

FAMILIA GALLI

7-4-16

MATERIAL UNIDAD XVI:

PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

- LA VOZ DE NIÑOS Y ADOLESCENTES SUJETOS DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN EXCEPCIONAL.
- NORMATIVA INTERNACIONAL, NACIONAL Y PROVINCIAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

LA VOZ DE NIÑOS Y ADOLESCENTES SUJETOS DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN EXCEPCIONAL¹

Por María Magdalena Gallí Fiant²

Publicado en: Revista Derecho de Familia y de las Personas, N° 12, diciembre de 2011. Editorial La Ley.

(ACLARACIÓN: A partir de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, y la autonomía progresiva, cuentan con una consagración expresa en dicho Cuerpo legal).

I- Contexto legal.

La Convención sobre los Derechos del Niño consagró el derecho de los menores de 18 años a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todo proceso administrativo o judicial que los afecte. Así, el artículo 12 estableció el deber del Estado de garantizar al niño *"...que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño... se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"*.

La Ley Nacional de Protección Integral N° 26.061 fue mucho más explícita al definir el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta como uno de los aspectos insoslayables en procura del reconocimiento del interés superior de niños y adolescentes (artículo 3 inc. b), y reafirmó la opción por la escucha abierta e incondicionada de los menores de 18 años cuando incluyó entre las garantías mínimas de procedimiento en ámbitos administrativos como judiciales, el derecho a *ser oída ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte* (artículo 27, inc. a y b)³

Dentro de este marco legal, centraremos nuestras palabras en la consideración del derecho de niños y adolescentes a ser oídos en una instancia particularísima de sus vidas: cuando son separados de su grupo familiar de origen como consecuencia de una medida de protección excepcional dispuesta por la autoridad administrativa de aplicación, y sujeta el control de legalidad en sede judicial. Tendremos especialmente en cuenta que a partir de un marco normativo perfectible pero suficiente, la implementación práctica del Sistema de Protección hace la diferencia.

II- Intervención del Estado: nuevos caminos y nuevos actores.

¹ El presente trabajo fue preparado a raíz de nuestra participación en el Panel "La voz de la niña, niño y adolescente en el proceso de Familia", en las Primeras Jornadas Rosarinas de Derecho de Familia y Sucesiones, preparatorias de las XVII Jornadas Internacionales de Derecho Familiar. Universidad Nacional de Rosario, 19 y 20 de septiembre de 2011.

² Abogada. Especialista en Derecho de Familia (UNL) Protitular de Derecho Civil V de la Facultad de Derecho de la UCA Sede Paraná. Adjunta de Derecho Civil V de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL. Coordinadora Académica de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (FCJS- UNI.)

³ Con diversos matices, las legislaciones provinciales de Protección de niños y adolescentes consagran iguales derechos y garantías de procedimiento, por ej el art. 25 de la ley 12.967 de la Provincia de Santa Fe.

El propósito enunciado requiere que, muy sucintamente, hagamos un recorrido de nuestro Derecho Positivo.

A partir de la entrada en vigencia de la ley N° 10.903 de 1919, se definió un modo de intervención estatal frente a la niñez en situación irregular. El Patronato del Estado era ejercido por medio de los jueces nacionales y provinciales, con concurrencia del Ministerio Público y de los órganos administrativos de ejecución, atendiendo a la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor, proveyendo a su tutela ... (art.4)⁴. Los menores alcanzados por la tutela oficial eran los que habían cometido delitos, los que habían sido víctimas de delitos y los abandonados o puestos en peligro material o moral por sus padres, incluso los menores confiados espontáneamente por sus padres, tutores o guardadores *a un establecimiento de beneficencia pública o privado* (art.8 de la ley). Evaluado ese abandono o peligro material o moral, correspondía a los jueces disponer del menor por un tiempo indeterminado. El modelo tutelar presentaba las siguientes notas: función sustitutiva del grupo familiar de origen, ejercicio discrecional conforme a la evaluación del abandono o peligro material o moral, e indeterminación en el tiempo pues la exclusión del grupo familiar podía extenderse hasta los 21 años. La única participación de los menores que estaba prevista en la ley de Patronato era la que surgía del art. 9, según el cual la autoridad administrativa de aplicación, a través de sus asistentes e inspectores, debía visitar periódicamente los establecimientos de internaciones y *atender a las reclamaciones de los menores y elevarlas al juez*, en su caso.⁵

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño -Ley 23.849 de 1990- y la incorporación de ésta como Tratado con jerarquía constitucional –art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994- el ejercicio del Patronato del Estado fue asumiendo nueva fisonomía⁶. Pero es recién con la sanción de la Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes N° 26.061 del año 2005 cuando se producen modificaciones profundas. En efecto, se deroga la ley de Patronato y se sustituye la Tutela Oficial por un Sistema de Protección sustentado en el respeto a los derechos reconocidos a todos los menores de 18 años, y aplicado por la autoridad administrativa con limitado control jurisdiccional. Asimismo, se ensancha el universo de sujetos protegidos, ya no circunscripto a aquellos considerados en “situación irregular” sino aplicable a todos los niños y adolescentes que se encuentren en suelo argentino. Las provincias dictaron sus propias normas en consonancia con los principios emanados de la Convención.

En síntesis, el régimen legal vigente consagra nuevos caminos y nuevos actores para intervenir ante la vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes, a partir del reconocimiento de éstos como sujetos de derecho, partícipes activos en todas las relaciones que los involucran.

⁴ Zannoni define al Patronato del Estado o Patronato de Menores como la función que incumbe al Estado de ejercer directamente los poderes jurídicos necesarios para asumir la asistencia, educación, guarda y representación jurídica de los menores que carecen de representantes legales o que, aún teniéndolos, se hallan en situaciones de abandono o peligro. (Zannoni, Eduardo A. Derecho de Familia. Tomo 2, 2ª edición, pág 780) Para D'Antonio es la función social que incumbe al Estado en el cumplimiento de su deber de protección de los sectores más débiles, el cual en materia de minoridad se traduce en la tutela de menores de edad que requieren de tal resguardo. Constituye una especie del quehacer genérico referido a la tutela de los sectores sociales carenciados, función estatal ineludible y con cuyo debido ejercicio se satisface el bien común (D'Antonio, Daniel H. Derecho de Menores. 4ª Edición. Astrea, pág. 332.)

⁵ El texto del art. 9 era el siguiente: *“Los menores sobre cuya situación se haya dispuesto de acuerdo con los artículos anteriores, quedarán bajo la vigilancia del Consejo Nacional del Menor, o del Ministerio Público de Menores, según corresponda, quienes deberán controlar la acción de los respectivos tutores o guardadores, e inspeccionarán, por lo menos cada mes, los establecimientos privados o públicos respectivos, por medio de sus visitadores, asistentes, inspectores o miembros integrantes, atenderán las reclamaciones de los menores y pondrán en conocimiento del juez lo que juzgue conveniente para mayor beneficio del asistido”.*

⁶ Citamos a modo de ejemplo la sanción del Código Procesal de Menores de la Provincia de Santa Fe -ley 11.452- de 1996, que en su artículo 4 consagra un estándar de interpretación en consonancia con la Convención: *“Las disposiciones contenidas en la presente Ley deben interpretarse en favor del interés superior del menor y en el respeto por los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, tratados internacionales y Constitución de la Provincia. La carencia de recursos materiales no constituye por sí mismo, motivo suficiente para resolver la situación jurídica del menor”.*

III- Las medidas de protección de derechos de niños y adolescentes.

El sistema de protección de derechos consagrado por la ley 26.061 y las leyes provinciales ha perseguido la desjudicialización de las cuestiones sociales, el cese de la intervención de los magistrados allí donde el Estado-administrador puede actuar para remediar. Por ello, frente a la amenaza o vulneración de derechos de niños o adolescentes se interviene a través de medidas cuya finalidad genérica es el restablecimiento del goce pleno de los derechos afectados. La ley 26.061 prevé dos categorías de medidas administrativas, que serán tomadas en cada caso conforme a la gravedad o intensidad de la vulneración de derechos sufrida y a las estrategias posibles para el restablecimiento de su pleno goce: las medidas de protección integral (art. 33 y siguientes) y las medidas de protección excepcional (art. 39 y siguientes).

Las primeras corresponden ante la amenaza o violación de derechos y garantías, por acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, el grupo familiar, los representantes legales o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente, con el objetivo de preservar o restituir tales derechos. Son modificables o revocables, y las decide y aplica autoridad administrativa sin control judicial. Las excepcionales, por su parte, son subsidiarias de las anteriores y proceden ante la ineficacia de aquellas para lograr la conservación o recuperación de los derechos y garantías vulnerados; su nota distintiva es que privan al niño de su medio familiar o centro de vida y por ello deben ser limitadas en el tiempo. Las decide y aplica la autoridad administrativa conforme a los criterios legales, y están sujetas al control de legalidad que ejercen los tribunales competentes en materia de Familia.

Destacar la incidencia capital que una medida de protección excepcional tiene en la vida de un niño o adolescente es casi una obviedad. El desarraigo del medio donde habitualmente se desarrolla, aunque sea el único recurso idóneo para preservar sus derechos e incluso su vida misma, siempre acarrea la pérdida de lazos y afectos valiosos.

Niños y adolescentes sujetos de una medida de protección excepcional transitan un momento crítico, y es en los momentos críticos cuando se aprecia si los derechos y garantías reconocidos por la ley son efectivamente respetados o no pasan de ser meras declamaciones.

IV- El derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta: presupuestos de efectividad en caso de medidas de protección excepcionales.

Tal como se indica en la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su párrafo 98, *"Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías"*. En busca del pasaje de la "enunciación" a la "acción", proponemos los que consideramos presupuestos de efectividad del derecho de niños y adolescentes separados de su grupo familiar a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta:

- a) *No está condicionado por la capacidad jurídica*: El derecho a ser oído, conforme a la regulación en nuestro Derecho interno, no está condicionado a la capacidad jurídica del niño o adolescente. Con la inclusión de una fórmula tan amplia como la del artículo 27 incs a y b de la ley 26.061, no cabe ninguna distinción entre niños incapaces absolutos o relativos de hecho, a la hora de respetar su derecho a ser oídos, cualquiera sea la forma en que se manifiesten. Como dice Pettigiani, la necesidad de escuchar al menor, en el sentido amplio que le da, no depende de su edad y madurez, ni de su estado mental, sino de su consideración como persona.⁷ Corresponde a la autoridad administrativa y, en su caso, a la judicial, prever el modo de implementar la escucha del niño separado de su familia conforme a sus circunstancias particulares.
- b) *Inmediación*: Niños y adolescentes sujetos de una medida excepcional deben tener un acercamiento directo con la autoridad responsable de dictar una resolución tan trascendental en sus vidas. Sin perjuicio de la intervención de diversos profesionales en las etapas previas o posteriores a la determinación de la medida, no debe diluirse su participación reduciéndola a un contacto con actores ajenos a los ámbitos de decisión.
- c) *Derecho a ser informado*: Es indispensable que el niño o adolescente sujeto de una medida excepcional sea debidamente informado acerca de su situación, respetando sus particularidades – edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, como dice el art. 3 inc. c) de la ley 26.061-. Aquel que ha sido desarraigado de su grupo familiar debe recibir información que le permite conocer, en la medida de sus posibilidades, qué está pasando en su vida. La efectividad del derecho a ser oído depende del respecto de su insoslayable derecho a ser informado; en efecto, para poder ejercer adecuadamente su derecho requiere del previo cumplimiento de un deber de información por parte de la autoridad de aplicación como único medio gracias al cual la voz del niño y adolescente sujeto a la medida excepcional será una voz cargada de contenido y no una mera participación formal.
- d) *Valoración y apreciación*: El sujeto de una medida excepcional tiene derecho a expresarse con respecto al contenido mismo de la medida a tomar y su implementación. Ello surge directamente del art. 41 inc. a) de la ley 26061, que señala entre los criterios para la aplicación de las medidas excepcionales, que la determinación del medio familiar alternativo para la permanencia temporal se hará *en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes*.⁸
- e) *Continuidad y progresividad*: El derecho a ser informado y a expresar su opinión debe ser directamente proporcional a la gravedad de la medida adoptada por la autoridad de aplicación. Cuanto mayor sea el desarraigo de su grupo familiar de pertenencia, más intenso es el deber de anunciar al niño o adolescente acerca de las implicancias de la decisión tomada, el carácter temporal de la misma y las medidas que se implementarán a fin de evaluar la conveniencia o no de reintegrarlo a su familia. Sólo conociendo esto estará en condiciones de hacer oír su voz.
- f) *Preservación de lazos afectivos*: Durante el curso de la medida excepcional y sus posibles prórrogas, la autoridad de aplicación debe velar por la preservación, en cuanto sea posible, de los lazos afectivos saludables para el desarrollo del niño y adolescente temporariamente separado de su

⁷ Pettigiani, Eduardo Julio “Escuchar al menor es conocerlo” en “La Familia en el nuevo Derecho” Tomo II, pág. 207, obra colectiva dirigida por Kemelmajer de Carlucci, Rubinzal-Culzoni editores, 2009.

⁸ En la ley 7338 de Protección Integral de los Derechos de todos los niños y adolescentes, de la Provincia de San Juan, está previsto que en caso de disponer judicialmente la residencia de un menor en una familia alternativa “*siempre que sea posible, el niño y adolescente deberá ser previamente oído y su opinión debidamente considerada*” (art. 58)

grupo familiar. Por ello, lejos de formar una barrera entre el niño y su pasado, debe intentarse el mantenimiento del vínculo con aquellas personas significativas para él, aún más allá de los lazos jurídicos parentales, en la medida en que él desee hacerlo. En la búsqueda de tales lazos, la escucha atenta del niño y adolescente es definitiva. De este modo se respeta el texto legal expreso, art. 41 inc. c) de la ley 26061: *“Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutiva del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes”*. Se cumple así un doble objetivo: minimizar los efectos negativos del desarraigo, y dejar tendidas las redes para una futura reinserción en el grupo familiar, si ello fuera lo más conveniente para el interés del niño o adolescente.

V- Autoridades responsables de escuchar al niño y adolescente.

Tal como hemos señalado al comienzo, el marco legal generado a partir de la sanción de la ley 26.061 define un nuevo modo de intervención del Estado en protección de los derechos de niños y adolescentes, y allí cuando resulta necesario separarlos temporalmente de su medio familiar aparece la interacción de órganos administrativos y judiciales.

La decisión de la medida de protección excepcional es atribución de la autoridad administrativa. Por ello, el primer responsable de oír al niño o adolescente separado de su grupo familiar es el órgano de Protección de derechos. En el modo que se estime más apropiado a las circunstancias, deberá satisfacerse la información y escucha directa al tiempo de evaluar la conveniencia del desarraigo, y sólo parece legítimo posponer esta instancia cuando la urgencia imponga una actuación inmediata. El mismo deber de información y escucha se prolonga durante el curso de la medida y sus prórrogas, y su previsión no puede estar fuera de los planes de acción que trace la autoridad de aplicación con respecto a la situación de estos sujetos.

La intervención del magistrado competente en Familia llegará a través del control de legalidad de la medida excepcional, instancia en la cual no debe limitarse al examen meramente formal de la decisión administrativa, sino a hacer mérito sobre la razonabilidad de la misma –y eventualmente, de sus prórrogas-. Sin dudas, entre los aspectos a considerar, el juez analizará si el niño o adolescente ha sido debidamente informado y escuchado conforme a sus particularidades, y nada obsta a que disponga un encuentro directo con él en sede judicial. Demás está decir que dicho encuentro puede imponerse por iniciativa del sujeto de la medida, conforme lo habilita el art. 27 incisos a) y d) de la ley 26.061.

En síntesis, la misma interacción que se prevé entre órganos administrativos y judiciales respecto de las medidas de protección excepcional, se refleja en su responsabilidad ante la satisfacción del derecho del niño y adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en esta etapa tan significativa en su historia de vida.

VI- ¿Quién vela por este derecho del sujeto de la medida excepcional?.

Si en el complejo proceso de intervención ante la vulneración de derechos, las autoridades responsables desoyen la voz de niños y adolescentes separados de su grupo familiar, se estarán menoscabando

nuevamente sus derechos. Si a la falta de escucha se suma la prolongación en el tiempo de la medida excepcional, se coartan también sus posibilidades de restablecer o crear lazos de pertenencia con un grupo familiar donde crecer y desarrollarse saludablemente.

El cambio paradigmático del que tanto se ha hablado y escrito, el paso del “niño objeto de tutela” al “niño sujeto de derecho” implica necesariamente que pueda posicionarse frente a la autoridad administrativa y judicial que dispone sobre su vida. Su condición de niño o adolescente aconseja la asistencia letrada especializada (art. 27 inc. c) ley 26.061) como medida de compensación de la situación de desigualdad real en la que se encuentra a la hora de defender sus derechos⁹. Propiciamos, en consecuencia, la intervención del Abogado del Niño como figura apropiada para encausar la participación del mismo en el ámbito administrativo y judicial, y para exigir el respeto de su derecho a ser informado y a expresar sus deseos y opiniones cuando las difíciles circunstancias de su vida han aconsejado que sea separado de su grupo familiar.

⁹ Aplicamos aquí lo previsto en el párrafo 97 de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos