa).
- Notificaciones que no llegan al domicilio de la víctima.
- Expedientes paralelos iniciados inaudita parte, del que no tiene conocimiento la adulta protectora.
- Designación de peritos *Ad-hoc* (existen nombres que se repiten en el mismo Juzgado) sin comunicación a las partes.
- Informes o pericias tenidas en cuenta por el juez, pero no agregadas en la causa.
- Coerción por medio de la fuerza pública para “garantizar” la presencia de niñas y niños en espacio de revinculación.
- Multas ante incumplimientos, embargos de sueldo, etc.

Cabe señalar que los obstáculos enumerados, y la dilatación del proceso judicial (cuya duración se extiende por años) genera una gran dificultad para sostener, tanto económica como operativamente (por el nivel de demanda que la tramitación de la causa civil exige), una representación legal estable, que pueda articular todas las presentaciones que se requieran. Al mismo tiempo, suele haber conflictos entre la autoridad judicial y los profesionales intervinientes, psicólogas, abogadas y trabajadores sociales, que atienden y defienden a las niñas y niños, respetando sus derechos y sus deseos, y creyendo en su palabra. Sólo para mencionarlo, el *backlash* o contraofensiva de los grupos conservadores erosiona la consolidación de nuevas prácticas, más respetuosas de los derechos humanos.

RECOMENDACIONES

- Garantizar el acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual en el fuero penal a través de la figura de abogada/o del niño para la querella.
- Arbitrar los medios para impulsar la unificación de los sistemas de información en materia Civil y Penal, a fin de potenciar un abordaje conjunto de lo actuado en ambos fueros.
- Promover el rol activo por parte de los asesores o defensores de incapaces a fin de impulsar la causa penal.
- Articular acciones a fin de revertir la alta tasa de archivo de causas penales de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes. A tal fin, se sugiere una mayor supervisión en su tramitación, prestando especial atención al despliegue de acciones y medidas en la investigación penal, aceleración de los plazos, escucha adecuada a la víctima (en Cámara Gessell y/o grabación, de acuerdo a protocolo).
- Promover la elevación a juicio de las causas de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes respetando los plazos establecidos.

- Garantizar la intervención eficaz e inmediata de los distintos organismos locales, en función de su competencia, en aquellos casos en los que no avancen las causas judiciales y las niñas, niños y adolescentes continúan conviviendo con el supuesto agresor.

C- Utilización de argumentos pseudocientíficos (SAP o todas las formas discursivas que sin nombrarlo remiten a ese constructo), que culpabilizan a la adulta protectora denunciante y a las niñas, niños y adolescentes.

Otra de las evidencias de la falta de justicia en el abordaje de este tipo de casos por parte de los operadores judiciales es la desestimación del relato de las niñas, niños y adolescentes a través del análisis de la verosimilitud de lo narrado por la víctima, partiendo de la premisa que la mayoría de las denuncias son falsas, desoyendo las denuncias de incesto que realizan las mamás de niñas, niños y adolescentes. Ante la imposibilidad de encontrar en el relato, claridad y pruebas que incriminen a los agresores, las causas penales se archivan, en ocasiones sin otras intervenciones, favoreciendo el avance de las solicitudes de comunicación por parte del agresor en sede civil.

Virginia Berlinerblau, médica forense de la Justicia Nacional, dice con claridad: *“¿Por qué se invoca un síndrome falso en la justicia? Porque obstruye la investigación al confundir y falsear datos, es un arma poderosa para minar la credibilidad de las madres que denuncian incesto paterno-filial, porque la ideología subyacente potencia simetrías –impide el acceso de las mujeres y de sus hijos e hijas al potenciar la desigualdad en cuanto al acceso a los tribunales–, perpetúa la inequidad al obstruir el acto de justicia. En definitiva, es un obstáculo en la búsqueda de la verdad”*³.

La principal dificultad que se observa en los fallos y medidas dispuestas en estos casos es la falta de registro de la desigualdad de poder dentro de las familias abordadas, que muchas veces se encuentran en denuncias de violencia familiar previas a los hechos de abuso sexual contra hijas o hijos.

Al respecto, en muchos casos en sede civil se relativiza esa desigualdad, invirtiendo incluso el rol de víctima hacia el progenitor denunciado, “rechazado” por la niña o niño abusado. En ese sentido, se observa con preocupación la realización de entrevistas conjuntas entre los progenitores, refiriéndose a “conflictivas vinculares” ante hechos que no son ni más ni menos que situaciones de violencia psicológica por parte del progenitor denunciado. Estas audiencias no sólo son revictimizantes para madres, niñas y niños, **sino que además potencian luego la extorsión o las amenazas hacia ellas/os y/o a la adulta protectora**. Se ordenan de manera coercitiva regímenes de comunicación entre el denunciado y las niñas y niños víctimas, y en los casos de incumplimiento por parte de la madre/adulta protectora, el juez civil en muchas ocasiones ordena el uso de la fuerza pública, así como el extremo de iniciar una causa por impedimento de contacto y revertir el cuidado personal de la niña o niño.

Del análisis de fallos y pericias técnicas en el marco de causas judiciales cuyas víctimas son niñas, niños y adolescentes que han padecido hechos de abuso sexual y/o violencia grave⁴, surge la

³ BERLINERBLAU, Virginia: Desafíos actuales en las prácticas judiciales de la niña, niño o adolescente en denuncias por presunto abuso sexual en la Argentina. Una responsabilidad colectiva, en Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas en la Argentina. UNICEF y ADC. Buenos Aires. 2015. Pág. 41.

⁴ EL ACOSO LEGAL EN LA NIÑEZ. Estrategias judiciales para la negación del abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Autor: Colección Investigaciones del Colectivo de Derechos

utilización de argumentos que relativizan o no convalidan la ocurrencia de los hechos, basándose en prejuicios e ideas discriminatorias y culpabilizadoras de aquellos que debieran ser protegidos. Este tipo de fundamentos se basan en una falacia carente de rigor científico, que aún persiste entre los operadores judiciales.

El Síndrome de Alienación Parental es una construcción pseudocientífica formulada en 1985 por Richard Gardner, psiquiatra estadounidense, cuyo argumento principal sostiene que gran parte de las denuncias de abuso sexual infantil realizadas por las madres (en general convivientes) no son ciertas. Entre sus argumentos más frecuentes, se encuentran el “lavado de cerebro” de las niñas, niños y adolescentes, encontrando en la palabra de las víctimas elementos atribuibles a un discurso adulto, “alienado”, co-construido (teoría de la co-construcción) por la adulta protectora e implantado por ésta en la memoria de las hijas e hijos.

En relación con la necesidad de remover obstáculos para que la voz de las niñas, niños y adolescentes sea debidamente tenida en cuenta, venimos señalando que: “El mismo Comité ha advertido que ‘El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 de la CDN hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños’⁵... Pero no es menos cierto que aún prevalecen muchos prejuicios en relación a la verosimilitud de los dichos de los niños, y es imperioso remover los obstáculos culturales que aún se mantienen en la sociedad en general y en el Poder Judicial en particular, basados en distintas teorías derivadas de aquella del “niño fabulador”, tales como el Síndrome de Alienación Parental y la co-construcción entre otros. Es por ello que, ya hace años, distintos especialistas vienen tratando de dismantelar estas supuestas teorías anticientíficas que terminan convirtiendo al derecho humano de los niños a ser oídos en meros actos formales. Los escuchamos, nadie puede negarlo, pero no les creemos nada, no conmueven sus palabras, ni siquiera a riesgo de poner en peligro su integridad física, psíquica y espiritual. En ese sentido, el reconocido Psicoanalista de Niños, Juan Carlos Volnovich ha escrito: ‘El llamado Síndrome de Alienación Parental no posee entidad científica médica, psiquiátrica o psicológica, al no estar reconocida por el DSM-IV, el CIE-10, la Organización Mundial de la Salud, las Asociaciones Profesionales de la Medicina, la Psiquiatría o la Psicología ni en los ámbitos académicos y universitarios reconocidos’ para concluir afirmando ‘Su utilización representa un ejercicio de mala praxis, que tiene consecuencias graves en el desarrollo psíquico de los menores afectados y constituye una grave afectación de sus Derechos Humanos’ La prestigiosa Psicoanalista Eva Giberti también cuestiona el aval que algunos jueces y comunicadores le dan al falso Síndrome de Alienación Parental conocido como SAP. Opina que ‘El SAP ha aparecido como estrategia para frenar el impulso que socialmente habían tomado los temas vinculados con el incesto y abuso sexual contra niños y niñas. Surge cuando se inician campañas contra tales delitos, sumadas a la aparición de grupos de madres que denunciaban. El feminismo lideró algunas de esas campañas... Pueden ser mujeres o varones que disfrutaban con el ejercicio de un poder que avasalla las narraciones de las niñas y adolescentes; suponen que es sencillo “lavarles el cerebro”, lo cual supone una afrenta a las víctimas’⁶. En su artículo: Un síndrome Inexistente, Graciela Mabel González, Co-directora del Departamento de Prevención de la Violencia de Género, Maltrato y Abuso Sexual Infantil de la Asociación de Psicólogos de Buenos Aires, lo denomina un “Ipse Dixit”, un axioma o postulado que explica una

de Infancia y Adolescencia; Mariana Inés Pérez; María Colombo; dirigido por Nora Pulido. Año: 2016.

⁵ Comité Derechos del niño. Observación General n° 12. Derecho del niño a ser escuchado. Art. 12 párrafo 2°.

⁶ Eva Giberti en reportaje el diario Pagina 12 (Domingo 17 de agosto de 2014).

ley sin fundamentos, que se afirma con certeza a pesar de no tener un fundamento real y verdadero, con lo cual constituye una retórica infundada. ‘...no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio’ dice el Comité sobre el derecho del niño a ser oído”⁷.

Por lo tanto, los testimonios de niñas, niños y adolescentes no son respetados, ni tenidos en cuenta al momento de ser oídos, ya que podrían haber sido influenciados por sus madres en contra de sus padres en situaciones de los otrora divorcios conflictivos, regímenes de comunicación, alimentos, cuidados personales, negando los hechos de violencia y/o el incesto denunciado, y dejando a las niñas, niños y adolescentes a merced de su victimario.

Por otra parte, este tipo de argumentaciones clausura la voz de las niñas y niños víctimas, niega su rol protagónico en materia de derechos, así como también los avances históricos sociales que los posiciona como sujetos activos en los procesos que los involucran.

Los argumentos del SAP, y aquellos que sin nombrarlo recogen sus prejuicios e invierten la carga de la denuncia sobre las madres denunciantes y sobre sus hijas e hijos víctimas, son utilizados en sedes judiciales civiles y de familia por peritos técnicos y jueces, aplicándose en infinidad de situaciones en las cuales niñas, niños y adolescentes rechazan al progenitor que identifican como agresor para obligarlos a vincularse con éste.

Lo mismo ocurre en sede penal. En relación con este proceso, Rozanski (2003) expresa *“Se trata de una inversión del razonamiento jurídico esperado y reglado por el sistema. En efecto, el mecanismo para arribar a una sentencia de certeza se podría sintetizar así: el juez, libre de preconcepciones, analiza la prueba producida y luego desarrolla su conclusión. En materia de delitos sexuales, en muchos casos, primero se toma íntimamente la decisión de lo que se quiere resolver, y luego se analiza la prueba para fundamentar la decisión –ya tomada–”*⁸.

Los argumentos que caracterizan al niño como “fabulador” o que le atribuyen un discurso “adulto”, “co-construido con otro”, son invocados ante denuncias contra los agresores, familiares directos o no, para invalidar las pruebas en su contra y desestimar el relato de las víctimas, en lugar de realizar una investigación exhaustiva de los hechos denunciados. Los informes periciales, muchas veces utilizan esta terminología, mencionan una “alianza” con la adulta protectora, hablan de “escenarios prestados”, discurso “programado” ante la repetición de los hechos, negando con ello la verosimilitud del relato.

Por último, una vez archivada la causa penal o sobreseído el imputado por falta de pruebas, aun habiendo sido apelado el fallo, el Juez Civil o de Familia puede ordenar una “terapia de revinculación”, “co-parentalidad” o “terapias de la coordinación de la parentalidad”, que remiten a la terapia de la amenaza planteada por el SAP, en la que el juez aparece como la “autoridad” que obliga a los participantes (víctima y victimario), así como a los profesionales intervinientes (formados desde esta perspectiva de SAP) a reanudar el vínculo filial, sin revisar los hechos ocurridos, sino “ordenando la vida futura”. El objeto de dicha terapia es “normalizar” los vínculos familiares, evaluar las capacidades de ambos progenitores (con un resultado previsto de antemano), para el cuidado de las niñas, niños y adolescentes, y finalmente doblegarlos a aceptar la negación de lo ocurrido.

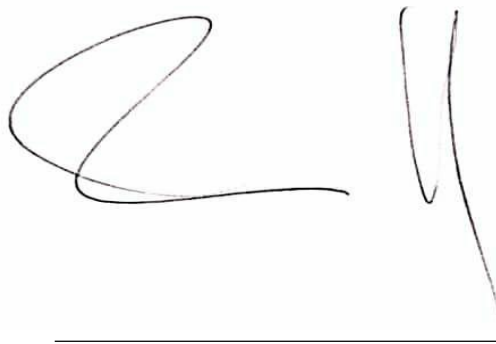
⁷ Comité Derechos del niño. Observación General n° 12. Derecho del niño a ser escuchado. Art. 12 párrafo 1°.

⁸ ROZANSKI, Carlos Alberto. Abuso sexual infantil ¿Denunciar o Silenciar? Ed. B Argentina SA. Buenos Aires. 2003. Pag. 213.

RECOMENDACIONES

- Escuchar y validar las denuncias de las progenitoras denunciantes, descartando argumentaciones basadas en teorías científicamente descalificadas como el falso Síndrome de Alienación Parental (SAP), la Co-construcción, el “lavado de cerebro” y otros similares.
- Tener en consideración e incorporar a las causas los informes de especialistas intervinientes.
- Monitorear las prácticas procesales de aquellos servicios denunciados ante los órganos de control, por actuaciones que no respeten los derechos de niñas, niños y adolescentes.
- Descartar argumentos discriminatorios y culpabilizadores contra niñas, niños y adolescentes en informes, pericias y sentencias.
- Articular con los órganos de protección de derechos a fin de integrar sus intervenciones e informes en los procesos judiciales implicados en la problemática. Si es ante un ámbito del sistema (salud, educación, etc) comunicarse con el familiar protector identificado por la niña, niño o adolescente.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10 de julio de 2020.



Marisa Graham

Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

RECOMENDACIÓN N° 4

Derogación del Decreto N° 70/2017 B.O. 30/01/2017

I. INTRODUCCIÓN

La Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Nación, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 55 inc. c) de la Ley 26061 y en el marco de las atribuciones y competencias que le han sido conferidas, efectúa la siguiente **RECOMENDACION** al Poder Ejecutivo Nacional **solicitando la derogación del Decreto N° 70/2017 B.O. 30/01/2017** (en adelante DNU 70) modificador de la Ley de Migraciones N° 25.871, en resguardo de los derechos de las niñas y los niños en contexto de migración.

Dentro de las funciones establecidas de esta Defensoría se encuentra específicamente la de promover y exigir el cumplimiento de las “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina del **Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas**”, aprobadas en el 78° período de sesiones del 14 de mayo a 1 de junio de 2018 y, tal como desarrollaré a continuación, dicho Comité **instó al Estado a que derogue el DNU 70/2017 a fin de que en los casos de migración, se respete el interés superior del niño.**

Asimismo, vale señalar que muchas organizaciones no gubernamentales con una extensa trayectoria en la lucha por la vigencia de los derechos de las personas migrantes acompañan este pedido de derogación, denunciando hace años recurrentemente las consecuencias gravosas de dicho decreto.¹

¹ Asociación de Congoleños de Argentina (ACDA), Asociación Civil Yanapacuna, Campaña Nacional Migrar no es Delito, Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Centro de Participación Popular Monseñor Enrique Angelelli, CineMigrante, Colectivo Para la Diversidad (COPADI), EsMiUBA, Facultad de Ciencias Sociales UBA, Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración – IARPIDI, Instituto de Justicia y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús, Junta Interna ATE DNM, Migrantes x Migrantes, MIRARES, Red de Migrantes y Refugiadxs, Red Nacional de Líderes Migrantes, Amnistía Internacional, Agrupación Xangó, ANDHES (Abogados y abogadas del NOA en Derechos Humanos y Estudios Sociales, Área de Migrantes) - Somos Barrio de Pie, Área Antropología, Universidad Pedagógica Nacional, Asociación Civil Colectividad Boliviana del Sur, Asociación Ecuaménica de Cuyo, Asociación de Ecuatorianos Residentes en Argentina, Bloque de Trabajadores Migrantes, Centro Cultural Nuestra América, Centro la amistad San Cayetano, Centro Integral de la Mujer Marcelina Meneses, Centro de estudios de lenguas y literaturas patagónicas y andinas (CELLPA), Colectivo Passarinho, Colectivo Migrantes y Exiliados/as Colombianos/as por la Paz MECoPa, Colombia Humana La Plata, ENPL Pueblo Adentro, Equipo de Investigación

Resulta difícil conseguir datos públicos sobre el impacto del decreto en cuestión, en relación con las expulsiones y la consiguiente vulneración al derecho de reunificación familiar, uno de los principales problemas que trae consigo dicha normativa. Sin embargo, del informe presentado por las ONGs al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en el año 2019, surge que *“Según informó la DNM a un pedido de acceso a la información de la Universidad Nacional de Lanús, en 2014 se dictaron 1760 órdenes de expulsión y en 2015 se dictaron 1908. A partir de la nueva gestión el número anual más que se duplica. En 2016 se dictaron 4565, en 2017 fueron 4336 y a septiembre de 2018 el total estaba en 4026 órdenes de expulsión. A su vez, las expulsiones efectivas en 2014 y 2015 sumaban un total de 26, en un promedio anual de 13 expulsiones. Entre 2016 y 2018, este número llegaba a un total de 258 – con un promedio 6 veces mayor, siendo que sólo a octubre de 2018 las expulsiones llegaron a 150 anual”*

ENCUADRE NORMATIVO

El marco normativo en el que debe situarse la política migratoria de un país democrático está dado, necesariamente, por el bloque normativo constitucional y convencional de los derechos humanos. Específicamente, dentro de los estándares internacionales, los principios impartidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 26.489 – Art. 75 inc. 22) y la protección integral resultan de aplicación imperativa y operativa para la niñez migrante. En ese marco, el sustento normativo general de esta recomendación se encuentra en los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante CDN– y su Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, las Observaciones General N°5, N° 6, N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación general

en Antropología y Procesos migratorios, ICA, FFyL, UBA, Equipo Migraciones CIDAC - FFyL – UBA, Espacio Plurinacional y Popular, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de la Patagonia (UNPSJB), Frente Migrante El Hormiguero, Fundación Germán Abdala, Frente Patria Migrante, generación EVO Argentina, Grupo Matamba de negras y afros Lbtttd, Grupo de estudios sobre migraciones, II, FCPyRRII, UNR, Instituto de Estudios Sociales y Políticos de la Patagonia (IESyPPat), Mesa de Migrantes de la Cámpora, Mesa Migrante Córdoba, Movimiento Afrocultural, Movimiento Migrante Plurinacional, Movimiento Teresa Rodríguez, Mujeres Fuertes Sma/Junín de los Andes, Núcleo de Estudios Migratorios, IDAES, UNSAM, Observatorio de adolescentes y jóvenes del IIGG-UBA, Pastoral de Migraciones de San Martín de los Andes, Programa Todas de la Dirección General de la Mujer de CABA, Programa Acompañamiento, Migrante/INTEGRAR Centro de Estudios y Desarrollo de Políticas Públicas, Red de Inmigrantes latinoamericanos, Trabajadores Migrantes CTA, Unión de Colectividades de Inmigrantes de Córdoba (UCIC).

conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002 y OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Ley 20061, la Ley 25871.

En este sentido, el marco que debe interpretarse y analizarse el decreto cuestionado exige tomar en cuenta, entre otras cosas, la Opinión Consultiva Nro 21 (OC 21) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que - a solicitud de varios Estados, entre ellos Argentina - se expidió acerca de las obligaciones que le caben a los Estados respecto a la niñez en contexto de migración a la luz de los pactos de derechos humanos. En esta, dicho tribunal claramente expresó en sus párrafos 68, 69 y 70 los principios rectores que deben regir en la materia: ***“Por todo lo expuesto, la Corte es de la opinión que, al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos², en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana. (69) Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral³: el principio de no discriminación⁴, el principio del interés superior de la niña***

² Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra, párr. 91. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, Conclusión sobre los niños en situación de riesgo, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.

³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

⁴ El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y de asegurar su aplicación a cada niña y niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, lo cual “exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales”. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), supra, párr. 12. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra, párr. 1.

o del niño⁵, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo⁶, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación⁷. Al interpretar las disposiciones traídas a consulta, la Corte también dará aplicación concreta a estos principios rectores en lo que resulte pertinente para responder cada pregunta e identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas y niños. (70) Por de pronto, es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño⁸. En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los

⁵ El párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial en todas las medidas que les conciernen. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶ El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho intrínseco de la niña y del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de la niña y del niño. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), *supra*, párr. 12.

⁷ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en “todos los asuntos que afectan al niño” y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), *supra*, párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 12: El derecho del niño a ser escuchado, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

⁸ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, punto decisivo segundo.

*procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta*⁹ (el destacado me pertenece).

En este contexto, resulta asimismo fundamental tomar nota que la justicia de nuestro país, a través de la Cámara Contenciosa Administrativo y Tributaria Federal, en el marco de un amparo colectivo¹⁰ presentado por varias organizaciones de derechos humanos, declaró la inconstitucionalidad del DNU 70.

Siendo este el marco en el que debe interpretarse y analizarse el decreto cuestionado, y dados los elementos que a continuación detallaremos, la Defensora de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la República Argentina recomienda la derogación del DNU 70 por cuanto dicha norma vulnera palmariamente la normativa nacional y convencional de los derechos humanos de niñas y niños. Como señalé, esto ha sido ponderado por diversas instancias del Sistema Universal de los Derechos Humanos, además del Comité de Derechos del Niño, se han expresado el Comité contra la Tortura y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, quienes recomendaron e instaron al Estado argentino la derogación de dicha norma.

II. LA LEY DE MIGRACIONES 25.871

En el año 2003 nuestro país sancionó la Ley de Migraciones N° 25.871, que trajo consigo un enfoque de derechos pautando intervenciones gubernamentales acorde a los lineamientos de derechos humanos, dejando atrás la ley sancionada por la última dictadura cívico militar de nuestro país (ley 22.439 del año 1981).

La ley 25.871 implicó un cambio sustancial y estructural respecto a la política migratoria reconociendo expresamente el derecho a la migración como derecho esencial e inalienable de la persona y, el deber de la República Argentina de garantizarlo sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (Art. 4).

Así, dicha ley en su artículo 3 establece como objetivo explícito el de ***“Fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos,***

⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, supra, párr. 123.

¹⁰ Centro de Estudios legales y sociales y otros C/ EN-DNM s/ Amparo ley 16.986. Expte 3061/2017

integración y movilidad de los migrantes”, en el mismo sentido su artículo 12 reza, “El Estado cumplimentará todo lo establecido en las convenciones internacionales y todas otras que establezcan derechos y obligaciones de los migrantes, que hubiesen sido debidamente ratificadas”.

III. EL SUJETO AFECTADO: LA NIÑEZ MIGRANTE

Las niñas y los niños, debido a su edad requieren de una protección especial (Art 19 CADH) protección que adquiere mayor relevancia por cuanto se suma en el caso de estas niñas y niños otro factor de vulnerabilidad tal como lo es encontrarse en situación de migración.

Esta circunstancia requiere por parte del Estado garante mayor esfuerzo para adoptar medidas adecuadas, efectivas y prioritarias que respeten plenamente sus derechos. Así, lo ordena la propia CDN en su artículo 4 cuando establece la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la CDN¹¹.

Es necesario, además, tener presente el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño que expresa *“De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Parte a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”.*

Por su parte, el artículo 22 de la CDN establece *“Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”.*

¹¹ Artículo 4 CDN -. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

En el mismo sentido, el artículo 5 de la ley 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece como responsabilidad gubernamental la de llevar adelante políticas públicas que **garanticen con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes**¹² y en su artículo 27 fija expresamente las garantías mínimas de procedimiento.

Asimismo, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, define claramente, “(3) *Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*” (el destacado me pertenece). Así expresa que “(4) *Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad*”.

La situación de vulnerabilidad a la que referimos también es tenida en cuenta por la Cámara Federal a la hora de analizar el DNU “(...) *debe observarse también que el colectivo al que se refieren estas modificaciones de la ley migratoria constituye un grupo vulnerable, en situación de inferioridad en cuanto al ejercicio real y efectivo de sus derechos. El decreto no hace más que perpetuar esta situación de sometimiento, respecto de todos los migrantes (...)*” (el destacado me pertenece).

IV. EL DNU 70

En este contexto, en el año 2017 se dictó el decreto de necesidad y urgencia N° 70 (BO 30/01/2017) el cual modificó sustancialmente el espíritu de dicha norma y trajo consigo

¹² Ley 26061 - ARTICULO 5° — RESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL. Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica: 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia; 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas; 3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice; 5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales.

procedimientos regresivos y vulneratorios de derechos y garantías, afectando seriamente el derecho a la igualdad, al acceso a la justicia, a la libertad y a la unificación familiar, ello en franca contradicción con lo normado por todo el corpus iuris internacional para la protección de los derechos humanos.

Tal como mencioné previamente, dicho decreto fue seriamente cuestionado en nuestro país como por el sistema internacional de los derechos humanos. Los tres comités, se expresaron de manera contundente concluyendo que el decreto estipula intervenciones incompatibles con los derechos humanos lo cual implica que dicha norma no solo vulnera los derechos de niños y niñas, sino que también pone en juego la responsabilidad internacional del Estado argentino por cuanto puede ser denunciado en el ámbito interamericano (CADH Art. 44 y subs.) y universal de derechos humanos.

a. SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DECRETO

El decreto en cuestión encierra evidentes vicios en su origen por cuanto no cumple con los requisitos legales que fija el Artículo 99.3 de la Constitución Nacional, ello dado que no se acreditan de modo alguno las circunstancias excepcionales – de necesidad y urgencia - que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos constitucionalmente para la sanción de las leyes.

Tal como señala nuestra Corte Suprema de Justicia, esta atribución del poder ejecutivo debe hacerse “**bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales**”¹³, presupuestos que no han sido cumplidos en este caso.

La norma no da cuenta de modo alguno cual sería la urgencia ni cuál la extrema necesidad para que el poder ejecutivo se atribuya la facultad de legislar, máxime sobre materias tan sensibles para los derechos humanos que requieren de un escrutinio estricto, como son las

¹³ “El art. 99, inciso 3° del texto constitucional es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo **condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales**, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, exigiendo así el constituyente, para el ejercicio válido de esta facultad de excepción -además de la debida consideración por parte del Poder Legislativo- que la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos, y que exista un estado de necesidad y urgencia, siendo atribución del Poder Judicial evaluar, en el caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos. -Del precedente “Consumidores Argentinos” -Voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni y voto concurrente de la juez Highton de Nolasco- (Fallos: 333:633), al que remite la Corte-.

vinculadas a políticas migratorias y la modificación de procedimientos que hacen al debido proceso.

Más aun, en los fundamentos utilizados para la sanción del decreto expresados a través de los considerandos, el ejecutivo aporta algunas cifras del Servicio Penitenciario Federal que, de manera sesgada y parcial, encierran una idea discriminatoria por cuanto se desliza a lo largo de toda su argumentación, un dejo de “peligrosidad” asociada a las personas migrantes y sus familias y la necesidad de garantizar la seguridad pública¹⁴.

Así, los fundamentos del decreto incorporan lo que se llama “categorías sospechosas”, que resultan incompatibles con un Estado de Derecho, en tanto atentan contra el principio de igualdad. En palabras de la Corte Interamericana de DD.HH (OC 18/03)¹⁵ ***“En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales (párrafo 103).”***

¹⁴ “En cambio, otros de los fundamentos del decreto presentan en forma sesgada las estadísticas disponibles de un modo que llevan a conclusiones inexactas (v. en tal sentido, el informe anual 2016 de la Procuración Penitenciaria de la Nación – “La situación de los derechos humanos en las cárceles federales en la Argentina”, Cap. VIII, apartado 4, pág. 453; disponible en el sitio: www.ppn.gov.ar; consultado en marzo de 2018). Este último organismo, que funciona en el ámbito del Congreso de la Nación, ha señalado que “el porcentaje de personas extranjeras en la Argentina se ha mantenido constante desde el año 2002, año en el que se han comenzado a publicar las estadísticas del SNEEP [Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena]. En el caso del SPF, se produjo un incremento en los primeros años, para luego mantenerse sin grandes oscilaciones en torno al 20% desde el año 2007. Entre los años 2008 y 2014 el porcentaje fluctuó entre el 19% y el 21%, solo en 2015 tuvo su pico máximo al llegar al 23%, *el cual descendió en 2016*” (v. informe anual cit., pág. 458; lo destacado no es del original). Cabe advertir que ese mismo informe señala que ha crecido en general la población carcelaria en la órbita del SPF (tanto nacionales como extranjeros). En otras palabras, pese a lo que se sostiene en el considerando 15 del decreto, en el sentido del aumento de la población extranjera en cárceles federales, el informe señala que *la población extranjera había disminuido en 2016*, conclusión que basa en estadísticas oficiales” Voto del Dr. Treacy en el Amparo colectivo citado.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003, SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS.

En síntesis, este DNU modifica regresiva e ilegítimamente la política migratoria del país, tanto desde su aspecto formal (mediante el dictado de un DNU) como desde su aspecto sustancial (establece un procedimiento nuevo que vulnera derechos fundamentales).

Vale señalar que aquí no se encuentra en discusión la facultad del Ejecutivo para dictar su propia política migratoria, pero sí los límites para su dictado y legitimidad. Así y tal como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “(...) *este Tribunal ha insistido en su jurisprudencia consultiva y contenciosa en el hecho de que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, **siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana.** En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. **Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados***¹⁶” (el destacado me pertenece).

b. SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS POR EL DNU 70

En cuanto al contenido del DNU si bien fue pormenorizadamente analizado por el fallo ya citado y por los tres Comités de seguimiento de tratados mencionados, cabe sintetizar aquí las principales modificaciones, a fin de obtener una cabal comprensión de mi recomendación para la derogación de éste.

Las modificaciones que el Decreto cuestionado efectúa a la ley de migraciones deben analizarse a la luz de los derechos fundamentales tales como son la libertad personal (Arts 5, 7 CADH), el acceso a la justicia y garantías judiciales (8 y 25 CADH) y la unidad familiar (Art.

¹⁶ OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 DE 19 DE AGOSTO DE 2014 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA ARGENTINA, LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY)

17, 22 y 19 CADH, Arts 3, 10 y 22 CDN). El DNU 70 restringe estos derechos de manera arbitraria e ilegítima en clara vulneraciones a los arts 1, 2 y 29 CADH.

El DNU 70 modifica sustancialmente el procedimiento aplicable para aquellas personas que quieran ingresar al país, creando un mecanismo para la expulsión denominado “procedimiento migratorio especial sumarísimo” (art. 69); modifica y deroga muchos de los artículos procedimentales que lejos de ser instrumentales afectan seriamente el debido proceso y acceso a la justicia; aumenta las causales de expulsión, de cancelación de residencias y/o impedimentos para ingresar al país (Arts. 29, 62) y extiende las medidas de privación de libertad.

Así, algunos de los aspectos más significativos del DNU 70 en términos de regresividad de derechos que vale la pena destacar son:

- i. Aumenta las causales de expulsión, de cancelación de residencias (art. 62) y de impedimentos (art . 29)
- ii. Crea un “procedimiento migratorio especial sumarísimo” para la expulsión que vulnera garantías judiciales por cuanto establece casi nulas posibilidades de defensa (restringe el acceso a la asistencia letrada, modifica modalidad de constitución de domicilio y tipo de notificación, coarta la revisión judicial y los recursos administrativos, establece plazos exigüos que torna ilusoria o inefectivo el derecho de defensa).
- iii. Modifica aspectos sustanciales de los procedimientos que restringen el derecho de defensa: la modalidad de notificaciones (art 54), modifica plazos (establece plazos inéditos e insólitos de tres días para recurrir (art. 69 ter) – la cual torna ilusoria la garantía de recursivo).
- iv. Restringe el acceso a la asistencia letrada (art 86).
- v. Limita la garantía de recursos en detrimento de lo señalado por la Corte IDH: “Los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la

determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio” (OC - 18/03 CIDH)¹⁷.

- vi. Privación de libertad, retención y detención (art 70): Habilita la detención y/o retención desde el inicio del procedimiento (incluso antes del dictado formal de la orden de expulsión), fija un plazo aún más extenso para la privación sin que sea necesario acreditar por parte de la Dirección Nacional de Migraciones cuestiones de excepcionalidad, estipula que la interposición de recursos suspende el plazo del cómputo de privación generando un mecanismo cuasi perverso (donde la persona debe elegir entre recurrir la decisión o reducir su tiempo de privación).

C. SOBRE LAS RESTRICCIONES PARA LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR

Entre los procedimientos regresivos que el DNU 70 incorpora, merece la pena destacar la restricción significativa que incorpora a los supuestos incluidos en el concepto de **“reunificación familiar”** para otorgar dispensas, por cuanto ello impacta directamente en los derechos de les niños migrantes.

El DNU 70 modificó el artículo 61: *“Cuando en los términos del párrafo precedente se invoque el derecho a la reunificación familiar, **deberá acreditarse la convivencia. A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobare que se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque**”*.

Esta valoración queda exclusivamente en manos de la administración por lo cual se torna unilateral y discrecional, máxime si se considera que su revisión judicial ha sido restringida ya que el DNU 70 agregó el artículo 62 bis, el cual no permite la dispensa judicial.

A esto se suma las modificaciones regresivas del sistema recursivo (expresamente se suprimieron los recursos administrativos de revisión y reconsideración, art 69 quinquies). Todo ello acota exponencialmente la posibilidad de que se puedan alegar cuestiones de unidad familiar y garantizar de este modo el derecho a la protección familiar y al niño o niña a vivir en familia (Art. 17 y 19 CADH, Arts 3, 10 y 22 CDN).

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003, SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Vale tener presente aquí lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para concluir que el procedimiento establecido no permite cumplir con los recursos establecidos por dicho Tribunal mediante la OC 21 ya citada:

*“Por consiguiente, es posible identificar que surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. No obstante, las exigencias del bienestar general no deben en forma alguna ser interpretada de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos. **A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática.**”*

En los párrafos subsiguientes, el tribunal analiza cada uno de los requisitos legales así expresa:

*“(...) **En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño.**”*

Específicamente, en lo que hace al **derecho a la vida familiar**, es necesario tener presente lo estipulado en la Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. En su párrafo 31 expresa:

*“Los Comités opinan también que, sobre la base del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, un enfoque global del derecho del niño a un entorno familiar en el contexto de la migración debe contemplar medidas encaminadas a que los padres puedan cumplir sus deberes relativos al desarrollo del niño. **Dado que una situación migratoria irregular de los niños o de sus padres puede constituir un obstáculo para alcanzar esos fines, los Estados deben facilitar canales migratorios regulares y no discriminatorios, y proporcionar mecanismos permanentes y accesibles a los niños y sus familias para que regularicen su situación migratoria a largo plazo o consigan permisos de residencia por razones tales como la unidad de la familia, las relaciones laborales, la integración social u otros motivos¹⁸**”* (el destacado me pertenece).

V. RECOMENDACIONES DEL SISTEMA UNIVERSAL DE LOS DDHH RESPECTO AL DNU 70

Distintos Comités del Sistema Universal de los Derechos Humanos han recomendado e instado al Estado argentino que derogue y deje sin efecto el DNU 70.

a) COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO

El informe del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas expresa lo siguiente respecto a los “Niños afectados por la migración” en su párrafo 3:

¹⁸ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

*El Comité considera preocupante que continúe aplicándose el Decreto de Necesidad y Urgencia núm. 70/2017, pese a ser considerado inconstitucional, **así como sus posibles efectos negativos sobre la unidad familiar y el interés superior de los niños migrantes.** El Comité insta al Estado parte a que derogue el Decreto núm. 70/2017, a fin de que, en los casos de migración, se respete el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, y se preserve la unidad familiar.*

b) **COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES.**

Este Comité en sus observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina expresa con la misma contundencia lo siguiente:

“C. Principales ámbitos de preocupación y recomendaciones:

1. Medidas generales de aplicación (arts. 73 and 84) Decreto No 70/2017 y legislaciones locales

*El Comité expresa su profunda preocupación por la promulgación y aplicación del Decreto N° 70/2017, a pesar de que fue declarado inconstitucional por la Cámara Contencioso Administrativo en marzo de 2018, que la misma sentencia incluye un control de convencionalidad y cumplimiento de obligaciones internacionales que tampoco cumple dicho Decreto y así como a pesar de que tanto este Comité como el Comité de los Derechos del Niño y el Comité Contra la Tortura han recomendado su derogatoria y la mención del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales motivando al Estado parte a eliminar las barreras de acceso a los derechos económicos sociales y culturales y facilitar la regularización migratoria de la población migrante. El Comité toma nota de la explicación del Estado parte de que todavía está pendiente en la Corte Suprema una decisión judicial definitiva sobre su inconstitucionalidad. **Sin embargo, le preocupan gravemente las consecuencias de la aplicación del procedimiento sumario de expulsión creado por el Decreto, y en particular por estar opuesto al contenido de la Convención, lo siguiente:***

- a) La limitación del recurso único ante la Dirección Nacional de Migración, que concentra poderes para resolver todos los casos de faltas administrativas migratorias;*
- b) El proceso de notificación y la poca fiabilidad de su entrega, que es aceptada como válida sin la firma de la parte afectada;*
- c) La reducción a tres días hábiles para presentar un recurso de revisión judicial, ante un único organismo como es la Comisión de Migración;*
- d) La posibilidad de ejecutar la orden de expulsión sin un protocolo para garantizar los derechos humanos del trabajador migrante y su familia, una vez que la apelación administrativa sea definitiva o se haya denegado;*
- e) La posibilidad de detener a una persona desde el inicio del procedimiento sumario de expulsión hasta su conclusión, sin considerar que ninguna persona puede ser privada de libertad por su situación migratoria;*
- f) El requisito de que las personas sujetas a expulsión demuestren sin lugar a dudas que carecen de recursos económicos para tener derecho a la asistencia letrada gratuita;*
- g) El ejercicio del derecho a la unidad familiar está sujeto a la prueba de la convivencia familiar y al "interés económico y afectivo demostrado por el migrante", determinado por las autoridades administrativas (artículos 29 y 62 del Decreto).*

El Comité insta al Estado parte a que adopte medidas inmediatas para derogar en la instancia pertinente el Decreto N° 70/2017 y en tanto este proceso concluye, suspender su aplicación. El Comité recomienda además que el Estado parte:

a) Adopte las medidas necesarias para que, en todos los procedimientos administrativos y judiciales, se garantice el respeto de las garantías procesales a las personas migrantes en pie de igualdad con los nacionales del Estado; ***b)*** A la luz de la Observación general N° 2 (2013) del Comité sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, el Comité recuerda que la detención administrativa sólo debe utilizarse como medida de último recurso, y recomienda que el Estado parte considere alternativas a la “retención” que actualmente se aplica a los migrantes; ***c)*** las Observaciones generales conjuntas Nos.

3 y 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares/No. 22 y 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos CMW/C/ARG/CO/2 4 humanos de los niños en el contexto de la migración internacional ,vele por que los niños migrantes y los niños argentinos, no sean separados de sus padres o de sus cuidadores primarios, así como no sean vulnerados sus derechos por una decisión administrativa sobre la situación migratoria de sus familiares; d) Vele por que las sanciones administrativas aplicadas a la entrada o permanencia en situación irregular sean proporcionadas y razonables, así como analizadas individualmente; e) Resuelva los casos de omisiones y errores administrativos sin afectar al trabajador migrante y su familia, de modo que las consecuencias de las decisiones negativas, erradas o tardías de los funcionarios públicos – en cualquier tiempo o administración de gobierno- no vayan en contra de los derechos de la persona migrante; f) Motive a la rehabilitación de las personas migrantes que han cumplido sus condenas por cometimientos de delitos, para que puedan reintegrarse a su familia cuando sus hijos están radicados en Argentina.”

c) EL COMITÉ CONTRA LA TORTURA

En la misma línea, el Comité contra la Tortura en las Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina adoptadas por el Comité en su sexagésima edición (18 de abril – 12 de mayo 2017) refiere:

“El Comité muestra su inquietud ante informaciones que señalan el rechazo en frontera de personas migrantes, incluyendo de grupos familiares, sin poder recurrir la decisión o acceder a asistencia letrada. Asimismo, le preocupa la reciente sanción del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 70/2017, que deroga parte de las garantías de la Ley 25.871 de Migraciones e introduce un procedimiento de expulsión de migrantes sumarísimo que reduce drásticamente los plazos para recurrir la expulsión. Pese a la posición de la delegación estatal de que dicho Decreto respeta las garantías del debido proceso, el Comité observa que el Decreto exige a la persona sujeta a expulsión que acredite de forma fehaciente la falta de medios económicos al solicitar la asistencia jurídica gratuita, dificultando por ello su acceso. El Decreto habilita además la retención preventiva de migrantes desde el inicio del procedimiento sumarísimo hasta su expulsión, que podría extenderse a 60 días, sin tomar en

consideración medidas menos coercitivas ni el riesgo de fuga de la persona en cuestión (art. 3).

Así en su párrafo 34 concluye “*El Estado parte debe: b) Derogar o enmendar las disposiciones del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 70/2017 con el fin de que las personas sujetas a expulsión puedan disponer del tiempo suficiente para recurrir la misma a nivel administrativo y judicial y accedan a asistencia jurídica gratuita inmediata durante el proceso de expulsión en todas las instancias;*”

En razón de las consideraciones efectuadas precedentemente y de las recomendaciones del sistema regional e internacional de protección de los derechos humanos la Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la República Argentina **RECOMIENDA:**

1. Se derogue el Decreto 70/17,
2. Se suspenda la resolución de nuevas órdenes de expulsión y de detención en trámite en virtud de dicha normativa y que las mismas sean revisadas a la luz de la ley 25871.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6 de octubre de 2020



Marisa Graham
Defensora de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes

RECOMENDACIÓN N° 5

Conectividad educativa y promoción de entornos digitales seguros para niñas, niños y adolescentes

Octubre 2020

I. INTRODUCCIÓN

La Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Nación, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 55 inc. c) de la Ley 26061 y en el marco de las atribuciones y competencias que le han sido conferidas, en pos de garantizar el ejercicio del derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes en igualdad de condiciones, efectúa la siguiente **RECOMENDACION destinadas a resolver los problemas de conectividad y acceso a las tecnologías de manera segura, para garantizar el contacto con la escuela en las diversas etapas del ASPO/DISPO, durante el regreso a clases y en la pos-pandemia.**

Dentro de las funciones establecidas de esta Defensoría se encuentra la de promover y exigir medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la educación de niños niñas y adolescentes. En este contexto de pandemia y ante el cierre total y simultáneo de todas las escuelas del país y en más de 185 países del mundo, es necesario considerar la conectividad a internet y los dispositivos para poder realizarla, como un servicio básico. Mientras las autoridades sanitarias y de educación resuelven la forma de retomar la presencialidad de las clases, los Estados deben promover acciones tendientes a resolver los problemas de conectividad que requieren soluciones urgentes para la garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El uso de las tecnologías digitales puede ser una oportunidad para democratizar el acceso a derechos, como ser la educación, el juego, la participación y protagonismo, o bien su distribución deficitaria puede profundizar las brechas de desigualdad.

De tal forma son los Estados quienes deben trabajar para garantizarlo y especialmente para los hogares donde viven niños, niñas y adolescentes en edad escolar, porque de esto depende en gran parte la continuidad pedagógica y el lazo socioeducativo irremplazable que la escuela brinda, ya sea al abrir sus puertas como al llegar, virtualmente a las casas de los niños, niñas y adolescentes.

Los diferentes relevamientos realizados en nuestro país señalan un déficit de conectividad tanto de los hogares donde viven los niños, niñas y adolescentes, como sus docentes y en los establecimientos educativos. Si bien la conectividad no agota las acciones necesarias para mantener un vínculo socioeducativo entre los niños, niñas y adolescentes y la escuela, es en este contexto una condición sustancial para brindarle a la comunidad educativa herramientas mínimas mientras no puedan superarse aun las etapas de ASPO y DISPO en cada región del país. Del mismo modo resolver los problemas de conectividad permitirán un mejor desempeño de educación en formato bimodal o similar, que pueda ser necesario enfrentar como parte de la salida de la pandemia. Del mismo modo la utilización de la tecnología ya forma parte

indisoluble de la educación en nuestro país y el mundo y es necesario trabajar en su acceso para toda la población de niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, el cierre de escuelas y las medidas de ASPO provocaron que cada vez más familias, dependan de las soluciones digitales para que niñas, niños y adolescentes tengan contacto con la escuela y aprendan, pero además para su socialización con pares. Sin embargo, no todas las niñas, niños y adolescentes, ni los adultos que los contienen, forman y cuidan tienen los conocimientos, las aptitudes y los recursos necesarios para mantenerse seguros en el territorio “on line”. Pasar más tiempo en las plataformas virtuales puede exponerlos en mayor medida a las distintas formas de violencia infantil digital, ya que los adultos que ejercen este tipo de violencias buscan aprovecharse de la situación creada por la pandemia, así como la falta de contacto personal con sus pares puede llevar a que asuman mayores riesgos, como el envío de imágenes sexualizadas. Por su parte, el tiempo sin estructurar que pasan en internet los puede exponer a contenidos potencialmente dañinos y violentos, así como a un mayor riesgo de sufrir ciberacoso entre pares¹.

De tal modo las nuevas formas de maltrato y violencia, que la exposición cada vez más frecuente a las pantallas, implica es también un tema de preocupación para esta Defensoría. En tal sentido la presente recomendación también ofrece un breve diagnóstico necesario para guiar acciones que garanticen las nuevas formas de cuidados que esta situación requiere².

II.- LA CONECTIVIDAD EDUCATIVA EN NÚMEROS

En la situación de ASPO que afectó a la totalidad de la población escolar de nuestro país de forma directa desde mediados de marzo 2020, se evidenciaron desigualdades en el acceso a las tecnológicas y conectividad en las diferentes zonas geográficas. Según las estadísticas del INDEC para el cuarto trimestre de 2019, el 39% de los hogares de los 31 aglomerados urbanos del país no cuenta con una computadora y el 17,1 % no tiene acceso a internet³. En los conurbanos de las grandes ciudades, un 47,7% de quienes tienen entre 5 y 17 años no tienen acceso a servicios de internet en sus viviendas⁴.

En la actualidad y según datos de la “Encuesta de Percepción y Actitudes de la Población. Impacto de la pandemia y las medidas adoptadas por el gobierno sobre la vida cotidiana de niñas, niños y adolescentes” (UNICEF, 2020)⁵, el 18% de las/os niñas/os y adolescentes de entre 13 y 17 años no cuenta en el hogar con señal de wifi o conexión de internet, y el 37% no cuenta en el hogar con al menos una computadora (Tablet, PC, netbook, etc.)⁶.

¹ UNICEF, “COVID-19 and its implications for protecting children online”, abril 2020, https://www.unicef.org/documents/covid-19-and-implications-protecting-children-online?utm_campaign=coronavirus&utm_source=referral&utm_medium=media-

² A este respecto, el avance con media sanción en el senado de la Nación de la “Ley Mica Ortega”, con el consenso de todas las fuerzas política da cuenta del compromiso de la dirigencia con estas nuevas formas a las que es imprescindible abordar desde el Estado.

³ INDEC. Servicios Vol. 4 Nro. 7. Acceso a Internet. Primer Trimestre 2020.

⁴ Fuente EDSA-UCA-2018

⁵ Encuesta rápida realizada por UNICEF en el marco del acuerdo de cooperación para la implementación de la Encuesta MICS con el Ministerio de Desarrollo Social y el Consejo de Coordinación de Políticas Sociales.

⁶ Datos sobre una base de 1.600.597 entrevistados a nivel país.

Según datos elaborados y difundidos por la Fundación Voz sobre la problemática de conectividad el promedio nacional es que el 50% de los hogares posee internet y el 65% de las escuelas lo hace. Es decir que al menos necesitaríamos conectar 5.000.000 de hogares y 16.500 escuelas.⁷

Reconociendo el esfuerzo del gobierno nacional para generar acciones positivas en el tema (informadas en el informe nro. 126 del Jefe de Gabinete de Ministros al Congreso), preocupan las acciones inmediatas que hay que reforzar para la importante cantidad de niñas, niños y adolescentes que, según las propias cifras oficiales, no tienen conectividad. Estas acciones se vuelven impostergables considerando incluso las dificultades del regreso a clases presenciales que se han experimentado en las jurisdicciones que han intentado avanzar en este sentido.

Con relación a la continuidad pedagógica es imprescindible hablar de **conectividad**, lo cual queda reafirmado por los datos de la Encuesta Nacional del Ministerio de Educación (ME) citada anteriormente, en cuyos resultados preliminares se indica que la continuidad pedagógica se dio a través de variados medios, entre los que se destacan aquellos que requieren de conectividad tanto a internet como a antenas de telefonía celular. La plataforma por excelencia utilizada para el contacto entre docente y alumnos/as es el **WhatsApp a través de teléfonos celulares (91% en el nivel inicial y 90% en el primario y secundario)**, seguida por mensajes de textos y correos electrónicos, siendo que en la escuela secundaria en particular es elevado el uso de plataformas educativas, tal es el caso de Google Classroom, Edmodo, Fígaro, etc. utilizadas en un 62% de los casos.

El informe preliminar de la encuesta de hogares realizada por ME-UNICEF también destaca que **menos de la mitad de los hogares** cuentan con acceso fijo de Internet de buena calidad en la señal, **3 de cada 10 de hogares no tiene acceso fijo a Internet**: 27% accede solo por celular y 3% no tiene internet de ningún tipo. El **53% no cuenta con una computadora liberada para uso educativo**. Además, el piso tecnológico de los hogares que asisten a escuelas del sector privado duplica al de los que asisten al sector estatal.

La **falta de conectividad** también se marcó por parte de **docentes y equipos directivos**, quienes señalaron problemas en las condiciones de acceso a recursos tecnológicos: **79% indicó que las y los directores y docentes tenían limitaciones de conectividad** y un 66% identificó problemas con el equipamiento.

Respecto a las acciones tomadas por parte del Gobierno Nacional para resolver la **continuidad pedagógica** en aquellos lugares donde no hay conectividad, el Informe de Jefe de Gabinete de Ministros anunció en el informe Nro. 126, brindado al Congreso el 30 de julio pasado, acciones alternativas sobre todo a través del Programa Seguimos Educando que consta de programas radiales, TV y entrega de cuadernillos. Por su parte, la encuesta del ME revela también que el 41% de los hogares de los hogares de menores ingresos utilizaron los cuadernillos de Seguimos Educando, mientras que el porcentaje fue del 18% en hogares con ingresos más altos.⁸

⁷ Fundación Voz. INFORME SOBRE CONECTIVIDAD (vs 1.1) agosto 2020

⁸ El dato público es referido al uso de cuadernillos dentro de Seguimos Educando, sin darse a conocer si el uso de plataforma de TV y radio se mantuvo en ese mismo porcentaje.

Analizando la situación previa a la pandemia, a la luz de estos datos actuales, y reconociendo los esfuerzos realizados por el Gobierno Nacional (e incluso el Plan de conectividad Juana Manso⁹ presentado el 20 de Agosto), es imperioso **actuar de forma inmediata en resolver el acceso a internet**, así como atender la necesaria **gratuidad de los datos de telefónica celular para los hogares con niñas, niños y adolescentes hasta tanto se resuelva de forma estructural el déficit de conexión**. Es necesario evitar que la desconexión o la conexión intermitente de los adolescentes con la escuela en estos meses se convierta en abandono, así como para garantizar un tipo de educación bimodal como la propuesta en la salida del ASPO, es imprescindible actuar de inmediato en este punto, previendo las redes de conectividad en escuelas, hogares, así como los dispositivos necesarios por alumnos/as y docentes para llevar adelante la actividad.

III.- CALIDAD EDUCATIVA

El sistema educativo tuvo que salir a responder implementando propuestas y la educación a distancia fue la salida de emergencia. Sin tiempo para planificar ni desarrollar contenidos específicos para los entornos virtuales, docentes acostumbrados al escenario áulico y plataformas virtuales diseñadas como complemento a la presencialidad debieron, en pocos días, ver invertida la regularidad y transformar las clases a una modalidad virtual.

Este nuevo escenario para alumnos/as y docentes, plantea una serie de interrogantes vinculados a diferentes cuestiones (la accesibilidad, la adecuación y calidad de contenidos, el acceso a los contenidos, las herramientas utilizadas, la relación docente alumnos/as, cantidad de tiempo dedicado al estudio, la cantidad de tiempo y las modalidades con las que los docentes preparan sus clases,, el rendimiento académico de los alumnos/as, entre otras) y pone de manifiesto la necesidad de una formación docente, que permita una innovación metodológica, que garantice la calidad educativa.

IV.- LA VIRTUALIDAD Y LAS VIOLENCIAS

La situación de pandemia ha agravado todas las formas de las violencias sobre los niños, niñas y adolescentes, en particular sobre las vinculadas a los entornos digitales requieren un seguimiento que brinde datos actualizados.

El Informe “Estado Mundial de la Infancia 2017, Niños y niñas en un Mundo Digital”¹⁰ que elaboró UNICEF reveló que los jóvenes de 15 a 24 años conforman el grupo de edad más conectado y que en todo el mundo, el 71% está en línea en comparación con el 48% de la población total. Asimismo, los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años representan aproximadamente uno de cada tres usuarios de internet en todo el mundo.

Argentina Cibersegura¹¹ relevó datos sobre el impacto del *grooming* en la Argentina para el 2017: más del 14% de los docentes señala que hubo un caso en su escuela y un 35% desconoce el tema. Por otro lado, el 60% de los niños afirmó haber recibido una solicitud de

⁹El Ministerio de Educación de la Nación, en articulación con las provincias y a través de Educ.ar Sociedad del Estado, lanzó la primera etapa de la plataforma educativa federal Juana Manso que permite vincular a alumnas, alumnos y docentes mediante aulas virtuales gratuitas con contenidos abiertos y multimedia para los niveles primario y secundario. www.juanamanso.edu.ar

¹⁰ https://www.unicef.org/spanish/publications/files/SOWC_2017_SP.pdf

¹¹ <https://www.argentinacibersegura.org/>

contacto por parte de desconocidos, 1 de cada 3 dijo haber vivido una situación incómoda en la web y el 37% aseveró que sus padres no están al tanto de los perfiles que utilizan en las redes sociales, según datos de la encuesta realizada por la ONG. En esta línea, para el 68,3% de los adultos el *grooming* es una amenaza muy frecuente y el 26,3% confirmó conocer a un niño que ha sido víctima de este delito. De estos menores, un 52,9% tiene entre 11 y 15 años, y un 33,7% entre 7 y 10. Adicionalmente, los datos arrojados por la encuesta “Los docentes y el uso de la tecnología con los chicos” realizada por la misma ONG en 2017 revelan que 4 de cada 10 de los educadores entrevistados considera que no cuenta con las herramientas necesarias para poder trabajar en la prevención de la problemática.

Por su parte, la Unidad Fiscal Especializada en Delitos Informáticos (Ufedyci) de la Ciudad de Buenos Aires, reveló que los reportes de producción y distribución de imágenes de explotación sexual infantil a nivel nacional aumentaron de marzo a abril (los dos primeros meses de cuarentena) en un 76% y los casos de *grooming*, difusión de imágenes íntimas sin autorización, hostigamiento digital y suplantación de identidad aumentaron más del doble¹².

A su vez, según informó el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires (MPT), las denuncias por casos de *Grooming* y por publicaciones de imágenes y videos que contienen abusos sexuales contra niños, niñas y adolescentes aumentaron en un 30% y según las estadísticas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el *grooming* constituye la tercera forma de violencia contra niños y niñas¹³.

El tema de las violencias digitales forma parte también de la agenda legislativa, al respecto cuenta con media sanción del Senado la Ley “Mica Ortega” que propone la creación del Programa Nacional de Prevención y Concientización del *Grooming* o Ciberacoso contra Niñas, Niños y Adolescentes. Este proyecto si bien es el más avanzado no es el único presentado. A la fecha existen más de 10 proyectos entre ambas Cámaras con estado parlamentario, que van desde la solicitud de endurecimiento de las penas ya existentes en el Código Penal, a la solicitud de incorporación en los programas educativos de este y otros temas similares (como *ciberbullying*) y la capacitación a docentes y adultos para la identificación de esta problemática y contención de niñas, niños y adolescentes expuestos a esto.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en sus últimas recomendaciones al Estado argentino del 2018 solicitó reconocer la importancia de los medios digitales, ampliar el acceso de niñas y niños a Internet y adoptar medidas para protegerles ante los riesgos en línea. Otra exigencia es que haya datos e información para el diseño de políticas públicas.

Asimismo, el Comité ha anunciado que el próximo Comentario General (N°25) será sobre derechos del niño en relación con el entorno digital. Todas estas cuestiones requieren una política pública de articulación de los distintas instituciones que velan tanto por la protección de los derechos en el entorno digital como aquellas destinadas a las protección de los derechos

¹² Ver fundamentos Proyecto de Ley “Mica Ortega”

<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/ordenDelDiaResultadoLink/2020/95>

¹³ Estadísticas del Programa “Las víctimas contra las violencias”- 2018/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

de niñas, niños y adolescentes tanto del poder ejecutivo como del poder judicial, lo que se ha denominado “Ruta de Protección de Derechos de Niños y Niñas en Entornos Digitales”¹⁴

En razón de las consideraciones efectuadas, **la Defensora de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la República Argentina RECOMIENDA:**

1. Medidas propuestas para resolver los problemas de conectividad y acceso a las tecnologías, en busca de garantizar el contacto con la escuela.

- a. Analizar la utilización del Fondo Fiduciario de Servicio Universal (FSU), que administra el ENACOM para financiar el cierre de las brechas de las desigualdades en conectividad. El FSU está integrado con los aportes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, quienes deben brindar el uno por ciento (1%) de la totalidad de los ingresos devengados por su prestación, netos de los impuestos y tasas que los graven.
- b. Mantener y acelerar los programas destinados a extender la conectividad (fija y móvil) de hogares y escuelas de todo el país, asegurando las repetidoras de wifi allí donde la inversión para conectividad fija requerirá el despliegue de infraestructura que no estará disponible en el corto plazo, contemplando las inversiones necesarias en los lugares donde la conectividad solo puede darse a través de la telefonía celular, como como los territorios donde habitan las poblaciones indígenas, con graves problemas de acceso a múltiples derechos básicos.
- c. Asegurar que los teléfonos celulares cuyos titulares tengan niñas, niños y adolescentes a cargo puedan acceder a datos gratuitos e ilimitados. Esto permitiría facilitar la conexión en todas las plataformas utilizadas por docentes, especialmente vía WhatsApp, dado que es la vía más utilizada (91% en el nivel inicial y 90% en el primario y secundario) según el relevamiento del Ministerio de Educación. Esta liberación de datos, debería ser escalonada, comenzando en primer lugar por los titulares de líneas beneficiarios de la AUH. La distribución de “tarjetas telefónicas” con datos debería tenerse como una de las alternativas posibles en lo inmediato.
- d. Fortalecer la implementación del Plan Federal Juana Manso, del Ministerio de Educación, estableciendo criterios de priorización para hogares con NNYA con dificultades para el acceso a la continuidad educativa virtual.

2. Relevar y contactar los hogares con niñas, niños y adolescentes que perdieron vínculo con la escuela a fin de proveer conectividad y retomar el lazo socioeducativo mediante la articulación de diversos organismos públicos y comunitarios de inserción territorial, con centralidad en las escuelas con el objetivo de:

- a. Identificar nominalmente a quienes no tienen dispositivos para uso escolar.
- b. Mantener y acelerar los planes nacionales y provinciales tanto de entrega de dispositivos para uso en sus hogares de niñas, niños y adolescentes, así como a los

¹⁴ <https://www.chicos.net/alfabetizacion-digital/semana-la-ciudadania-la-alfabetizacion-digital-2018/>

docentes, como parte de la continuidad educativa en general acordada con el Ministerio de Educación de la Nación.

- c. Propiciar un diálogo permanente entre las provincias para conocer las experiencias jurisdiccionales y lograr un circuito que retroalimente las acciones que han arrojado resultados positivos en cada territorio, en función de la garantía de derechos de la educación de niñas, niños y adolescentes en contexto de ASPO/DISPO y vuelta a la escuela donde esto esté resultando posible.

3. Prevenir las formas de violencia a las que niñas, niños y adolescentes pueden exponerse utilizando internet y mejorar los mecanismos de protección de sus derechos, a través de:

- a. Fortalecer el debate legislativo de proyectos para regular las sanciones contra las violencias digitales a las que son expuestos los niños, niñas y adolescentes, escuchando las voces de organizaciones públicas y sociales especializadas en la materia.
- b. Realizar campañas de información y capacitación en el uso de las tecnologías para que el mundo adulto acompañe a niñas, niños, y adolescentes tanto en el uso lúdico como pedagógico.
- c. Promover la participación de niñas, niñas y adolescentes en el armado de proyectos, campañas y acciones destinadas a garantizar derechos en y a través del uso de la tecnología digital.
- d. Impulsar una política pública de articulación de las distintas instituciones que velan tanto por la protección de los derechos en el entorno digital como aquellas destinadas a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes tanto del poder ejecutivo como del poder judicial a fin de identificar los recursos de prevención y los canales de ayuda y denuncia existentes cuando se producen vulneraciones de derechos.



Marisa Graham
Defensora de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes

RECOMENDACIÓN N° 6

FUNCION DE LAS FAMILIAS DE ACOGIMIENTO. ADOPCIÓN. INTERES SUPERIOR DE NIÑAS Y NIÑOS.

RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS Y DE LOS PODERES JUDICIALES.

Abril 2021

Introducción

Por mandato convencional y constitucional, toda separación de una niña o un niño de su familia, es una medida excepcional, limitada en el tiempo y sujeta a contralor judicial, debiendo los organismos competentes desplegar estrategias conducentes a la re vinculación familiar, pues el lugar propio para el crecimiento, desarrollo y formación de un niño es su familia de origen, conforme lo reconoce el Preámbulo y los artículos 3, 5, 8, 9, 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño; la ley 26.061 en sus artículos 3, 7, 11; el Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 634, 635, 636, 607, 607 inc. 8. Es un derecho constitucional de la niña o niño y también de sus progenitores, que los organismos del Estado orienten sus intervenciones hacia ese objetivo, el de lograr el retorno a la familia de origen, y solo cuándo ese objetivo sea imposible, cabe dar lugar a la búsqueda de una familia adoptiva.

Tal como está previsto normativamente, toda medida de protección excepcional (de última ratio) es sometida al control de legalidad, que realiza el poder judicial del fuero de familia, garante de que se ha respetado el debido procedimiento administrativo y los derechos del niña, niño o adolescentes, en particular su derecho a conocer, vivir y ser criado por su familia de origen (artículos 39 y subsiguientes de la ley 26.061). Dentro de dicho control de legalidad, están legitimados para accionar, administrativa y judicialmente, la niña, el niño, o adolescente, su familia biológica, el organismo de protección y los/as abogados/as del niño, defensores o asesores de menores e incapaces y eventualmente tutores oficiales o *ad litem*, que representan los intereses de niñas, niños y adolescente.

Los organismos de protección de derechos de las distintas jurisdicciones del país cuentan, en general - para el cuidado temporal de la niñez alcanzada por una medida de protección

excepcional por la que se encuentran separados transitoriamente de su grupo familiar-, con dos tipos de instituciones de cuidado: una de modalidad residencial (públicas o privadas) y otra de modalidad familiar, todas sostenidas o subsidiadas por el Estado en sus diversos niveles.

En tanto los equipos especializados de dichos organismos trabajan – o debieran hacerlo- en un proyecto con las familias removiéndolas las causas que dieron lugar a la separación (artículo 39 y 40 de la ley 26061). Solo cuando esto no resulta posible, se debe abrir la mirada hacia un proyecto de adopción, a fin de que las niñas, niños o adolescentes puedan ver restituidos sus derechos en el ámbito de una familia adoptiva debidamente inscripta y que viene preparándose para ello, a veces hace largo tiempo, en los registros de aspirantes a guarda con fines adoptivos de cada jurisdicción. Todo ello respetando a cabalidad lo establecido en el código Civil y Comercial de la Nación, en su Libro Segundo, Título VI.

De esta manera, tanto los dispositivos de cuidados familiares como los dispositivos de cuidados residenciales asumen la responsabilidad del acompañamiento de niñas y niños hasta que se restituya su derecho a vivir con su familia, y en caso de no ser posible, con una familia adoptiva, recuperando el derecho a vivir en familia.

Durante el tiempo que duren las medidas de este tipo resulta fundamental mantener una claridad conceptual respecto al contenido del proceso que la misma conlleva, al menos, en dos sentidos: por un lado, que el proceso debe orientarse fundamentalmente al trabajo con la familia de origen y por otro lado, que el mismo debe colocar a la niña o niño en el centro, su voz y su opinión en la medida que su autonomía progresiva así lo permita. En el marco de que las instituciones de cuidado de modalidad residencial o familiar, crían y cuidan a las niñas, niños y adolescentes para que los mismos vuelvan con sus familias de origen, lo que sucede en un altísimo porcentaje¹ o bien para una familia por adopción, están sujetas a ciertas obligaciones, siendo la primordial el deber de promover y facilitar la vinculación de niñas y niños con su familia de origen o con su familia adoptiva, esta última solo en el caso de que aquella opción constitucional no sea factible, acompañándolas/los en esta espera activa.

¹ SENAF – UNICEF (2011) *Situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la república argentina relevamiento nacional y propuestas para la promoción y el fortalecimiento del derecho a la convivencia familiar y comunitaria* (2011).
SENAF – UNICEF (2014) *Situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la república argentina relevamiento nacional*.

Atento lo dicho hasta aquí, resulta esencial que las familias de acogimiento - como modalidad de cuidado - estén debidamente preparadas para afrontar esta tarea de preparar a aquellos que cuidan para el momento del reencuentro con su familia o la integración a una nueva familia, para ello deben ser acompañadas y supervisadas de manera rigurosa, adecuada y permanente por los organismos de protección de derechos. Como contrapartida de dicha obligación el organismo de protección debe capacitar y formar a estos/as adultos/as, evaluarlos/as y aprobarlos/as recién cuando estén seguros que cuentan con los recursos y aptitud especial y suficiente que requiere esta modalidad. Resulta crucial la función del organismo en la preparación, selección y control posterior de las familias por cuanto la función del cuidado es una tarea muy particular, compleja y sumamente sensible ya que se trata de cuidar y acompañar a niñas y niños en una etapa de su vida. Las familias de tránsito deben colaborar para que las familias de origen puedan recuperar el ejercicio de su responsabilidad parental o del cuidado familiar de algún miembro de su familia de origen o bien acompañarlos para su inclusión en una nueva familia. Es importante destacar que las familias transitorias o de acogimiento no sustituyen ni remplazan a la familia de origen (es por ello que hace ya años que se ha suprimido la denominación de familias sustitutas) ni suprimen sus roles y sus identificaciones, y que nunca podrán convertirse en un obstáculo frente a una re-vinculación o una adopción.

Sobre las familias de acogimiento como recurso de alojamiento

Formar parte de un programa de cuidados familiares transitorios exige conocimiento y comprensión del denominado Sistema de Protección de Derechos, y por lo tanto dichas familias deben asumir la obligación, como integrantes del sistema, de garantizar que niñas y niños puedan acceder adecuadamente a la restitución de sus derechos: *“es preciso determinar los criterios teóricos y prácticos de la actuación de las instituciones, sus objetivos y propuestas de la intervención, y establecer estándares de acogimiento para garantizar la calidad y las condiciones propicias para el desarrollo del niño”*².

El cuidado afectivo y material de niñas y niños –en estas situaciones- es una función comunitaria vinculada a la obligación del Estado de garantizar los derechos convencionales y constitucionales de niñas y niños y su familia de origen o adoptiva. Salirse del sistema

² UNICEF LACRO. La situación de los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado en América Latina y el Caribe, 2013.

podría vulnerar la posibilidad al acceso postulantes a guardas con fines adoptivos, las que han evidenciado su deseo de adoptar y que están en mejores condiciones para la crianza y desarrollo de las niñas y niños.

Por ello, es fundamental que los organismos administrativos, si van a adoptar en su jurisdicción la institucionalización de niñas, niños y adolescentes en la modalidad, realicen la convocatoria de las familias de manera extremadamente cuidadosa. Si bien es común apelar a la solidaridad y al amor, debe resaltarse que se asume un compromiso con las infancias adhiriendo a las pautas que para la función debe exigir cada jurisdicción, siendo esta una función insustituible del estado a través de los organismos de protección de derechos. Se apela a la responsabilidad civil pero no se convoca a una función benéfica o de caridad, pues en la corresponsabilidad somos iguales y no benefactores, actuamos para proteger a sujetos de derecho que necesitan acompañamiento en un momento muy especial de sus vidas y que son los protagonistas del sistema, respetando los derechos de sus progenitores y familia ampliada y, en su caso, a la familia que está en condiciones de adoptar. En este punto, alertamos sobre los peligros de tercerizar la tarea de seleccionar familias de acogimiento en organizaciones que las nuclean.

A respecto, las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” de Naciones Unidas expresan *“Los Estados deberían velar por que todas las personas físicas y jurídicas participantes en el acogimiento alternativo de niños sean debidamente habilitadas para ello por las autoridades competentes y estén sujetas a la revisión y el control regulares de estas últimas de conformidad con las presentes Directrices. Con ese fin, dichas autoridades deberían elaborar criterios apropiados para la evaluación de la idoneidad profesional y ética de los acogedores y para su acreditación, control y supervisión”*. (Directriz 54, A/RES/64/142. Directriz 66/P13 24/2/2010). Por ello es necesario que las familias de tránsito no confundan los roles para los que fueron convocados y que aceptaron voluntariamente, ya que estos roles no cambian con el paso del tiempo, si no que exigen mayor compromiso aun³. En ese sentido, es esencial que los demás actores

³ Al respecto la jurisprudencia ha dicho *“En este estadio, tenemos que la impugnante alega que su parte ya no reviste el carácter de familia acogedora en virtud de la dilación del procedimiento judicial. Pretende de esa forma mutar y alterar -conforme su propia volición- el hecho probado que el cuidado que asumió en relación a M.C.O. fue, desde el inicio, de carácter transitorio y temporal. Que se presentaba como alternativa a la institucionalización de la niña, que genera daños irreparables a los NNA dada la ausencia de ejercicio de la función parental, estimulación y atención personalizada. La función de N.A.G. era la de proveer a M.C.O. la*

intervinientes (órgano administrativo y judicial) también cumplan cabalmente con los plazos legales establecidos.

Por ello insistimos, la formación/preparación, selección y supervisión posterior de las familias resulta una función esencial e indelegable de los organismos de protección administrativos. La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y UNICEF argentina han señalado que: *“Será de su responsabilidad, la explicitación clara a las familias postulantes acerca de la función específica que se espera de ellas, en relación a la característica transitoria del cuidado y la no sustitución parental, estando entonces excluidas de la posibilidad de adoptar a niñas, niños y adolescentes que estén a su cuidado. Deberá dejarse constancia de: a. tipo de convocatoria y modo de acercamiento a los postulantes para familias cuidadoras; b. los requisitos, criterios, pautas y procedimientos utilizados para la selección de las familias cuidadoras; las motivaciones que impulsaron a éstas a la postulación, excluyendo a aquellas familias con intenciones de adoptar. No deben encontrarse inscriptas en los Registros de Aspirantes a Guarda con fines adoptivos de ninguna jurisdicción de la República Argentina, tanto al momento de subscribirse como durante el transcurso del cuidado de la niña, niño y adolescente. c. las evaluaciones de cada una de las familias postulantes, así como de los fundamentos que habilitan o inhabilitan su desempeño.”*⁴

posibilidad de vivir, crecer y desarrollarse en un entorno familiar y comunitario, durante el plazo de vigencia del acogimiento familiar. Sus deberes estaban de tal forma claramente delimitados en su extensión temporal y sustancial. Consecuentemente, la alegación de la amparista por la cual aduce que dejó de ser familia acogedora en razón de los vínculos creados con la niña no puede tener andamio, porque significaría erigir en el voluntarismo de los involucrados todo el régimen previsto para la familia de acogimiento. Es que la justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodo de los hechos ni de las razones que justificarían otorgar en adopción a una niña, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta al niño como sujeto de derecho y en la que también la familia que lo acoja está constreñida a respetar. Tal aspecto no es disponible por el juez, ni por el órgano técnico administrativo. (Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia de Chaco in re “G., N.A. S/ ACCION DE AMPARO”, Nº 4574/17-1-F, año 2017”)

⁴ SENAF – UNICEF (2014) Situación de Niños sin Cuidados Parentales en la República Argentina Relevamiento Nacional 2014. Pag. 58.

El rol del Estado: las áreas de niñez y adolescencia y el poder judicial.

El respeto por los tiempos legales. El interés superior de niñas y niños y su derecho a ser oídos.

Por su parte, los organismos administrativos y judiciales, como integrantes del sistema de protección integral, son responsables de restituir el derecho a una familia al niño, niña o adolescentes que está siendo cuidado por una familia de acogimiento o en un hogar residencial. Para ello deben trabajar, mancomunadamente, cada uno dentro de sus funciones, para que las soluciones de las situaciones se den en tiempo oportuno y razonable. El órgano administrativo debe garantizar la adecuada ejecución de la medida excepcional, mientras que el órgano judicial debe ejercer el control de legalidad.

Frente a la adopción de medidas excepcionales, es obligación primaria del órgano administrativo desarrollar un proceso sostenido y ordenado, que no se agota en la fundamentación de la adopción de la medida. La adecuada ejecución de la misma requiere de una estrategia, un seguimiento periódico, el trabajo con la familia de origen y/o la búsqueda de referentes y el trabajo con ellos, la documentación fehaciente de las intervenciones y la revisión periódica de la medida y de la estrategia planteada. Es este un proceso de trabajo clave, previo a dar por agotada (cerrar) la intervención administrativa con el dictamen de situación de adoptabilidad (art. 607, inc c) CCyCN) y solicitar al ámbito judicial que así lo declare.

Uno de los ejes del modelo de protección es la concepción de la niña, niño o adolescente como sujeto de derechos, por lo que una consecuencia lógica de ello es el pleno respeto por sus garantías y derechos en toda medida que los involucre. El respeto al debido proceso para niñas, niños y sus familias de origen, previsto en el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos incluye necesariamente la obligación de **resolver las situaciones en plazo razonable y adecuado**.

En la vida de niñas, niños y adolescentes el factor tiempo juega un rol fundamental y resulta inescindible en este análisis. El artículo 25 de la CDN se refiere al derecho de niñas y niños a recibir “exámenes periódicos” cuando esté en algún dispositivo de institucionalización. En el mismo sentido, la ley nacional 26061 expresamente prevé que las medidas excepcionales “son limitadas en el tiempo” y para ello regula en su articulado y en el decreto

reglamentario plazos precisos y concretos que hacen a la legitimidad y legalidad de las medidas que se adopten (artículos 39, 40 y concordantes). Resulta primordial volver a colocar en el centro el carácter de “transitoriedad” de las medidas excepcionales. Sin embargo, la realidad evidencia que en muchas ocasiones se extienden significativamente las resoluciones en el tiempo, lo que implica la permanencia de niñas o niños en los hogares de tránsito o en otros dispositivos, por mucho más tiempo que el previsto en las normas de protección de derechos y el Código Civil y Comercial de la Nación, ello en claro detrimento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en acceder a una familia.

La Directriz 66 sobre modalidades alternativas de cuidado de niños, de las Naciones Unidas refiere “la revisión periódica y minuciosa (...) de la idoneidad del cuidado y tratamiento que se le da, teniendo en cuenta sobre todo su desarrollo personal y cualquier variación de sus necesidades, los cambios en su entorno familiar y si, en vista de lo anterior, la modalidad de acogimiento sigue siendo necesaria y adecuada.” (A/RES/64/142. Directriz 66/P13 24/2/2010)

Esta situación requiere, por parte del poder judicial y poder administrativo, extremar a un máximo los esfuerzos institucionales y abocarse de manera prioritaria a cumplir cabalmente con los plazos establecidos legalmente por cuanto la extensión excesiva de los plazos afecta los derechos de los niños/as o adolescentes. Otro factor a considerar en relación con estas demoras es el funcionamiento deficiente de los poderes judiciales, ya sea por la duplicación de intervenciones sobre la misma familia, la desarticulación existente con los organismos administrativos, lo que implica intervenciones fragmentadas y descoordinadas y un notable retraso en resolver las apelaciones a cargo de cámaras civiles que no son especializadas en niñas, niños o adolescentes.

Es necesario tener en cuenta que la familia biológica no siempre es tenida en cuenta desde el inicio de la medida excepcional. Una representación jurídica tardía puede influir en el alargamiento ulterior de los plazos, además de herir gravemente el derecho a la convivencia familiar y comunitaria. Por ello es necesario que los distintos organismos administrativos provinciales y de la CABA organicen un sistema accesible de representación jurídica efectiva y que la justicia de familia requiera y garantice el patrocinio jurídico de la familia biológica desde el inicio de los expedientes judiciales y/o actuaciones administrativas (artículo 27 de la ley 26061). En ese marco, el trabajo sostenido de los equipos técnicos del

organismo administrativo con la familia de origen, desde el principio, así como en la búsqueda de referentes o de familia ampliada de la niña o el niño, debe acompañar dando sentido, contenido y robusteciendo la representación jurídica.

La Corte interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el paso del tiempo ocioso atenta contra los derechos que se deben proteger⁵. Sin embargo, las familias de acogimiento también deben estar advertidas de la posibilidad de que efectivamente se extiendan los plazos, sobre todo para poder cuidar y acompañar a las niñas, niños o adolescentes en dicha espera. En efecto, la o el progenitor - o ambos- pueden oponerse a la declaración de situación de adoptabilidad, ya que la misma equivale a una sentencia de privación de la responsabilidad parental; y aún dictada la misma, puede ser apelada. En otras ocasiones, las niñas, niños y adolescentes pueden tener hermanas y hermanos. En tales situaciones es imperativo respetar el principio general establecido en el Art. 595, inciso d) del CCyCN, lo que muchas veces requiere de tiempo para asegurar cómo se mantendrá el vínculo fraterno, aún en el caso de que las o los hermanos vivan con diferentes familias.

En estos casos, si los organismos administrativos advierten en el marco de la supervisión que la familia de acogimiento no puede cumplir con su función, debe promoverse el cuidado en el seno de otra familia que esté en condiciones de respetar los derechos de las niñas y niños.

En definitiva, el Estado debe ser riguroso en el respeto del derecho de las partes y de los tiempos administrativos y judiciales. Sin embargo, cuando en el proceso se presentan situaciones de conflicto, los tiempos pueden extenderse por los actos procesales que impulsan las partes, sin que el paso del tiempo genere nuevos derechos o modifique derechos elementales. La consolidación de situaciones de hecho por el paso del tiempo y su utilización va en desmedro de la persona de la niña, niños o adolescente, sobre todo si se especula con el cuidado definitivo del mismo. El criterio que debe primar aquí es el principio del interés superior.

Respecto al **interés superior del niño** (Art. 3 CDN y Art 3 Ley 26061) el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, mediante la Observación General Nro 14 tuvo oportunidad de analizar en profundidad el alcance de este principio. Así, en su párrafo 6

⁵ Fornerón e Hija vs. Argentina; Medidas Provisionales respecto Paraguay – Asunto L.M.

expresa “El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) **Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.** La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.” (Observación General N° 14 sobre el derecho del niño que su interés superior sea una consideración primordial – CRC/C/GC/14 – El destacado nos pertenece).

El interés superior del niño se encuentra intrínsecamente vinculado al **derecho a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.** En ese sentido, en su última revisión al país, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha reiterado, a la luz de su observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, alentando al Estado argentino a velar por que las opiniones de los niños sean tenidas debidamente en cuenta en la familia, las escuelas, los tribunales y todos los procesos administrativos y de otra índole que les conciernan, entre otras cosas, mediante la adopción de legislación apropiada, la capacitación de los profesionales, incluido el fortalecimiento del

papel de los abogados que representan a los niños para garantizar de manera plena su derecho a ser escuchados en los procedimientos judiciales, y la realización de actividades específicas en las escuelas y de sensibilización general (CRC/C/ARG/CO/5-6 párr 17)

Por ello la Defensora de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes recomienda e insta a que:

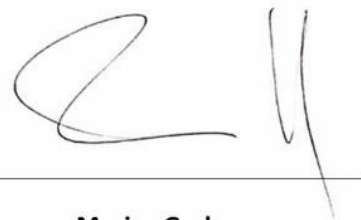
1. Los organismos de protección de derechos previo a la toma de una medida de protección excepcional agoten las medidas de protección ordinarias, registrando fehacientemente el plan de trabajo y las intervenciones realizadas con el grupo familiar de origen, cantidad de entrevistas a niñas, niños o adolescentes y sus familias, entre otras. Dicho medidas deberá ser fundada en el principio de interés superior, que nunca podrá ser por la falta de recursos materiales o pobreza.
2. El Poder Judicial y el Ministerio Público en el marco del control de legalidad de las medidas excepcionales revisen el requisito enunciado en el ítem anterior, así como el cumplimiento del debido proceso administrativo en particular la notificación de la medida a las/los progenitores.
3. Los organismos de protección de derechos evalúen la conveniencia, de que aquellos/as alcanzados por la medida excepcional la transiten en una institución de modalidad familiar o de acogimiento, en cada caso particular en función de la estrategia de egreso y de la escucha activa de niñas, niños y adolescentes, priorizando entre miembros de la familia ampliada o familias de la propia comunidad donde transcurre en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (*centro de vida*), garantizando así la conservación de sus vínculos afectivos y su derecho a la identidad.
4. Los organismos de protección, el Poder Judicial y el Ministerio Público, en todo momento recojan la voz y opinión de las niñas, niños y adolescentes involucrados, siendo necesario para el ingreso a una familia de acogimiento contar con su consentimiento teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. En el mismo sentido deberá garantizarse en todo el proceso el acceso al abogado del niño.
5. Los organismos administrativos, el Poder Judicial y el Ministerio Público extremen el cumplimiento de los plazos procesales y eviten la excesiva duración de las

medidas excepcionales para niñas, niños y adolescentes tanto en las familias de acogimiento como en hogares residenciales. Siempre dejando a salvo los derechos que en estos procesos tienen las y los progenitores, así como el principio de mantener el vínculo entre hermanos y hermanas, los cuales pueden hacer que los plazos se extiendan en función de garantizar el derecho de defensa y los vínculos fraternos.

6. Dentro de las cámaras civiles se especialice a juezas, jueces y secretarías en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes en cumplimiento del principio de especialidad.
7. Cada jurisdicción organice un sistema de patrocinio jurídico gratuito coordinado preferentemente por los ministerios públicos de la Defensa, a los fines de garantizar desde el comienzo del proceso el derecho de defensa de la familia biológica.
8. Los jueces y juezas a desestimen todo pedido de adopción basado en una guarda de hecho, guarda administrativa, delegación del ejercicio de la responsabilidad parental o guarda institucional, por fuera de lo dispuesto en los arts. 611/614 del CCyCN teniendo en cuenta además que aquella adopción podrá ser declarada nulo de nulidad absoluta (Art.634, inciso h) del CCyCN.
9. Los jueces y juezas propicien un régimen de comunicación con quiénes, por cualquier circunstancia, hubiesen estado a cargo del cuidado de la niña, niño o adolescente, habiéndolos escuchado previamente de acuerdo a su edad y grado de madurez. Todo ellos en el principio del interés superior del niño y en el concepto amplio de familia que consagra la ley 26061 en su art. 39 y el Dec. 415/06 en su art. 7.
10. La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) a fijar estándares mínimos de calidad institucional para los dispositivos de modalidad familiar implementados en todo el país, a través del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, a fin de mejorar el funcionamiento de los programas de acogimiento familiar, en particular en la selección y formación de las familias, y las debidas supervisiones, a fin de evitar que obstaculicen la re vinculación con la familia de origen o la integración a una familia adoptiva.



Juan Facundo Hernández
Defensor Adjunto de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes



Marisa Graham
Defensora de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes

RECOMENDACIÓN N° 7

EL SISTEMA PENAL DE LAS Y LOS ADOLESCENTES

PROVINCIA DE SALTA: ADECUACION A LAS PAUTAS INTERNACIONALES EN DERECHO PENAL JUVENIL.

Abril 2021

1. Introducción

La Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el Defensor Adjunto de dicho organismo, han tomado conocimiento de la sanción de la ley provincial N° 8097 *“Régimen de Responsabilidad Penal para Niñas, Niños y Adolescentes”* que regula el procedimiento penal aplicable a jóvenes en la provincia de Salta -del 05 de septiembre de 2018-; cuya entrada en vigencia fuera prorrogada por un año a contar desde el 05 de septiembre de 2020 (cfme. Ley Provincial N° 8207/2020);

En lo que refiere a derechos de la infancia, cabe recordar que con la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) y su incorporación a la Constitución Nacional se genera un cambio de paradigma que se traduce en el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho y la asunción por parte del Estado de obligaciones tendientes a garantizar sus derechos, a ofrecer servicios públicos universales y propiciar la accesibilidad a los mismos sin discriminación. También exige de parte del Estado la inversión del máximo de los recursos disponibles para la promoción y protección de las infancias y adolescencias como una política de estado transversal y el compromiso de todas las áreas gubernamentales para ello. En efecto, el paradigma de protección integral demanda la incorporación de la perspectiva de derechos y de género para tratar las situaciones en las que se encuentran involucradas niñas, niños y adolescentes; demanda la herramienta de la interdisciplina como la única forma de abordar la integralidad de los sujetos y el trabajo intersectorial (entre áreas de gobierno) e intergubernamental (entre niveles de gobierno) para tratar la multidimensionalidad de las situaciones que atraviesan a niños, niñas y sus familias.

Por ello, es necesario que toda reforma legislativa esté acompañada de una fuerte inversión en políticas públicas de protección integral de la niñez y adolescencia que tienda a la prevención del delito juvenil. Consecuentemente, el tratamiento de aquellos/as que ya han cometido un delito debe ser una acción coordinada con las políticas de promoción y protección integral de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes para lo cual resulta indispensable la articulación entre el Sistema de Protección Integral y el de Responsabilidad Penal Juvenil, ya que los y las jóvenes infractores/as o presuntos infractores/as al sistema penal siguen siendo plenos sujetos de derechos. (UNICEF, “Hay alternativa 23/02/2017). Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que las infancias y juventudes gozan de una protección especial que implica la verdadera y plena protección de los/as niños/as garantizando ampliamente el ejercicio de todos los derechos que les asignan diversos instrumentos internacionales. En este sentido, los Estados Partes tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño/a (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002).

La sanción de leyes provinciales como la referida resultan de importancia central para la vigencia del Estado de Derecho, pues aborda cuestiones como es el derecho a la libertad ambulatoria, la garantía del debido proceso, el respeto a la dignidad, entre otros derechos reconocidos en los tratados internacionales de Derechos Humanos.

La jerarquía constitucional atribuida a estos tratados internacionales condiciona necesariamente el ejercicio de todo el poder público al pleno respeto y garantía de estos instrumentos, en tanto su violación constituye la violación de la Constitución Nacional misma y potencialmente compromete la responsabilidad internacional del Estado.

En este sentido, resulta necesario la sanción de leyes que regulen los institutos del sistema penal juvenil en concordancia con las disposiciones de la CDN, con la normativa internacional y nacional en materia de derechos humanos de las infancias y juventudes en general; y en derecho penal juvenil en particular; destacando que deben garantizar los ejes centrales del sistema de responsabilidad penal juvenil: trato digno, principio de especialidad y trato diferente a la de los adultos/as, un sistema penal con enfoque en la responsabilización y no en el castigo, la excepcionalidad de la privación de libertad, entre otros.

Cabe mencionar que la Defensoría próximamente se abocará a instar la necesaria reforma del Régimen Penal de la Minoridad (Decreto-Ley 22.278) y la consecuente sanción de una ley de Responsabilidad Penal Juvenil respetuoso de los derechos humanos de las infancias y juventudes; como así también la sanción de legislaciones procesales que adecuen los procedimientos penales juveniles a los estándares referidos.

En virtud de ello; y en el marco de las atribuciones y competencias que la Ley 26.061 han conferido a este organismo se efectúa las siguientes **RECOMENDACIONES** a los tres poderes del Gobierno de la Provincia de Salta a los efectos de adecuar la normativa y la institucionalidad a las normas internacionales y nacionales en materia de derecho penal juvenil.

2. Normativa internacional y nacional en materia penal juvenil.

Las/os niñas, niños y adolescentes en contacto con el sistema penal, gozan de la protección proveniente de una serie de instrumentos internacionales, reglas y directrices derivadas de la comunidad internacional siendo el principal instrumento la CDN. En complemento con estas disposiciones, se encuentra un conjunto de normas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes que incluyen: la Convención Americana, las Declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, las Reglas mínimas de la Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana), las Reglas sobre Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad), las Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal (Estrategias Modelo), la Observación General Nro 24 del Comité de Derechos del Niño; los estándares establecidos en el Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

De los estándares internacionales mencionados, se siguen una serie de principios y derechos que deben ser especialmente tomados en cuenta cada vez que un niño, niña o adolescente entre en contacto con el sistema de justicia penal juvenil. El principio central en esta materia es el de la dignidad, esto es, el derecho de todo/a niño/a y adolescente de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, ha de ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad, y el pleno respeto de sus derechos humanos, la necesidad de tomar en cuenta la edad del

niño/a y adolescente, la importancia de promover su reintegración y de que éste/a asuma una función constructiva en la sociedad, incluido el respeto del niño/a y adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros.

El campo “justicia penal juvenil” abarca un conjunto de dimensiones sumamente complejas en su abordaje que, en lo sustancial, están señaladas en los artículos 37 y 40 de la CDN, que se complementan con otros instrumentos internacionales abarcando esencialmente: justicia especializada, prevención, garantías sustanciales y procesales, medidas alternativas al proceso y a la privación de la libertad, excepcionalidad de la privación de libertad, articulación del Sistema Penal Juvenil con el Sistema de Protección Integral De derechos y Políticas Públicas de Niñez y Adolescencia.

Ahora bien, la normativa en materia penal juvenil vigente en nuestro país (decreto-ley 22.278) ha tenido innumerables y acertados cuestionamientos por parte del sistema universal y regional de los derechos humanos. Como síntesis podemos mencionar entre otros: a) Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por el estado (marzo 2010); b) Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales tras revisiones al estado (octubre 2002; junio 2010 y agosto del 2018); c) Consejo de Derechos Humanos, octavo período de sesiones (13 de mayo de 2008), Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: Argentina, entre otros. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) exhortó al Estado Argentino a adecuar su normativa interna a las disposiciones internacionales en materia penal juvenil (caso Bulacio, 2003 y Mendoza, 2013).

La normativa vigente en nuestro país también ha recibido un tratamiento crítico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 238:4343 y 331:2691). En el primer caso la Corte analizó y describió la ley de manera muy crítica¹, en el segundo directamente requirió al Poder Legislativo 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 CN (art. 75 inc. 22, segundo párrafo)”²

Además de la obligación del Estado Nacional de adecuación legislativa en materia penal, las provincias de nuestro país también están obligadas a desarrollar una adecuación legislativa en materia procesal penal ya que muchos de los estándares e institutos que deben ponerse en marcha son regulados por las provincias. En este sentido, recientemente el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante Comité) ha señalado en su Informe Periódico a la Argentina:

“43. El Comité sigue profundamente preocupado de que la mayoría de sus recomendaciones anteriores con respecto a la administración de justicia de menores aún no se han implementado (CRC / C / ARG / CO / 5-6, párr. 80). Preocupa particularmente que:

- El sistema de justicia de menores continúa siendo administrado por la Ley Nº 22.278, a pesar de su incompatibilidad con la Convención;*
- La práctica discrecional de detener a niños y adolescentes para su 'protección', y no necesariamente por haber cometido un crimen persiste;*
- Instalaciones de hacinamiento, la mala nutrición, ropa de cama y saneamiento inadecuados, combinada con la falta de oportunidades de educación y formación, se han traducido en pésimas condiciones de vida en muchos centros de detención de menores;*

¹ Ver considerando 24 en adelante.

² Considerando 7

- Un gran número de niños que siguen siendo colocado en correccionales de menores e instalaciones educativas que se aíslan de la comunidad en general, con contacto con la familia limitados;
- A pesar del cumplimiento por parte del Estado parte con la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2013, de abstenerse de condenar a menores de edad a cadena perpetua o términos equivalentes, los tribunales en algunas provincias han aplicado sanciones de 20 a 27 años de prisión.”

“44. Reiterando sus recomendaciones anteriores, y con referencia a su Observación general N° 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia juvenil, el Comité recomienda que el Estado Parte:

- Adoptar una ley general sobre la justicia de menores en consonancia con la Convención y las normas internacionales sobre justicia de menores, en particular en relación con la garantía de que la detención se utiliza como último recurso y por el menor tiempo posible, y que no incluya disposiciones que incrementarán la sentencia o reducir la edad de responsabilidad penal;
- Abordar urgentemente los centros de detención en todas las provincias, y asegurarse de que cumplen con las normas internacionales, con vigilancia independiente en el lugar;
- Promover medidas no judiciales, como la derivación, la libertad condicional, la mediación, asesoramiento o servicios a la comunidad, y siempre que sea posible el uso de medidas alternativas a la sentencia
- En los casos en que la detención es inevitable, asegúrese de que los niños no sean detenidos junto con adultos y garantizar que tengan acceso a sus familiares, y / o un tutor;
- Total compatibilidad con la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos humanos y abstenerse de condenar a menores a penas de prisión que pueden equivaler a cadena perpetua;
- Garantizar la prestación de asistencia jurídica gratuita, calificada e independiente de niños en conflicto con la ley en una etapa temprana del procedimiento y durante todo el proceso judicial;”

Es sobre la base de este *corpus iuris* internacional y con una perspectiva de derechos humanos de las infancias y juventudes que se abordará las recomendaciones y observaciones que más adelante se desarrollan.

3. Principio de especialidad: Dependencia de los dispositivos penales juveniles.

Como fuere reseñado, la CDN establece reglas mínimas que los Estados Parte deben cumplir para garantizar un sistema penal juvenil acorde a los estándares que ella exige siendo sus ejes principales el principio de especialidad, de mínima intervención, excepcionalidad de la privación de libertad, entre otros.

En lo que refiere a la especialidad la CDN exige que el Sistema de Justicia Penal que intervenga en los delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad debe ser especializado obligando a los Estados Parte a adoptar todas las medidas necesarias para el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para niños, niñas y adolescentes infractores/as o presuntos/as infractores/as a la ley (Art. 40 inc. 3 CDN). La exigencia del Principio de Especialidad es requerida también por las Reglas de Beijing - 2.3, 6.1, 6.2 6.3 y 22- que tratan varios aspectos importantes de una administración de Justicia Penal de Niños/as y/o Adolescentes eficaz, justa y humanitaria, exigiendo que los magistrados (Jueces, Fiscales, Defensores Oficiales) deben ser seleccionados teniendo en cuenta ciertas cualidades y experiencia y, a su vez, deben estar especialmente capacitados para poder abordar los delitos juveniles. En idéntico sentido se ha expresado la Corte IDH en la Opinión

Consultiva -17/2002 en sus párrafos 98, 109 y 120 y en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directriz 52°).

El fundamento de la especialidad está dado por el reconocimiento de la adolescencia como la etapa de la vida en la que las personas se encuentran en pleno desarrollo tanto emocional, intelectual, como moral. Consecuentemente, es necesario brindar a niños, niñas y adolescentes un trato diferenciado al de los/as adultos/as transgresores/as. Por ello, la justicia especializada no se agota en el contenido normativo, sino que requiere de un fuero especializado que garantice el abordaje diferenciado desde la detención hasta la finalización del cumplimiento de la sanción, incluyendo cada una de las instancias recursivas y los dispositivos penales juveniles (cerrado, semiabierto y programa territorial). La especialización exige la designación de magistrados/as y funcionarios/as que estén capacitados/as en los derechos humanos del niño/a y adolescentes y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales (Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, Comisión IDH, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez. Parr. 84).

Al respecto, la Comisión Internacional de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) ha establecido que:

“(...) los sistemas de justicia juvenil deben ser especializados, lo que implica la necesidad de contar con leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños, niñas y adolescentes de quienes se alegue que han infringido las leyes penales, así como también implica que todos los funcionarios que trabajan en el sistema de justicia juvenil deben contar con capacitación especializada en derechos de los niños, niñas y adolescentes y estar entrenados para trabajar con personas menores de edad” (Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, Comisión IDH relatoría sobre los derechos de la Niñez. Parr 5)

En consonancia con ello, ha exhortado a los Estados a:

“(...) adoptar las medidas necesarias, incluyendo modificaciones legislativas, para garantizar que los niños, niñas y adolescentes que hayan sido acusados de cometer un delito sean sometidos a un sistema de justicia juvenil excepcional y especializado, de forma tal que ningún niño sea procesado penalmente bajo las reglas de imputabilidad penal aplicables a los adultos, que ningún niño menor de la edad mínima para ser responsabilizado por infringir las leyes penales sea sometido a la justicia juvenil”. (Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, Comisión IDH relatoría sobre los derechos de la Niñez. Parr. 36)

En línea con ello, en el precedente “Maldonado”³, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) señaló la necesidad de:

*“(...) utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (art. 40.3). Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para los adultos y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellos.”*⁴

Los procesos de adecuación que demanda la CDN y normativa internacional concordante respecto a la especialidad, también exigen la modificación de las prácticas, instituciones y políticas que se aplican a los/as niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. En

³ CSJN, 07/12/2005, “Maldonado, Daniel E. y otro”, SJA 7/6/2006. JA 2006 II 581. DETALLAR COLECCIÓN FALLOS DE LA CSJN.

⁴ Ídem considerando N° 19

efecto, en lo que refiere al poder administrador, la especialización implica que la gestión de las instituciones/ dispositivos/ programas y los/as operadores/as penales juveniles, esté bajo la órbita de organismos y personal especializado; cuyo eje de trabajo se oriente hacia la inclusión y reintegración de los/as jóvenes infractores/as o presuntos/as infractores/as.

En lo que refiere específicamente a los centros de privación de libertad, las Reglas de Beijing establece criterios claros en cuanto a las funciones del poder administrador:

“[l]a administración deberá seleccionar y contratar cuidadosamente al personal de todas las clases y categorías, por cuanto la buena marcha de los centros de detención depende de su integridad, actitud humanitaria, capacidad y competencia profesional para tratar con los menores, así como de sus dotes personales para el trabajo” (Regla 82);

“[l]a administración deberá adoptar formas de organización y gestión que faciliten la comunicación entre las diferentes categorías del personal de cada centro de detención para intensificar la cooperación entre los diversos servicios dedicados a la atención de los menores, así como entre el personal y la administración con miras a conseguir que el personal que esté en contacto directo con los menores pueda actuar en condiciones que favorezcan el desempeño eficaz de sus tareas” (Regla 84)”.

Consecuentemente, se debe instar a que la gestión de los dispositivos penales y del personal que este en contacto directo con niños/as y adolescentes, sea personal civil con capacitación en derechos humanos de la infancia evitando el contacto con fuerzas de seguridad y cumpliendo con la prohibición de portación de armas. Se torna indispensable que la gestión y administración de estos dispositivos se encuentre en cabeza de aquella área gubernamental competente para el abordaje integral de los/as niños/as y adolescentes, que garantice una política de justicia que contemple los aspectos preventivos anteriores al delito, la regulación de las medidas que se adopten con posterioridad a la comisión del delito, y que tienda a la inclusión social.

En la actualidad, los dispositivos de privación de libertad de la provincia de Salta se encuentran bajo la órbita del Ministerio de Seguridad Provincial. Dicho ministerio tiene como funciones la organización y gestión del servicio penitenciario de la Provincia, la custodia y la guarda de los detenidos/as procesados/as, la readaptación social de los/a condenados/as y el traslado de detenidos/as; entre otros. Teniendo en cuenta dichas funciones y las características que exige un sistema penal juvenil, es posible referir que dicha cartera no cuenta con el andamiaje técnico-político-institucional que se requiere para un abordaje integral destinado a intervenir con los/as adolescentes infractores o presuntos/as infractores/as a la ley. En efecto, la mirada securitaria que se brinda desde dicho ministerio, la intervención de las fuerzas de seguridad y la gestión de los dispositivos en cabeza del servicio penitenciario provincial con lógicas de castigo lejos está de garantizar los fines que persigue el sistema penal juvenil de reintegración en la sociedad y reinserción social constructiva.

Por todo lo hasta aquí expuesto, esta Defensoría entiende que la totalidad de los dispositivos penales juveniles (cerrado, semicerrados y programas territoriales) deben depender de aquella área gubernamental que cumpla con la especificidad que requiere los derechos humanos de las infancias -en general- y el derecho penal juvenil -en particular-, que permita coordinar políticas con una perspectiva integral de derechos humanos y no con una mirada securitaria; que garantice que los/as niños/as gocen plenamente de los derechos consagrados en los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional; y que promueva la atención directa a las problemáticas de la niñez, adolescencia, instando su desarrollo integral.

4. Algunas observaciones a la ley 8097 a la luz de los derechos, garantías y principios penales juveniles.

Mediante la sanción de la ley 8097 la provincia de Salta aprobó el “*Régimen de Responsabilidad Penal para Niñas, Niños y Adolescentes*”. Atento ello, y en virtud de las competencias conferidas a esta Defensoría, se considera pertinente acercar algunas observaciones efectuadas conforme las pautas de derechos humanos de las infancias y juventudes y lo recomendado por el Comité al Estado Argentino en el Informe Período de la Argentina de 2018.

Como primera cuestión, cabe referir la importancia de promulgar leyes que regulen los procedimientos penales juveniles al interior de la provincia; y en este sentido se destaca el compromiso en la sanción de un régimen penal juvenil. En línea con ello, este organismo ve con beneplácito la incorporación en el marco legal de las garantías fundamentales y la exigencia de fundamentar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos (artículo 3); y de la excepcionalidad de la privación de libertad (artículo 14 y 21).

Ahora bien, esta Defensoría considera pertinente efectuar algunas observaciones a la Ley Provincial N° 8097:

a) Intervención con niños, niñas y adolescentes no punibles.

La CDN obliga a los Estados parte a establecer una edad mínima por debajo de la cual se presume que los/as niños/as y/o adolescentes no tienen capacidad para infringir las leyes penales (Cf. Art. 40.3.a). Por su parte, las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad que señala “*que la edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley*” (Cf. Regla 11.a), de ello se infiere que los Estados deben fijar una edad límite por debajo de la cual, se encuentra imposibilitado de perseguir penalmente e imponer cualquier medida en el marco de una causa penal por debajo de la edad establecida.

El Decreto- Ley 22.278 refiere que “*No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad*” (Art. 1) pauta que debe ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución Nacional, de la CDN, los tratados internacionales en la materia y en consonancia con el respeto del principio pro homine, por lo que realizar una lectura constitucionalizada y en clave de derechos humanos implica entender que la edad de dieciséis años es la edad mínima de responsabilidad penal juvenil que exige la CDN y, por lo tanto, una condición personal de exclusión de la punibilidad. De esta manera, se establece la absoluta imposibilidad del Estado de perseguir penalmente a las personas que sean menores de dieciséis años al momento de presunta comisión del hecho que se les imputa. Esta prohibición se aplica sin importar la gravedad del hecho imputado.

En esta línea se ha pronunciado el Comité en su Observación General N°24:

“Preocupan al Comité las prácticas que permiten la aplicación de una edad mínima de responsabilidad penal inferior en los casos en que, por ejemplo, se acusa al niño de haber cometido un delito grave. Tales prácticas se llevan a cabo generalmente para responder a la presión de la opinión pública y no se basan en una comprensión racional del desarrollo del niño. El Comité recomienda encarecidamente a los Estados partes que supriman esos enfoques y fijen

una edad estándar por debajo de la cual los niños no puedan ser considerados responsables en el derecho penal, sin excepción”. (CRC/C/GC/24, 18/9/2019, parr. 25)

Por su parte, en el Informe sobre “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” del 13 de julio de 2011, la Comisión IDH ha referido que:

“La Comisión observa también con especial preocupación que en algunos Estados de la región la presunta comisión o la comisión de delitos graves se consideren una excepción a las normas que establecen una edad mínima para infringir las leyes penales. A juicio de la Comisión, si el Estado determina que los niños y niñas por debajo de cierta edad no tienen capacidad de infringir leyes penales, no resulta admisible que sean sujetos de responsabilidad cuando hayan infringido una ley que tipifica un delito especialmente grave”. (Parr. 53)

“(…) mira con preocupación cómo varios Estados Miembros, a pesar de haber establecido una edad mínima de responsabilidad ante el sistema de justicia juvenil, mantienen vigentes normas, políticas y prácticas que les permiten privar de libertad a niños cuya edad es inferior a la edad mínima establecida para infringir leyes penales. En Argentina, por ejemplo, aunque el Decreto 22.278 establezca que un niño, niña o adolescente menor de 16 años no pueda ser considerado responsable por infringir leyes penales, la Comisión observa que algunos niños, niñas y adolescentes menores de 16 años son privados de la libertad como medida de ‘protección’” en virtud de que el mismo decreto dispone en su artículo 1 que “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” (Parr 54)

“(…) reconoce que en ocasiones puede ser necesario adoptar medidas especiales con el fin de proteger el interés superior de los niños, pero ello no admite que se responsabilice o se prive de la libertad a niños antes de la edad mínima prevista para infringir las leyes penales alegando su ‘protección’”. (Parr. 55)

Por otro lado, la ley 26.061 estipula órbitas de competencia específica en el marco de la “Administración” para el abordaje estatal de las vulneraciones de derechos que puedan sufrir niños/as y adolescentes, y el fuero competente para el control de la legalidad de las medidas dispuestas por la administración es el de Familia. Surge de este marco regulatorio, el apartamiento expreso de los/as jueces con competencia en materia penal del análisis de toda cuestión que no haya de relacionarse directamente con el juzgamiento del delito presuntamente acontecido. Como corolario, el/la juez penal queda inhabilitado/a para la adopción de medidas sobre las personas no punibles, sean estas medidas privativas o no privativas de la libertad, ya que la protección y promoción de derechos es competencia administrativa.

Asimismo, la ley 26.061 dispone que si se advierte amenaza o vulneración de derechos de niños/as o adolescentes, el órgano administrativo deberá adoptar una de las medidas de protección dispuestas en su Art. 33, que en ningún caso podrá consistir en la privación de libertad (Art. 36).

No obstante, la ley provincial 8097 fija pautas para la intervención en el marco de un proceso penal de niños/as que no alcanzaron la edad mínima de responsabilidad penal. En efecto, el artículo 8 habilita una investigación preliminar para establecer la existencia del hecho y la participación del niño/a o adolescentes; para posteriormente disponer el sobreseimiento y, en caso del juez penal considerarlo necesario, adoptar medidas de seguridad o remitir a la justicia civil -estableciendo como límite para las medidas de seguridad que dos peritos psiquiátricos concuerden que el/la niño/a o adolescentes sea peligroso/a para sí o para terceros-; mientras que el artículo 12 otorga al juez penal facultades para adoptar medidas de protección de

derechos que son competencia exclusiva del sistema de protección y de los órganos administrativos creados al efecto.

En este punto, resulta pertinente destacar la similitud que guarda dicho artículo con el artículo 1ro del decreto-ley 22.278⁵; normativa que, como fuera referido, ha recibido fuertes críticas por parte de distintos organismos del sistema universal y regional de protección de los derechos humanos; como de la CSJN.

En ningún caso debería quedar habilitada la intervención penal de una persona menor de edad que no haya cometido un delito o que no alcance la edad mínima de punibilidad; y mucho menos permitirse la privación de libertad. Como se ha señalado, en caso de advertirse una situación de vulnerabilidad y desprotección se deberá dar intervención con el sistema de protección de derechos provincial.

b) Medidas alternativas.

La normativa internacional en materia de derecho penal juvenil procura limitar la intervención punitiva del Estado y, en virtud de ello, insta a la utilización y aplicación de medidas alternativas a la judicialización y a la privación de libertad en consonancia con el objetivo de todo sistema de responsabilidad penal juvenil –la reintegración- y el principio de mínima intervención del derecho penal. Un sistema de justicia penal juvenil que cumpla con los objetivos de reintegración deben necesariamente tener un enfoque centrado en la prevención del delito, con adopción de medidas que no impliquen recurrir a procedimientos judiciales ni a la privación de libertad, que garantice que los/as niños/as y adolescentes sean tratados de manera apropiada y que todas las medidas que se adopten guarden proporción tanto con sus circunstancias y necesidades como con la infracción (principio racionalidad y proporcionalidad).

Cabe recordar que la privación de la libertad implica la restricción de uno de los derechos fundamentales, la libertad ambulatoria, no así los demás derechos de los que gozan niños/as y adolescentes. Por ese motivo, se constituye en la pena más grave que todo individuo debe soportar por lo cual en el caso de niños/as y adolescentes, tal como establece la CDN, esta injerencia punitiva del Estado debe ser excepcional únicamente para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves (principio de lesividad), siempre que hayan fracasado otros medios menos gravosos para la persona (*ultima ratio*) y por el plazo más breve que proceda.

Consecuentemente, las respuestas institucionales y estatales en lo que refiere adolescentes infractores/as o presuntos/as infractores/as deben prever un arco de posibilidades amplios en donde la regla sea la aplicación de medidas alternativas y la coerción estatal la *ultima ratio*.

Al respecto, el Comité ha manifestado la necesidad de que los sistemas de justicia juvenil cuenten con un amplio catálogo de medidas alternativas a la privación de libertad:

“Cuando la autoridad competente inicia un procedimiento judicial, se aplican los principios de un juicio imparcial y equitativo (véase la sección D infra). El sistema de justicia juvenil debe ofrecer amplias oportunidades para aplicar medidas sociales y educativas y limitar estrictamente el uso de la privación de libertad, desde el momento de la detención, a lo largo de todo el procedimiento y en la sentencia. Los Estados partes deben tener un servicio de libertad vigilada o un organismo similar con personal competente que garantice recurrir, en la mayor medida y con la mayor

⁵ “...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...”

eficacia posibles, a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria y la posibilidad de una puesta en libertad anticipada". (CRC/C/GC/24, 18/9/2019, parr. 19)

"Una vez que se han llevado a cabo las actuaciones ajustándose plenamente al artículo 40 de la Convención (véase la sección IV.D supra), se adopta una decisión sobre las disposiciones. Las leyes deben contener una amplia variedad de medidas no privativas de la libertad y deben dar prioridad expresa a la aplicación de esas medidas para garantizar que la privación de libertad se utilice únicamente como último recurso y durante el período más breve que proceda". (CRC/C/GC/24, 18/9/2019, parr. 73).

"Existe una amplia experiencia en el uso y la aplicación de medidas no privativas de la libertad, incluidas medidas de justicia restaurativa. Los Estados partes deben aprovechar esa experiencia y desarrollar y aplicar dichas medidas adaptándolas a su cultura y tradición. Las medidas que constituyan trabajo forzoso, tortura o tratos inhumanos o degradantes deben estar prohibidas y penalizadas de manera explícita" (CRC/C/GC/24, 18/9/2019, parr. 74)

En línea con ello, UNICEF destaca la necesidad de un sistema de justicia especializado con un enfoque centrado en la prevención antes que la represión, y contar con estrategias orientadas a la reinserción social y a la inclusión en un proyecto de vida; destacando que para lograr dichos objetivos la legislación internacional prevé un amplio abanico de sanciones y medidas no privativas de la libertad, que deben ser aplicadas respetando siempre todos los derechos y garantías constitucionales. (UNICEF, "Hay alternativa" 23/02/2017)

De esta manera, resulta necesario que desde las diferentes provincias se diagramen, establezcan y apliquen medidas alternativas para todas las etapas del proceso (detención, prejudiciales, judiciales y postjudiciales) con el objeto de prevenir la reincidencia y promover la reintegración social. Junto con ello, se deben asignar recursos suficientes (humanos, orgánicos, tecnológicos, económicos).

En base a las disposiciones de la CDN, normas y reglas internacionales en materia penal juvenil, la ley provincial debería orientarse hacia la aplicación de medidas alternativa al proceso y a la privación de libertad como regla; como así también establecer un catálogo de dichas medidas fijando criterios específicos de aplicación y el tiempo de la medida, evitando dejar librado a los/as operadores/as del sistema penal juvenil facultades amplias de utilización pues ello puede conllevar a la discrecionalidad lesionando, entre otros, el derecho a la igualdad ante la ley.

La aplicación de estas medidas garantiza que la injerencia punitiva del Estado sea excepcional.

c) La especialidad y los fines de reintegración del sistema penal juvenil: la necesidad un sistema de enjuiciamiento acusatorio.

Los estándares que fija la CDN establece que en el caso de infancias y derechos penal se debe aplicarse un derecho penal mínimo cuyo correlato es el sistema de enjuiciamiento acusatorio como garantía individual frente al Estado.

De esta manera, se exige un sistema en el cual la persecución penal sea impulsada por el Ministerio Público Fiscal (en adelante MPF) con facultades para disponer de la acción penal a través de la aplicación del principio de oportunidad y de medidas alternativas al proceso y a la pena. Asimismo, se requiere de un proceso que garantice la diversificación del poder

procesal en órganos diferentes (acusador-tribunal) y de las instancias recursivas; la participación e intervención activa del niños, niña o adolescente que resulte imputado/a; la inviolabilidad del derecho de defensa (material y técnica); la presunción de inocencia; y un debate que cumpla con las reglas de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación.

Sistemas procesales con estas características son formalmente más proclives a incorporar nuevos modos de terminación de los procesos que no impliquen llegar a su finalización solo a través de un juicio. En consecuencia, permiten cumplir con la finalidad del derecho penal juvenil y abandonar el modelo del derecho penal de autor que tiene una concepción de la pena como elemento de prevención especial cuyo correlato es un sistema procesal de carácter inquisitivo.

Al respecto, UNICEF en el documento *“Investigación sobre medidas no privativas a la libertad, y alternativas al proceso judicial en Argentina”* (2018) ha manifestado que *“es preciso fortalecer y/o crear dispositivos que permitan instrumentar medidas alternativas, así como problematizar la aceptación cultural de estas estrategias en la sociedad. La admisión de medidas alternativas al proceso penal depende de varias dimensiones que interactúan de manera específica en el ámbito local: la presencia de un sistema y actores especializados en responsabilidad penal juvenil, un modelo acusatorio, o, en su ausencia, el uso de criterios acordes”*.

En virtud de lo expuesto, se recomienda que la ley procesal establezca un proceso penal juvenil de corte acusatorios en concordancia con los principios y garantías que exige un Estado de Derecho.

d) Exigencias de examen psicológico

La pertinencia del examen obligatorio aquí previsto en el artículo 5 de la ley debe recibir un tratamiento sumamente cuidadoso ya que no encuentra sustento en las previsiones de la Comisión IDH, ni del Comité de Expertos de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ni en otras leyes procesales provinciales adecuadas al derecho internacional.

No caben dudas que la razonabilidad de un examen psicológico encuentra sustento cuando es a pedido de la defensa, cuando se encuentra en juego la determinación de la culpabilidad u otras cuestiones vinculadas a la vulnerabilidad que disminuirían la responsabilidad del supuesto/a infractor/a. De lo contrario se corre el riesgo que el proceso penal incurra en un derecho penal de autor, no previsto en nuestro ordenamiento jurídico (art. 19 CN).

Al respecto, las Directrices de Riad refieren que: *“A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”* (Art. 56)

En este sentido, el examen psicológico obligatorio que establece el artículo 5 parece estar orientada a determinar condiciones personales del niño/a o adolescente y su posible peligrosidad, lo que implica incurrir en un supuesto derecho penal de autor que claramente violenta el principio de legalidad consagrado tanto en la Constitución, como en los tratados de derechos humanos (CDN, Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros).

Se debe evitar la aplicación de criterios discrecionales y la adopción de decisiones basadas en las condiciones personales del niño/a o adolescente, como así también respetar el principio

de legalidad por cuanto exige que no se pueden justificar la intervención estatal en la vida de los/as niños/as y adolescentes basándose en una supuesta necesidad de “protección” o “prevención del crimen” sino que debe aplicarse únicamente en virtud de una ley previa en la que cierta conducta haya sido tipificada como delito. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado (Corte IDH, OC-17/02 párr. 108.)

e) Juzgamiento de niños, niñas y adolescentes por juzgados/tribunales de adultos/as.

El artículo 7 de la ley, habilita el juzgamiento de niños, niñas y adolescentes por operadores judiciales de adultos/as (fiscales, juzgado, tribunales) en aquellos supuestos en los que participen en la transgresión un adulto/a y un niño/a o adolescente.

En este punto, resulta necesario recordar que la CDN establece la obligación de crear un sistema de responsabilidad penal juvenil (art. 40.3) el cual, como ya fue referido, no se agota en las primeras instancias, sino que se extiende a las instancias recursivas. En concordancia con ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece claramente que los niños, niñas y adolescentes procesados/as *“deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.”* (Art. 5.5)

Por su parte, la Comisión IDH ha señalado en el Informe de Justicia Juvenil y Derechos Humanos de las Américas que:

“Adoptar leyes que prohíban que los niños que no hayan cumplido los 18 años sean juzgados por tribunales para adultos, sentenciados bajo los mismos criterios que los adultos, u obligados a cumplir penas privativas de libertad en centros para adultos...”.

*“(...) las personas menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, **sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad**”* (OC N° 17/2002, párr. 109) (el resaltado me pertenece)

De lo expuesto, surge que lo regulado en artículo 7 no se adecua al principio de especialidad que exige la CDN, por lo que se considera pertinente sugerir que, en caso de operar el fuero de atracción, dada la especificidad del derecho penal juvenil, sean los juzgados penales juveniles que lleven a cabo el proceso, dejando para el fuero ordinario la imposición de pena de los adultos/as.

5. Centros de identificación especializados.

Un sistema penal juvenil especializado también exige la creación de instituciones diferentes a las de los/as adultos/as con operadores/as especialmente capacitados/as en cuestiones relativas a los derechos humanos de los niños/as y adolescentes.

Consecuentemente, el alojamiento de niñas, niños y adolescentes aprehendidas por las fuerzas de seguridad en comisarías y/ o dispositivos con idéntico trato que reciben las personas mayores de edad, de modo alguno satisface las exigencias de trato diferenciado ni las necesarias medidas especiales de protección para garantizar los derechos específicos de las personas menores de edad en situación de privación de libertad.

Al respecto, el Comité Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos y Degradantes recomendó a la Argentina la inmediata prohibición de detención de personas menores de edad en dependencias policiales⁶, al requerir que se:

“[G]arantice, como fue asegurado por la delegación del Estado Parte para el caso de la provincia de Buenos Aires, lo siguiente: la prohibición inmediata de retención de menores en dependencias policiales; el traslado a centros especiales de los menores que actualmente se encuentran en dependencias policiales; y la prohibición del personal policial de realizar detenciones de menores por ‘motivos asistenciales’ en todo el territorio nacional”. (CAT/C/CR/33/1, punto 7 inc. G)

A nivel nacional, la CSJN en el fallo Verbitsky⁷, ha señalado que la presencia de adolescentes en dependencias policiales (a) resulta intolerable, (b) configura un agravamiento de las condiciones de privación de libertad y (c) muy probablemente, innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante, susceptibles de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

En este contexto, y a fin de garantizar la especialidad esta Defensoría recomienda que cada jurisdicción cuente con centros especializados desde el momento de la aprehensión para la identificación y alojamiento transitorio de niños, niñas y adolescentes presuntos/as infractores/as, prohibiendo la detención en dependencias policiales y/o de las fuerzas de seguridad.

6. Monitoreo externo de los lugares de encierro: Mecanismo Local de Prevención contra la Tortura.

La Argentina adhirió al Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes con la consecuente obligación de constituir un Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura (en adelante MNPT). De esta manera en 2013 se sancionó la Ley 26.827 la cual crea el Sistema Nacional para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes que se encuentra integrado por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (en adelante CNPT); el Consejo Federal de Mecanismos Locales ambos con funciones de dirección, coordinación y regulación del sistema nacional; y los Mecanismos Locales de Prevención contra la Tortura (en adelante MLPT) que deben ser designados por cada provincia y por la CABA con funciones la prevención de modo directo en cada jurisdicciones.

A la fecha son seis los mecanismos provinciales creados en Argentina, siendo Salta uno de ello al crear en el 2017 mediante Ley 8024 el Sistema Provincial de para la Prevención de la Tortura integrado por el Consejo Consultivo y el Comité Provincial. La ley designa al Comité Provincial como mecanismo local de prevención contra la tortura con funciones de control y monitoreo de los dispositivos de encierro (en sentido amplio) de la provincia, cuyos miembros fueron seleccionados en octubre del 2020.

La designación de este tipo de mecanismos reviste gran importancia para la prevención contra la tortura y protección de los derechos humanos de todas las personas privadas de libertad al tiempo que implican la adecuación del Estado Nacional y de los Estados Provinciales a la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Asimismo, resulta ser un gran aporte al fortalecimiento de las democracias, ya que desde un ámbito estatal independiente, organismos como el referido, controlan y equilibran el ejercicio de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. En adhesión, tienen por mandato la

⁶ Comité contra la Tortura, Conclusiones y Recomendaciones del caso argentino, 10 de Diciembre de 2004. CAT/C/CR/33/1.

⁷“Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus” - CSJN - 03/05/2005

representación ciudadana para la defensa de los derechos humanos, con los objetivos de mejorar el funcionamiento de la administración pública, la rendición de cuentas del Estado y el acceso de las y los ciudadanos a la justicia.

Siendo la provincia una de las pioneras en la sanción del Sistema de Prevención contra la Tortura, esta Defensoría recomienda tener presente las Observaciones Finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina realizadas por el Comité contra la Tortura en tanto instó a la creación de los mecanismos locales y señaló su preocupación por:

“(...) el diseño institucional de algunos mecanismos locales de prevención, que no cumplirían con los criterios de independencia que exige el Protocolo Facultativo de la Convención. Preocupa además al Comité que tan sólo seis provincias cuenten con mecanismos locales que son operativos y algunos se enfrenten a serios desafíos presupuestales para cumplir con su mandato (art. 2)” (CAT/C/ARG/5-6, párr. 25)

En línea con ello, desde esta Defensoría se recomienda dotar de los recursos necesarios al Comité Provincial de modo tal que se garantice el efectivo ejercicio independiente, autárquico de las funciones de monitoreo en el marco de sus competencias como mecanismo local de prevención contra la tortura.

Específicamente en materia de infancias y juventudes, esta Defensoría insta a que el Comité Provincial realice un control efectivo de las condiciones de privación de libertad de los/as niños, niñas y adolescentes sugiriendo para ello la realización de visitas periódicas y espontáneas a los dispositivos destinados a alojar a este colectivo poniendo especial atención a aquellos que forman parte del sistema penal. En adhesión y en el marco de adecuación a las pautas que establece la CDN, se requiere que se garantice la especialidad en derechos de las infancias y juventudes de todos/as aquellos/as efectores del Comité que mantengan contacto con niños, niñas y adolescentes (cfme. principio especialidad).

Finalmente, además del Comité, resulta trascendental la conformación de mecanismos de vigilancia de carácter independiente en la órbita del ministerio público, del poder judicial o de instituciones independientes que monitoreen de manera periódica y sistemática las condiciones de alojamiento y acceso integral a sus derechos por parte de los adolescentes en las instituciones de privación de libertad.

RECOMENDACIÓN

En consideración de todo lo anteriormente expuesto y en función de lo normado en el artículo 55 inc. c de la ley 26061, la Defensora de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes recomienda a la Provincia de Salta:

- a) Adecuar la dependencia de los dispositivos penales juveniles, puntualmente de los dispositivos de encierro, a los criterios de especialidad. Consecuentemente garantice que la gestión de dichos dispositivos sea competencia de una cartera ministerial diferente a la actual, velando porque no quede bajo la órbita del servicio penitenciario ni de fuerzas de seguridad.
- b) Adecuar su legislación procesal penal juvenil a la Convención sobre los Derechos del Niño, los estándares de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes con rango constitucional en nuestro país mediante normas que contemplen la totalidad del circuito penal juvenil y a la Ley Nacional 26.061. Para ello deberá atender particularmente que:

- i. Se excluya a las niñas, niños y adolescentes no punibles de la presente regulación,

Se prohíba la aplicación de medidas privativas de libertad o de cualquier otra medida a niñas, niños y adolescentes no punibles, o que no hayan cometido un delito previamente tipificado.

- ii. Se disponga el cierre de cualquier actuación penal y tutelar una vez constatado que la niña, niño o adolescente carece de la edad requerida para ser considerado punible
- iii. Se impida la implementación de un registro de antecedentes penales juveniles por carecer de todo efecto jurídico,
- iv. Se garantice un proceso penal de carácter acusatorio que vele por el respeto de los principios y garantías del debido proceso atendiendo a las particularidades que exige el principio de especialidad.
- v. Se elimine cualquier previsión legal que habilite la realización de estudios personales a los/as adolescentes por resultar invasivos de su privacidad y carentes de sustento jurídico,
- vi. Se prohíba la adopción de cualquier medida ajena al procedimiento penal que no sea una consecuencia de una sanción en el marco de un proceso acusatorio..
- vii. Se incluya un repertorio de medidas alternativas a la privación de libertad tales como la remisión, la mediación o la suspensión del juicio a prueba, donde la privación de libertad sea la última ratio y durante el tiempo más breve posible; y en articulación con actores de la comunidad de manera tal de facilitar el cumplimiento de las medidas judiciales.
- viii. Se garantice la especialización y capacitación permanente para todos los actores del sistema de justicia penal juvenil: jueces, fiscales, defensores penales juveniles y de la totalidad del personal que desempeñe tareas en los dispositivos penales juveniles (centros cerrados, semiabiertos y programas territoriales).
- ix. Se adecúe los espacios de privación de libertad, conforme a estándares internacionales.

c) Se desarrolle una Política Penal Juvenil y sus correspondientes protocolos de actuación que contemple: accionar de las fuerzas de seguridad en la intervención con niños, niñas y adolescentes, la creación de Centros de Admisión y Derivación, a donde deberán ser llevados los niños y niñas al momento de la detención respetando estándares internacionales; la articulación entre el Sistema Penal y el Sistema de Protección para el control de legalidad y resguardo de los derechos de niñas, niños y adolescentes en situaciones de conflicto con la ley penal.

d) Se garantice la independencia y autarquía del Comité Provincial para la Prevención de la Tortura y Otros Tantos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes -mecanismo local-, como su efectivo funcionamiento a los efectos de cumplir con el mandato de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. (Cfme. Ley provincia 8024/2017)

e) Se promueva el monitoreo periódico y espontáneo de los dispositivos que alojan a niños, niñas y adolescentes por parte de los organismos gubernamentales y de mecanismos de vigilancia independiente existentes en la órbita del ministerio público, del poder judicial, de las instituciones independientes de derechos humanos y del mecanismo local de prevención contra la tortura -cada uno en función de sus competencias específicas- con especial atención en los dispositivos que conforman el sistema penal.



Juan Facundo Hernández
Defensor Adjunto de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes



Marisa Graham
Defensora de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes