

Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el judicial (art. 35 inc. H, ley 13.298, decreto 300 y ley 13.634 y Res. MDH nro 171/07)"

Abog. María Victoria Pellegrini*

1. Introducción

En un claro intento de adecuación legislativa a los estándares internacionales respecto a la protección de derechos de la niñez se estableció normativamente en la provincia de Bs.As. el denominado "Sistema de protección integral de derechos de los niños", a través del dictado de leyes, sus decretos reglamentarios y diversas resoluciones administrativas, actualmente en implementación¹.

Como toda transformación, el traspaso de un modelo legislativo a otro genera muchas expectativas, inquietudes y dudas², que se irán despejando en la medida de su aplicación.

Sin perjuicio de ello, el actual sistema de protección integral ya ha generado dificultades y algunas discusiones en el ámbito doctrinario, sea señalando aciertos o errores, pero probablemente con la finalidad de maximizar la eficacia de la puesta en acto de aquello legislado.³

A través de este trabajo pretendo avanzar en la discusión de uno de los temas que mayores inconvenientes genera en la implementación. Para ello, y teniendo en cuenta que en otros capítulos de esta obra colectiva se analiza en qué consiste el sistema de protección de derechos legislado, cuáles son sus principios y los estándares en los cuales se asienta; me concentraré específicamente en las medidas excepcionales de protección de derechos, en el marco del inc. h del art. 35 ley 13.298 sus modificatorias y reglamentaciones. Intentaré delimitar en qué consisten, cuáles son los inconvenientes que desde lo conceptual presentan, para luego analizar qué están diciendo los tribunales en la aplicación de la legislación en los casos concretos. Utilizaré la escasa jurisprudencia existente, pero que nos facilitará vislumbrar cuál es el estado de situación en la implementación del sistema de protección integral en la provincia de Buenos Aires.

* Abogada especialista en Derecho de Familia. Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho (Universidad Nacional del Sur)

¹ Ley 13.298, y su decreto reglamentario 300/2005, modificada y complementada por la ley 13.634, la cual reorganiza el fuero de familia y crea el fuero penal del niño, resoluciones nro. 171 y sus anexos y nro 166 del Ministerio de Desarrollo Humano. La ley 13.821, a su vez, modificó la ley 13.634 fundamentalmente respecto a la fecha de plena vigencia de las modificaciones a los fueros de familia y penal, estableciendo como fecha máxima el 1 de diciembre de 2008, y resuelve la competencia en la etapa de transición en cabeza de los Tribunales de Menores provinciales.

² Estas dificultades, dudas, paradojas, emergentes del cambio de un modelo legislativo a otro, han dado lugar a un concepto utilizado por Emilio García Méndez, el "paradigma de la ambigüedad": "El paradigma de la ambigüedad se encuentra muy bien representado por aquellos que, rechazando de plano el paradigma de la situación irregular, no consiguen acompañar -tal vez por la disminución de las prácticas discrecionales y paternalistas en el trato con los niños- las transformaciones reales y potenciales que se deducen de la aplicación consecuente del paradigma de la protección integral, que considera al niño y al adolescente un sujeto de derechos, y no menos, de responsabilidades". García Méndez, Emilio, "Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), "Infancia. Ley y democracia..." cit., p. 16. Degano, Jorge A., "Minoridad. La ficción de la rehabilitación. Prácticas judiciales actuales y políticas de subjetividad" Ed. Juris, Rosario, 2005, p. 74, citado por VILLAVARDE María Silvia en "Nuevo derecho de la infancia y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires. Parte I. Claves de interpretación de la reforma" LNBA 2007-11-1217

³ Entre ellos, sumamente interesante resulta el trabajo de FERNANDEZ Silvia Eugenia "Sistema de protección integral en la Provincia de Buenos Aires. La reformulación de roles de los poderes administrativo y judicial a partir de las leyes 13.298, 13.634 y decretos reglamentarios 300/05 y 44/07", LLBA 2008 (mayo), 341.

Todo ello, teniendo presente la ley nacional 26.061, en tanto y en cuanto constituye el “piso mínimo legislativo”⁴ de aplicación local, sea en la provincia de Buenos Aires (complementando vacíos o interpretando armónicamente bajo el prisma del principio pro homine las contradicciones que pudieran surgir) o en aquellas provincias que aún no hayan legislado específicamente la protección de la niñez.⁵

2. Breve descripción para precisar el contexto.

Las leyes 13.298, 13.634 y sus modificatorias, como así también sus decretos reglamentarios y resoluciones administrativas, han diseñado un sistema de promoción y protección integral de derechos de los niños de intervención mixta: administrativa y judicial, al que ha denominado “Sistema de promoción y protección integral de derechos” y ha definido como un conjunto de organismos (administrativos y judiciales), entidades y servicios que coordinan, ejecutan y controlan las políticas públicas en materia de infancia con la finalidad de brindar adecuada protección a los derechos de los niños y asegure el pleno disfrute de los mismos.⁶

A grandes rasgos, instituye la autoridad de aplicación en sede administrativa (Ministerio de Desarrollo Humano) y crea los organismos administrativos y judiciales indispensables para la implementación de la ley.

Los organismos administrativos creados son los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos (SLPPD) y los Servicios Zonales de Promoción y Protección de Derechos (SZPPD). Los primeros, puestos en funcionamiento por los municipios que adhirieran a la ley y los segundos, dependientes del Ministerio de Desarrollo Humano provincial, con facultades de supervisión y coordinación sobre los servicios locales.

Los servicios locales son unidades operativas compuestas por profesionales de diversas disciplinas (abogados, psicólogos y trabajadores sociales) y tienen a su cargo la intervención directa e inmediata ante la

⁴ Tal como lo sostienen HERRERA Marisa y FAMA María Victoria en “Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”. RDF 39 p.19.

⁵ “En virtud de su rango federal, la ley 26.061 habrá de ser respetada por todas las provincias como norma de contenidos mínimos, con aplicación en todo el territorio nacional. Es que conforme los incisos 19 y 23 del art. 75 de la CN, la protección integral de los derechos de los niños resulta competencia del Estado Federal. Sin embargo, se ha explicado que, por la materia regulada –derechos civiles y sociales de la infancia–, el contenido de la ley 26.061 enmarcaría en el llamado “federalismo de concertación”, en virtud del cual y a pesar de la competencia exclusiva en cabeza del órgano federal (conf. art. 75 inc 12 CN), las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires participan en la aplicación de la ley. Justamente aclara el citado inciso 12, que la aplicación de la ley federal “no debe alterar las jurisdicciones locales”. De tal modo, y como ocurre con todos los contenidos dogmáticos de la CN, las provincias pueden maximizar el plexo de derechos, “agregar” un plus superior a nivel provincial, siempre respetando el piso mínimo de la Norma Federal. En nuestro caso, entonces, la 26.061 configuraría la base a partir de la cual las provincias pueden desarrollar o ampliar la tutela en materia de infancia, sin que esto signifique afectación de facultades federales sino ejercicio de las autonomías provinciales y aplicación local de la ley federal, por órganos provinciales. Por su parte, la ley nacional resultará de aplicación para las provincias que no hayan dictado sus propias normativas. Finalmente, ante colisión entre la norma nacional y provinciales, habrá de estar por la hermenéutica que en mejor medida realice el principio “pro homine” -y en el caso, el principio “pro minoris”-, con prevalencia de la solución más favorable a la persona, a la postre, menor de edad” conforme FERNANDEZ Silvia en “Sistema de protección...” citado en nota 3.

⁶ **Art. 14 ley 13.298:** El Sistema de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños es un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino. El Sistema funciona a través de acciones intersectoriales desarrolladas por entes del sector público, de carácter central o desconcentrado, y por entes del sector privado.

Para el logro de sus objetivos el sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños, debe contar con los siguientes medios: a. Políticas y programas de protección de derechos, b. Organos administrativos y judiciales, c. Recursos económicos, d. Procedimiento, e. Medidas de protección de derechos

amenaza o violación de derechos de niños, niñas y adolescentes, sea por denuncia de los propios niños, cualquier interesado o incluso de oficio. Su actuación está encaminada fundamentalmente a favorecer el acceso de los niños a planes y programas disponibles en su comunidad tendientes a prevenir, asistir, proteger y/o restituir sus derechos vulnerados⁷.

El eje de la intervención tiende al fortalecimiento de la función familiar, a través de la ejecución e implementación de políticas públicas específicas que permitan remover los inconvenientes y dificultades que pudieran presentar las familias en su función originaria de crianza y desarrollo de los niños.⁸

Se establece un procedimiento de actuación, caracterizado por la búsqueda de consensos y compromiso de los actores directos de la situación planteada; ya que los servicios locales no disponen las medidas, sino que formulan propuestas para facilitar a los padres o responsables legales, el ejercicio de los deberes y derechos con relación a ellos, resaltándose el carácter consensuado de las decisiones que en cada caso se adopten.⁹

Ahora bien, si ocurriera alguna de estas circunstancias: a) fracaso de tales medidas, b) falta de consenso, o c) dependiendo de las consecuencias jurídicas de la medida (específicamente la separación del niño de su ámbito familiar); se impone la necesaria intervención judicial.

2.b. Medidas de protección de derechos

La aplicación de medidas de protección es la forma primaria, básica y esencial de intervención de los SLPPD, y así son definidas en la ley 13.298 (art. 32). Resulta conveniente destacar que si bien la norma establece que las medidas de protección son aquellas que “*disponen*” los SLPPD, al reglamentar y precisar la función y forma de actuación de los servicios locales (art. 18 dec. 300/05) queda claro que las medidas no son dispuestas ni impuestas sino que los SLPPD proponen posibles alternativas de acción, pues su actuación está limitada a la búsqueda de alternativas de resolución de conflictos consensuadas con los responsables del niño.

Se establecen criterios generales de intervención: a) medidas con plazo limitado en el tiempo, imponiendo ello su revisión periódica; b) aplicación prioritaria de aquellas medidas que tiendan a la preservación y fortalecimiento familiar y c) excepcionalidad de la medida que implique la separación del niño de su ámbito familiar, la cual no implicará privación de la libertad, es decir, expresamente se dispone la no punibilidad del abandono unilateral del niño de la medida¹⁰.

Luego, el art. 35 enumera en ocho incisos una serie de medidas de protección¹¹. Las siete primeras, justamente, están destinadas a fortalecer la

⁷ Arts. 18 y 19 ley 13.298

⁸ Criterio reiterado en varios artículos: 3, 9, 19, 34 y otros de la ley 13.298 (to ley 13634)

⁹ Conforme lo dispone expresamente el art. 18.1 del decreto reglamentario 300/2005.

¹⁰ Arts. 33 y 34 ley 13.298 to ley 13.634

¹¹ **Art. 35 ley 13.298 (to. Ley 13.634).** *Comprobada la amenaza o violación de derechos podrán adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar, b) Solicitud de becas de estudio o para guardería y/o inclusión en programas de alfabetización o apoyo escolar, c) Asistencia integral a la embarazada, d) Inclusión del niño y la familia en programas de asistencia familiar, e) Cuidado del niño en el propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño a través de un programa, f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño o de alguno de sus padres, responsables o representantes, g) Asistencia económica, h) Con carácter excepcional y provisional la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro (24) horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida en el plazo de setenta y dos (72) horas. La observancia de la notificación es considerada deber del funcionario público a cargo. Su incumplimiento traerá aparejada la aplicación de sanciones*

función familiar, preservando así el mantenimiento del niño en su medio familiar. Se trata en definitiva de la aplicación de políticas públicas tendientes a remover inconvenientes que pudieran tener las familias en su función básica de contención, crianza y educación de los niños. Es decir, cuando la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos de los niños puede ser revertida y restituido el pleno goce de tales derechos con algún programa de política social. Son aquellas medidas que en el marco de la ley 26.061 la doctrina ha denominado “medidas ordinarias de protección de derechos”. Este tipo de medidas son propuestas por el SLPPD y puestas en acción con el consenso de los responsables del niño, en tanto la función característica de los SLPPD es de resolución de conflictos.

Pero la última de las medidas consignadas (inc. h del art. 35) tiene características muy diferentes, tanto por su naturaleza, como por los motivos que justifican su procedencia, el procedimiento impuesto y las consecuencias jurídicas que implica. Sería una medida de tipo “excepcional”, siguiendo la distinción efectuada doctrinalmente respecto a las medidas de intervención previstas en la ley 26.061¹².

Resumiendo entonces, los SLPPD intervienen ante la amenaza o vulneración de los derechos de los niños, a petición de cualquier interesado o de oficio, proponiendo una serie de medidas de fortalecimiento familiar, las cuales se aplicarán en forma consensuada con los responsables del niño, mediante un procedimiento determinado por la reglamentación, limitadas en el tiempo, revisables y sometidas a seguimiento. Pero aquellas medidas que impliquen el alejamiento del niño de su medio familiar, están sometidas a requisitos de procedencia y aplicación de mayor rigurosidad y que por sus características, consecuencias jurídicas y reglamentación merecen ser analizadas por separado.

2.c. Medidas que implican la separación del niño de su medio familiar.

disciplinarias y penales correspondientes.(lo subrayado fue observado por el art. 6 del decreto 44/07, de promulgación de la ley 13.634, y no se encuentra vigente)

¹² Respecto a las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061: “El art. 39 —mediante un tipo jurídico abierto-regula las denominadas medidas excepcionales, que de modo restrictivo y bajo ciertas circunstancias especiales pueden dictar los organismos administrativos y cuyo elemento o particularidad reside en la separación de un niño de su grupo familiar de origen. El texto de los articulados de la ley referidos a las medidas excepcionales (arts. 39 a 41 inclusive) permite advertir la causa, el objeto y la naturaleza de este tipo de medidas. Las causas que posibilitan la adopción de estas medidas son aquellos supuestos fácticos donde los niños, niñas y adolescentes deberían estar temporal o permanentemente privados de su medio familiar. El objeto de ellas debe estar orientado a la cesación de la violación o amenaza de conculcación (por acción u omisión) de los derechos subjetivos y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, como así también, la reparación de los daños que pueden haberse impetrado. La naturaleza se relaciona con su limitación temporal, donde rige el concepto de que lo distinto a lo normal no puede ser permanente y por ende, su fin último es posibilitar que con la adopción de esta clase de medidas se pueda regresar a la normalidad. En otros términos, que estas medidas sólo pueden prolongarse siempre y cuando persistan las causas (excepcionales) que las justificaron. A su vez en este marco cabría distinguir tres tipos de situaciones fácticas que darían lugar a la separación de un niño de su familia: 1) aquellas que instan la separación transitoria, por lo cual y de conformidad con el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, se deberá focalizar la intervención hacia el reintegro o regreso del niño a su familia en un sentido amplio de conformidad con el art. 7 del dec. 415/2006, es decir, abarcativo de los progenitores, algún miembro de la familia ampliada o referente afectivo; b) aquellas situaciones excepcionalísimas que dan lugar a la decisión de separar en forma permanente al niño de su núcleo familiar (por ejemplo, situaciones de abuso sexual o abandono de un niño en la vía pública); y c) los supuestos fácticos donde ellas comienzan siendo advertidas como causa de separación transitoria, pero dicha provisionalidad se sostiene en el tiempo, culminándose en una separación permanente a través de la figura de la adopción (art. 311 y sgtes. Código Civil)” GIL DOMINGUEZ, Andrés, HERRERA Marisa y FAMA María Victoria en “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061 Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes” La Ley 2007-D, 876.

En forma preliminar resulta conveniente destacar que la ley 13.634 (art. 100) modificó sustancialmente la forma en que este tipo de medidas fueran reguladas originariamente por la ley 13.298.¹³

Las modificaciones introducidas implican, en concreto, la necesidad de intervención judicial ante este tipo de medidas, ya que: a) se incorpora la notificación al Juez de Familia, además de la ya prevista al Asesor de Menores; b) se establece la finalidad de tal notificación (control de legalidad) y c) se suprime la exigencia de consenso con el niño o su familia para que el Servicio Local disponga esta medida, pues originariamente sólo se preveía el alejamiento del niño de su medio familiar decidido en ámbito administrativo con el consenso del niño o su familia dado que a falta de consenso debía decidirse en sede judicial.

Se ha sostenido que al suprimir la exigencia de consenso con el niño o sus padres o responsables legales, la decisión que implique alejamiento del ámbito familiar consensuada con la familia puede ser acordada en el ámbito de actuación de los SLPPD, sin requerir la intervención judicial, pues se trataría de una forma de ejercicio de la patria potestad, ajena a la figura del abrigo¹⁴.

La diferencia es clara: si la medida es dispuesta por los SLPPD se impone la intervención judicial –a través del control de legalidad- ante la aplicación de toda medida que implique la permanencia transitoria de un niño fuera de su ámbito familiar. Pero si a través de la intervención de los SLPPD los padres o representantes legales del niño acceden a un programa de tratamiento de adicciones o de salud mental que implique internación, y deciden voluntariamente incorporar al niño a alguno de tales programas, no se tratará específicamente de una medida dispuesta por los SLPPD y no requieren por tanto control judicial.¹⁵

A su vez, las especificaciones respecto a estas medidas las realiza el decreto 300/05, reglamentario de la ley 13.298, en su versión original. Es decir, previo a las importantes modificaciones incorporadas por el art. 100 de la ley 13.634, resultando por tanto inaplicable todo aquello que contradiga estas modificaciones. Por último, siendo el Ministerio de Desarrollo Humano provincial la autoridad de aplicación de esta ley, mediante resolución 171 (del 1 de marzo de 2007) se establecen pautas de cumplimiento obligatorio para la implementación de este tipo de medidas.

En definitiva, analizar el inc. h del art. 35 nos impone la obligación de tener en cuenta: la versión original de la ley 13.298, las disposiciones del decreto reglamentario 300/05 (en tanto y en cuanto sean compatibles con el texto legal vigente), la versión actual derivada de las modificaciones

¹³ **Art. 35 inc. h original ley 13.298:** *Permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto al Asesor de Incapaces. Esta medida es de carácter excepcional y provisional. Cuando la medida no sea consensuada por el niño y quienes ejerzan su representación legal, será dispuesta por la autoridad judicial competente.*

Art. 35 inc. h modificado ley 13.634: *Con carácter excepcional y provisional la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro (24) horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida en el plazo de setenta y dos (72) horas. La observancia de la notificación es considerada deber del funcionario público a cargo. Su incumplimiento traerá aparejada la aplicación de sanciones disciplinarias y penales correspondientes.* (lo subrayado fue observado por el art. 6 del decreto 44/07, de promulgación de la ley 13.634, y no se encuentra vigente)

¹⁴ LOPES Cecilia y MASSANO María A. "Medidas de protección de personas vs. Medidas de protección de derechos en la Provincia de Bs.As." LNBA 2008-4-367

¹⁵ Previsto expresamente en anexo III de la Resolución 171/07 MDH. Sin embargo, habrá que prestar especial atención cuando la separación del niño de su familia implique la decisión de su entrega en guarda para una futura adopción, pues en este supuesto la intervención debe ser necesariamente judicial

introducidas por la ley 13.634 y la resolución del Ministerio de Desarrollo Humano nro. 171/07.

El texto legal regula en forma genérica la permanencia excepcional y provisional del niño fuera de su ámbito familiar. El decreto reglamentario 300/05 denomina a estas medidas “abrigo” y la resolución MDH 171/07 distingue entre dos posibles medidas que implican tal alejamiento, denominándolas: “abrigo” y “guarda institucional”. Esta última es la que presenta mayores dificultades en términos jurídicos.

Analizaremos en qué consisten estas medidas (abrigo y guarda institucional), teniendo en cuenta que ambas presentan las mismas características generales en cuanto a excepcionalidad, provisionalidad, y finalidad de protección de derechos. Luego, deberemos abocarnos a las particularidades del control judicial exigido en la norma.

En concordancia con la finalidad expresa del sistema de protección - procurar el fortalecimiento de las funciones familiares-, toda medida que implique alejar al niño de su familia se caracteriza, en primer lugar, por su excepcionalidad. Es decir, que sólo son procedentes ante situaciones específicas y en atención al interés superior del niño, habiéndose agotado las medidas de protección de fortalecimiento familiar.

El texto legal no determina cuáles son los motivos que habilitan la disposición de este tipo de medidas. De la reglamentación surge que deben ser graves y efectúa una enumeración de circunstancias que implican tal excepcionalidad, sólo a título meramente ejemplificativo, pues la pauta general es el interés superior del niño. Así, resulta procedente por: a) violaciones a derechos del niño que impliquen grave perjuicio para el niño; b) a petición del niño por motivos fundados y c) definido por su finalidad: para ubicar a responsables del niño por encontrarse solo, perdido o sin referente adulto. Se reitera, además, la provisionalidad y su carácter instrumental ya que se dispone a los fines de elaborar una estrategia que permita su reinserción familiar y/o derivación a otro programa.

La provisionalidad del abrigo surge tanto de sus características de medio para obtener luego el reingreso del niño en su familia; como por el establecimiento de un plazo temporal determinado: se dispone por un máximo de treinta días, prorrogable por única vez y por motivos fundados por otros treinta días más. Es decir, un plazo máximo total de sesenta días, tal como fue previsto por el art. 35.3 del decreto reglamentario 300/05 y ratificado por la resolución ministerial 171/07 –e introduce la necesidad de debida fundamentación al pedido de prórroga-.

Sin perjuicio de establecer el plazo máximo indicado, el art. 35.3 del dec. 300/05 admite la posibilidad, si fuera necesario, de mantener esta permanencia en entidades de atención social y/o salud “por tiempo más prolongado”. Se advierte aquí una contradicción con el diseño instrumentado. Justamente se impone un plazo máximo para evitar que los niños permanezcan fuera de su ámbito familiar sin limitación temporal. Y luego, se admite que pudieran permanecer “por tiempo más prolongado” sin precisar de algún modo cuánto es este tiempo más prolongado. Sigue disponiendo el párrafo indicado que en tales supuestos se deberá consensuar con el niño “su proyecto de vida”. Vale aquí recordar que el decreto está reglamentando la primera versión legal de esta medida, la cual exigía como vimos, el consenso del niño para su

disposición en sede administrativa, cuestión que fuera modificada por la ley 13.634.

En definitiva, considero que teniendo en cuenta la actual redacción del art. 35 inc. h, los límites temporales impuestos en la reglamentación y la finalidad explícita de estas medidas resulta inaplicable la posibilidad de prorrogar la permanencia del niño fuera de su ámbito familiar sin fundamentación y sin límite temporal. Eventualmente, con debida fundamentación que satisfaga el interés superior del niño podría aplicarse el máximo previsto para las medidas excepcionales de la ley 26.061, a través de su decreto reglamentario: noventa días prorrogables por única vez y por motivos fundados por otros noventa. Incluso así, vencidos los plazos y de mantenerse la situación de vulneración de derechos en el seno familiar, deberá tomarse otra medida, con distinto alcance, finalidad y procedimiento.

Continuando con el análisis, son medidas de neto corte instrumental. Durante el plazo que dure, el SLPPD deberá trabajar juntamente con la familia de origen a fin de remover aquellos obstáculos que impedían la debida protección de los derechos del niño por parte de la familia, facilitando en todo momento el contacto del niño con su grupo familiar, priorizando la cercanía física en la elección del lugar de destino del niño y la unidad entre hermanos; todo ello porque el objetivo de la separación temporal y provisional es lograr su reinserción familiar, en la medida de lo posible. De no serlo, igualmente es una intervención de carácter primario y provisorio hasta tanto se evalúen otras medidas administrativas y/o judiciales de protección de derechos.

Se resalta también en la reglamentación la obligatoriedad de escuchar la opinión del niño, de informarle los motivos, las estrategias de acción que se instrumentarán, las consecuencias materiales y jurídicas de la decisión y de todo el procedimiento a implementar.

Ahora bien ¿qué sucede si en el plazo dispuesto no se logra el objetivo primario de reinserción familiar?

El decreto 300/05 dispone que una vez vencido el plazo de separación del niño de su familia, sin haber logrado modificar las circunstancias que dieran lugar a tal medida, el SLPPD debe presentar por escrito al Asesor de Menores –en un plazo de cinco días– un detalle de toda la intervención, las características de la familia del niño (sus debilidades y fortalezas), los resultados obtenidos, la necesidad de mantener la separación y el eventual acuerdo de los padres o representantes del niño con ello. Todo, con la finalidad de requerir al Asesor que promueva las acciones civiles que estime necesarias para la protección de los derechos del niño. Finaliza así la intervención netamente administrativa y se deriva a instancia estrictamente judicial.

La resolución ministerial 171/07 mantiene el mismo criterio, pues requiere la intervención judicial una vez vencido el plazo del abrigo, pero establece que “habrá de solicitarse la guarda institucional del niño a través del Asesor de Incapaces al Juzgado de Familia”. Introduce así la llamada “guarda institucional”.

Continúa la mencionada resolución definiendo esta guarda institucional, recurriendo para ello a ejemplificaciones, utilizando una redacción más que deficiente. Sin perjuicio de ello, resulta claro que esta figura se torna procedente ante la necesidad de mantener la situación de alejamiento del niño de su familia durante más tiempo que el correspondiente al abrigo.

¿De qué se trata entonces esta guarda institucional? En principio, pareciera ser una de las formas que pudiera tomar la “permanencia temporal y transitoria de un niño fuera del ámbito familiar” previstas en el art. 35 inc h, pues dos serían las medidas posibles: abrigo y guarda institucional. Pero la primera de ellas (abrigo) está claramente reglamentada (procedencia, procedimiento, limitación temporal, control de legalidad) mientras que la guarda institucional está reservada exclusivamente al ámbito judicial.

3. Cuestiones problemáticas de las medidas de protección de derechos

Analizaré a continuación algunas cuestiones que considero problemáticas en la implementación de las medidas de protección de derechos, fundamentalmente como consecuencia de ciertas deficiencias en la regulación.

3.a. Medidas de permanencia fuera del ámbito familiar.

Resulta al menos llamativo y sumamente confuso cómo se han legislado este tipo de medidas de protección que implican el alejamiento del niño de su ámbito familiar, pues si bien se proclama que este sistema de protección implica un cambio de paradigma y el consecuente abandono de la doctrina de la situación irregular, entiendo que no logra quebrar acabadamente la intervención tutelar.

En efecto, es casi absurdo –cuanto menos- pretender que en un plazo máximo de sesenta días se lograrán remover los obstáculos que impiden a una familia garantizar en forma primaria los derechos de los niños, sea que se deriven de necesidades básicas insatisfechas por carencias económicas (vivienda, educación, falta de empleo, salud) o por situaciones de maltrato o abuso infantil en el seno familiar. Una vez que se agotaron las medidas “ordinarias” de protección de derechos y se deba decidir la permanencia del niño fuera de su ámbito familiar, seguramente el plazo de sesenta días resultará insuficiente para lograr la reinserción familiar. Y a la decisión judicial de mantener una medida que implique “permanencia fuera del hogar” no le es impuesto en la norma provincial ningún otro límite temporal. Es decir, nuevamente quedaría a criterio judicial cuál es el tiempo durante el cual un niño se mantiene en esta situación provisoria previo a decidir otro tipo de actuación, como sería una guarda preadoptiva.

Ciertamente, resulta un avance de la legislación local que la decisión judicial de la permanencia fuera del hogar (vieja institucionalización) requiera fundamentar su procedencia, subsidiaridad y provisionalidad, pero hubiera resultado conveniente que la ley estableciera una regla clara que impusiera un límite temporal máximo de mayor coherencia para lograr efectivamente la reinserción familiar.

Y ¿qué sucede con los niños que se encuentran institucionalizados por disposición de los jueces de los Tribunales de Menores, en el marco del derogado dec. 10.067?

La ley 13.634 dispuso (art. 96) el traspaso de la información y documentación relacionada a los expedientes judiciales radicados ante los Tribunales de Menores provinciales a los Servicios Locales de Protección de Derechos, específicamente: a) aquellos de carácter asistencial con niños internados con su expresa conformidad y/o de sus representantes legales; b) aquellos en los cuales los niños y sus familias sean beneficiarios de algún

programa social y c) aquellos en los cuales se trabaje por vulneración de derechos sociales, económicos y culturales del niño en el seno de su familia¹⁶.

Quedarían entonces excluidos aquellos expedientes judiciales en los cuales se hubiera dispuesto la internación de un niño contra su voluntad y/o la de sus representantes legales, sin lograr interpretar por qué se determina esta exclusión¹⁷, pues esos niños quedarían atrapados en una situación irresoluta: los tribunales que ordenaron la internación se encuentran disueltos y los niños internados.

Sin embargo, la última parte dispone: *“El Juez competente, que entienda en causas con niños internados, podrá solicitar la intervención de los Servicios Locales de Protección de Derechos, a los efectos de analizar las estrategias de externación”*.

Corresponderá entonces que en todos los casos en que haya niños internados se de intervención al Tribunal de Familia a los efectos de analizar su externación y, en caso de ser posible, trabajar articuladamente con los SLPPD para ello. O –agrego- decidir la aplicación de otras medidas de protección, como el otorgamiento de una guarda preadoptiva o tutela. Ello dependerá, por supuesto, de la situación concreta de cada uno de los niños; pero será difícil sostener legítimamente la procedencia y pertinencia de una nueva medida – como el abrigo- luego de haber transcurrido varios años de institucionalización del niño.

3. b. La llamada guarda institucional

Más arriba describí la aparición de esta figura en el sistema de protección. Más dudas que certezas genera esta guarda institucional.

En primer lugar, resulta claro que ante el vencimiento de los plazos dispuestos para el abrigo (un máximo de 60 días) y el mantenimiento de las circunstancias que provocaran el alejamiento del niño fuera de su ámbito familiar, resulta imprescindible que se tome otra medida diferente al abrigo para garantizar al niño la protección de sus derechos.

El decreto reglamentario 300/05 dispone que esa otra medida sea requerida por el Asesor de Menores al Juez de Familia. Es decir, establece el límite de la intervención estrictamente administrativa –sin perjuicio del control de legalidad judicial- a los primeros sesenta días (máximo) de permanencia de un niño fuera del ámbito familiar.¹⁸ Luego, de resultar necesario, el SLPPD

¹⁶ **Art. 96 ley 13.634.** *“A partir de la publicación de la presente, la Suprema Corte de Justicia conjuntamente con el Ministerio de Desarrollo Humano establecerán la forma y los plazos dentro de los cuales este último recibirá la información y documentación relativa a los expedientes judiciales que actualmente corresponden a la competencia de los Tribunales de Menores y que en el marco de la Ley N° 13.298 corresponde a los Servicios Locales de Protección de Derechos, a saber:*

1.- La referida a los expedientes judiciales de carácter asistencial de niños actualmente internados en Instituciones Oficiales y/o privadas en los que exista expresa conformidad de éstos y/o de sus representantes legales sobre la medida proteccional oportunamente decidida, debiendo ello surgir en forma clara e indubitable de la propia documentación.

2.- La referida a los expedientes judiciales donde los niños y sus familias se encuentren dentro de algún programa social.

3.- La referida a los expedientes en los que actualmente se esté abordando la vulneración de derechos sociales, económicos y culturales en los que el niño se encuentre en el seno de su familia.

El Juez competente, que entienda en causas con niños internados, podrá solicitar la intervención de los Servicios Locales de Protección de Derechos, a los efectos de analizar las estrategias de externación”

¹⁷ Si bien ya hemos analizado que la versión original del art. 35 inc. h requería el consentimiento del niño y/o de sus responsables para la disposición de una medida de permanencia temporal del niño fuera del ámbito familiar en sede administrativa, la misma ley 13.634 que efectúa esta distinción de internaciones consensuadas o no, suprimió esta exigencia e impuso el control judicial en todos los supuestos en que los SLPPD disponen esta medida.

¹⁸ **Art. 35.6 dec. 300/05:** *“Vencidos los plazos establecidos en el art. 35.3 sin haberse modificado las circunstancias que motivaron la medida, y no habiéndose encontrado estrategias de protección de derechos para reintegrar al niño a*

deberá requerir por intermedio del Asesor de Menores que judicialmente se decida la forma de brindar protección de los derechos del niño, mediante aquellas acciones civiles que así lo garanticen

La resolución ministerial 177/07 avanza aún más: indica al asesor de menores qué tipo de medida debe requerir judicialmente, denominándola “guarda institucional” (eufemismo que sustituye la tradicional “institucionalización de menores”). Claramente, de toda la reglamentación surge que es una medida de decisión estrictamente judicial¹⁹.

Resulta evidente que la “indicación” emergente de una resolución ministerial no es vinculante para la actuación del Asesor de Incapaces. Además, en el plexo normativo del Sistema de Protección no se establecen pautas claras de procedencia, procedimiento, límites y finalidad de esta guarda institucional. Entonces ¿cuáles son las acciones civiles que el Asesor de Menores pudiera estimar necesarias para la protección de los derechos del niño? ¿Aquellas tendientes a obtener una tutela o una guarda preadoptiva? En concreto ¿cuál es el fundamento legal para ordenar la permanencia de un niño fuera del ámbito familiar por un plazo mayor a los primeros sesenta días?

Aquí resulta necesario tener presente que la ley 13.298 derogó expresamente el decreto ley 10.067 (art. 67 ley 13.298). Por otra parte, la ley 13.634 (art. 87) modificó el art. 234 del Código Procesal Civil y Comercial, que regulaba la medida de protección de persona, mediante la figura de la guarda. La actual redacción del art. 234 del CPCC limita expresamente el otorgamiento de la guarda a aquellas personas mayores de 18 años abandonados o sin representantes legales o que estuvieran impedidos de ejercer sus funciones; o que estén en pleito con sus curadores en el que se controvierta la curatela.²⁰ Se excluye así de esta guarda a los niños menores de 18 años, justamente porque tal es el límite etario de aplicación del Sistema de Protección de Derechos.

Pareciera que el plazo de sesenta días es sumamente exiguo para definir un estado de preadoptabilidad y ordenar la guarda preadoptiva del niño. Seguramente en el mayor número de casos lo será. Pero supongamos que la ley ha optado por esta solución –finalizar en 60 días su intento de reinserción familiar- ¿qué sucedería si se tratara de un niño que no fuera aceptado por pretensos guardadores para su posterior adopción (supongamos, de 14 años)? Aún cuando se pudiera solicitar una guarda preadoptiva ¿en qué situación jurídica permanece un niño desde que finaliza el abrigo hasta que se resuelve su guarda preadoptiva?

su grupo familiar, el Servicio Local de Protección de Derechos deberá presentar por escrito al Asesor de Incapaces, en el plazo de cinco días una síntesis de lo actuado con el niño y su familia, donde deberá ponderarse en forma precisa las fortalezas y debilidades del núcleo familiar, las estrategias desarrolladas y los resultados obtenidos. En el mismo escrito deberá fundar –en su caso- la necesidad de mantener la separación del niño de su grupo familiar, el ámbito de convivencia sugerido, si existe acuerdo de sus padres o representantes legales, y requerir del asesor de Incapaces la promoción de las acciones civiles que estime necesarias para la protección de los derechos del niño.” (el subrayado me pertenece).

¹⁹ Textual y confusamente la Res.MDH 171/07 establece: “En estos términos la guarda institucional de un niño se legitima con la intervención del Juez de Familia o de Paz competente”

²⁰ **Art. 87 ley 13.634:** “Modificase el artículo 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires - Decreto-Ley Nº 7.425/68 y sus modificatorias- el que quedará redactado de la siguiente forma: “Artículo 234: Podrá decretarse la guarda: 1.1. De incapaces mayores de dieciocho (18) años de edad abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones; 2.2. De los incapaces mayores de dieciocho (18) años de edad que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta su curatela.” El texto es exactamente el mismo que el dispuesto por el art. 74 de la ley 26.061 que modifica a su vez el art. 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Al Asesor de Menores le quedaría: a) peticionar la suspensión y/o privación de la patria potestad de ambos padres y b) una vez obtenida, solicitar al juez designe tutor al niño.

A su vez, la ley 26.061 modificó el art. 310 del Código Civil, siendo su redacción actual: *“Si uno de los progenitores fuera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad”*. ¿Y mientras tanto? ¿El niño es externado o permanece institucionalizado?

¿Cuál es el fundamento legal para que un juez de familia disponga una guarda institucional o la institucionalización de un niño?

Si volvemos al Sistema de Protección de Derechos, el único fundamento que otorgaría legalidad a la petición que efectúe el Asesor de Menores para mantener una medida de permanencia del niño fuera de su ámbito familiar es el art. 35 inc. h. Pero también cuenta con la ley 26.061 y su reglamentación, aplicable como hemos visto en territorio provincial: si de las circunstancias concretas resultara más conveniente mantener la permanencia fuera del hogar del niño –porque satisfaga en mayor medida sus derechos- por más de 60 días, con la razonable fundamentación, el límite máximo temporal es el previsto en el decreto reglamentario 415/06, esto es noventa días, prorrogable por única vez por otros noventa días más.

Ciertamente, el art. 35 de la ley provincial regula específicamente las medidas a disponer en sede administrativa, imponiendo en el caso del inc. h el control de legalidad judicial, con comunicación expresa al Asesor de Menores. Sin embargo, si esta medida puede ser legítimamente dispuesta en sede administrativa, más aún en sede judicial. Por lo tanto es posible extender la interpretación de este artículo a todos los supuestos que impliquen la permanencia del niño fuera de su ámbito familiar, por el plazo máximo previsto en la reglamentación de la ley 26.061 y aún cuando sea decidida exclusivamente en el ámbito judicial. Y tal pareciera ser el sentido de la incorporación del inciso v al art. 827 del Código Procesal Civil y Comercial que efectuó la ley 13.634. Expresamente asigna competencia a los Jueces de Familia en: *“v) La permanencia temporal de niños en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o salud de conformidad a lo determinado por el art. 35 inc. h de la ley 13.298”*.

Si así no fuera, una vez finalizado el plazo máximo del abrigo de la ley local, sólo cabría: a) externar al niño; b) reintegrarlo a su familia de origen aún cuando no se hubiera logrado obtener el ámbito de protección necesario; c) mantener una institucionalización sin fundamento legal; d) decidir una guarda preadoptiva a tan sólo sesenta días de la separación transitoria del niño de su familia o e) recurrir al art. 310 del Código Civil y mientras tanto mantener al niño alejado de su medio familiar sin fundamento legal alguno. Ninguna de estas soluciones implica protección legal de los derechos de los niños.

Ahora bien, dado que ni la ley –ninguna de ellas- ni su reglamentación incorpora pautas precisas sobre la procedencia o límite temporal de la guarda institucional y la reserva exclusivamente al ámbito judicial, será el juez de familia quien deberá explícitamente fundamentar razonablemente los motivos que justifican su decisión de prolongar la separación del niño de su ámbito familiar –dado su carácter de excepcionalidad-, el fracaso de las acciones

tendientes a su reintegro –dada su subsidiaridad-, la estrategia de acciones a implementar junto a la familia de origen para procurar su reingreso al núcleo familiar o qué otra alternativa convivencial corresponda y el tiempo durante el cual se prolongará esta medida –dada su provisionalidad-. De lo contrario, se tratará de una privación ilegal de la libertad del niño, impuesta judicialmente.

Es decir, si bien una medida que implique la permanencia de un niño por mayor tiempo que el plazo máximo impuesto por la reglamentación es de decisión exclusivamente judicial –y no sólo el control de legalidad de la decisión tomada en sede administrativa- le resultan aplicables todas las características derivadas de los arts. 33, 34 y 35 de la ley 13.298 (to ley 13.634) que más arriba analizamos: subsidiaridad, excepcionalidad y provisoriedad.

Resumiendo entonces: la medida de abrigo se dispone en sede administrativa, por un tiempo máximo de treinta días, con debido control de legalidad del órgano judicial. De resultar necesario, admite su prórroga, por única vez, por otros treinta días más, también controlada judicialmente la procedencia de dicha prórroga. Si vencidos los sesenta días resulta necesario mantener la separación del niño fuera del ámbito familiar, sólo deberá ser decidido en sede judicial. Para ello, el juez de familia cuenta con mantener la permanencia fuera del hogar por el plazo máximo de treinta días más (para complementar así los noventa días, conf. Ley 26.061), prorrogable por motivos fundados por noventa días más. Vencido este plazo máximo, el juez deberá resolver si la reinserción familiar garantiza los derechos del niño o si resulta necesario proceder a una guarda preadoptiva o una tutela.

Y en este punto resultará útil distinguir cuál es el grado de evolución y maduración del niño del que se trate, pues ciertamente es diferente la situación de un niño de corta edad a un adolescente, en concordancia con la adquisición progresiva de la autonomía²¹. Porque serán diferentes las alternativas que logren garantizar sus derechos conforme la madurez adquirida: un adolescente podrá tener más herramientas para lograr organizar su plan de vida, contando con un referente adulto (tutor).

De todos modos, esta es una cuestión que deberá ser establecida en forma más concreta por la legislación de fondo, determinando los alcances y consecuencias jurídicas de la situación jurídica de quienes no puedan ingresar en un proceso adoptivo, reconociendo expresamente el criterio de la autonomía progresiva en las capacidades de obrar de los adolescentes.

4. Interacción entre organismos administrativos y judiciales

Decíamos más arriba que el sistema diseñado establece una intervención de tipo mixto, pues se conforma con órganos administrativos y judiciales, cuyas funciones tienen la misma finalidad: intervención de características garantistas, en protección de los derechos de los niños.

Así, se reserva la aplicación de aquellos programas de políticas sociales al ámbito exclusivamente administrativo (art. 35 incs. a al g). Pero aquellas medidas que implican la separación del niño de su ámbito familiar (art. 35 inc. h), requieren de la intervención judicial, a través del control de legalidad impuesto por la norma.

²¹ Art. 5 CDN

Por otra parte, el art. 35 inc. h es fundamento legal suficiente para decidir toda medida de permanencia de un niño fuera de su hogar, sea abrigo o la llamada guarda institucional (principio de legalidad).

Sin embargo, la primera de ellas (abrigo) es dispuesta por el órgano administrador, el SLPPD, con control judicial de legalidad, y la segunda (guarda institucional o institucionalización) es dispuesta directamente por el órgano judicial.

Definir en qué consiste este “control de legalidad” ha generado una interesante discusión en doctrina²², pues se trata de determinar de qué modo interactúan órganos administrativos y judiciales en la protección de derechos de los niños.

Dado que la ley establece requisitos puntuales para que los SLPPD dispongan este tipo de medidas, el órgano judicial deberá controlar los motivos, procedimiento, duración y forma de ejecución, pues su observancia es indispensable para determinar si en su accionar se respetó el principio de legalidad.

Así, deberá evaluar si en el caso concreto se trata de una medida excepcional y subsidiaria: decidida ante el agotamiento de otras medidas o fracaso de las aplicadas, falta de consenso de los padres y/o representantes legales, por violaciones de derechos que impliquen grave perjuicio a su integridad, por pedido fundado del niño, ante la desvinculación del niño de todo adulto responsable; provisoria: duración prevista de la medida debidamente fundada y que no exceda el límite primario de 30 días; de carácter instrumental: estrategias de trabajo junto a la familia previstas; procedimiento seguido: información precisa suministrada al niño, haber oído y valorado sus opiniones respecto a la medida a implementarse; y modalidad de ejecución: en ámbitos familiares alternativos, sean parientes, adultos idóneos, hogares voluntarios, hogares comunitarios, hogares de niños registrados (art. 35.3 dec. 300/05) o entidades de atención social y/o de salud; que se encuentren cerca del domicilio del niño; que se evite en lo posible la separación de hermanos; en el que se respete la intimidad y creencias del niño; que se le asegure escolaridad, salud, recreación y el mantenimiento de los vínculos comunitarios del niño.

En definitiva, este control de legalidad es una forma de instrumentación de lo dispuesto por el art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño, que faculta la separación del niño de sus padres en caso de resultar necesario en protección de su interés y sujeta a revisión judicial.

Sin perjuicio de ello, será ardua la tarea de modificar modalidades de intervención de dos órganos diferentes como lo son el administrativo y el judicial, a los fines de lograr establecer consensos de actuación conjunta que posibiliten evitar el dispendio de actuaciones superpuestas o disputas de espacios de poder, con un único objetivo común: maximizar el esfuerzo, los recursos materiales y humanos disponibles para la protección de los derechos de la niñez.

Lamentablemente, la reglamentación del sistema no contribuye a ello. En efecto, la resolución ministerial 177 impone como requisito indispensable para el ingreso y/o permanencia de un niño en “un espacio residencial ajeno al

²² Ver: LOPES Cecilia y MASSANO María A. “Medidas de protección...” citado en nota 26; FERNANDEZ Silvia “Sistema de protección...” citado en nota 3. Respecto al control de legalidad de las medidas excepcionales previsto por la ley 26.061, ver GIL DOMINGUEZ Andrés, HERRERA Marisa y FAMÁ María Victoria “Las medidas...” citado en nota 24, en el que previo a expresar su posición, efectúan un detalle de las críticas doctrinarias que esta cuestión ha generado en autores como Eduardo Zannoni, Augusto Belluscio, Mary Beloff, Mauricio Mizrahi, y Jorge Kielmanovich.

de su familia, por una medida de abrigo o guarda institucional” la autorización del Servicio Zonal de Protección de Derechos correspondiente al SLPPD que hubiera intervenido. Y concluye que tal administración no se supe por orden judicial.

Ciertamente, habiendo intervenido el juez de familia en el control de legalidad impuesto al abrigo; y habiendo dispuesto la permanencia fuera del hogar luego de fracasado el abrigo (se llame guarda institucional o como se le denomine), resulta más que suficiente la orden judicial de permanencia, pues no será posible admitir que el SZPPD no autorice el ingreso o permanencia de un niño si fuera ordenada por el órgano judicial²³.

4.d. Interacción específicamente relacionada con la violencia familiar

Hace ya varios años que el problema de la violencia familiar ha sido visualizado socialmente y logró instalarse en las agendas públicas, dictándose leyes específicas -tanto en el orden nacional como en las distintas provincias- que regulan la forma de intervención judicial frente a las denuncias de violencia familiar.

La provincia de Bs.As. no ha sido ajena a ello y, consecuentemente, se encuentra vigente en su territorio la ley 12.569 de protección contra la violencia familiar, incluyendo obviamente el maltrato infantil intrafamiliar.

Entonces, ¿cómo se armonizan las disposiciones de la ley 12.569 con el sistema de protección de derechos respecto al tratamiento del maltrato infantil en la provincia de Buenos Aires? Pues *“el maltrato infantil involucra precisamente los dos ejes normativos mencionados: las leyes de violencia familiar y las de protección integral de derechos de niños y adolescentes”*²⁴.

Corresponde entonces analizar cuáles son las medidas que pueden o deben decretarse; qué órgano –judicial o administrativo- deben decidirlo y de qué manera resulta más eficaz el tratamiento de un tema tan complejo como el maltrato infantil.

O, dicho más sintéticamente, de cómo maximizar los recursos legales e institucionales existentes cuando se trabaja con el maltrato infantil.

4.d.1. Breve reseña ley 12.569

La ley 12.569 diseña un sistema de actuación judicial que se caracteriza por su agilidad, informalidad, inmediatez y amplitud, sin que ello signifique que en su aplicación tales características se presenten en concreto.²⁵

Comienza definiendo qué se entiende por violencia familiar a los efectos de la aplicación de la ley, asumiendo un concepto amplio y comprensivo tanto de las formas familiares matrimoniales como convivenciales, actuales o que ya dejaron de serlo, de sujetos activos y pasivos múltiples, incluyendo ancianos, incapaces, discapacitados y niños.

²³ Podrá interpretarse entonces que dicha autorización es requerida para la efectivización administrativa, en términos de control administrativo, de la medida dispuesta judicialmente.

²⁴ La cuestión no es novedosa. Ha sido detalladamente abordada por HERRERA Marisa y FAMÁ María Victoria en *“Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”*, RDF 39-19, LexisNexis Abeledo Perrot

²⁵ Habitualmente, el cúmulo de tareas cotidianas de los Tribunales de Familia impiden el tratamiento en los cortísimos plazos previstos en la ley.

En este breve análisis de la ley, resaltaré específicamente el tratamiento que dispone para aquellos casos en que las víctimas de violencia familiar sean niños.

Así, impone la obligatoriedad de denuncia a determinados agentes – aquellos en relación directa con las potenciales víctimas–, sancionando con multa su incumplimiento (art. 4), reafirma la informalidad en la denuncia (oral o escrita) y las distintas vías de acceso a la jurisdicción (Juez, Ministerio público, autoridad pública competente, art. 5), como así también la procedencia del dictado de medidas urgentes aún por juez incompetente (art. 6). La competencia está definida en cabeza de los Tribunales de Familia²⁶ (art. 25) y tratándose de niños víctimas, se deben requerir antecedentes que pudieran existir en los Tribunales de Menores²⁷.

La ley brinda un elenco no taxativo de medidas cautelares que deberá instrumentar el Juez (art. 7)²⁸ a fin de interrumpir la situación de violencia, en un plazo perentorio de 48 hs.

Luego de tales medidas inmediatas y urgentes, que deberán establecerse con un término de duración específico (art. 12), con los elementos provenientes de un diagnóstico de interacción familiar (art. 8) que permitan determinar los daños sufridos, la peligrosidad, medio social y ambiental de las familias, inclusive del lugar de trabajo del agresor y sus antecedentes policiales y judiciales (art. 9), fijará una audiencia a realizar en forma separada con las partes (art. 11) a fin de instar a la asistencia de programas terapéuticos, debiendo acreditar judicialmente la concurrencia a los mismos. Ante incumplimientos o reiteración de hechos de violencia, el Juez podrá imponer como sanción la realización de trabajos comunitarios.

Resulta necesario destacar que en la norma no se distingue la modalidad de actuación por tratarse de situaciones de violencia de mayor o menor gravedad, pero su diseño tiende a la intervención judicial urgente, ante

²⁶ Próximamente, cuando se termine de implementar la reforma al fuero de familia introducida por la ley 13.634, serán Juzgados de Familia, con la competencia definida en el art. 827 del Cód. Procesal Civil y Comercial

²⁷ Obviamente, al finalizar la implementación de la ley 13.634 deberán requerirse tales antecedentes al organismo al cual los Tribunales de Menores los hubieran derivado, los servicios locales o zonales de promoción y protección de derechos.

²⁸ **Art. 7 ley 12.569:** El Juez o tribunal deberá ordenar con el fin de evitar la repetición de los actos de violencia, algunas de las siguientes medidas conexas al hecho denunciado:

- a) Ordenar la exclusión del presunto autor de la vivienda donde habita el grupo familiar
- b) Prohibir el acceso del presunto autor al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo, estudio o esparcimiento del afectado, y/o del progenitor o representante legal cuando la víctima fuere menor o incapaz; como así también fijar un perímetro de exclusión para circular o permanecer por determinada zona. Asimismo arbitrará los medios necesarios para que el agresor cese con todo acto de perturbación o intimidación contra la o las víctimas.
- c) Ordenar a petición de quien ha debido salir del domicilio por razones de seguridad personal su reintegro al mismo, previa exclusión del presunto autor.
- d) La restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos por hechos de violencia familiar.
- e) Proveer las medidas conducentes a fin de brindar al agresor y al grupo familiar, asistencia legal, médica y psicológica a través de los organismos públicos y entidades no gubernamentales con formación especializada en la prevención y atención de la violencia familiar asistencia a la víctima.
- f) En caso de que la víctima fuere menor o incapaz, puede otorgar su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, si esta medida fuere necesaria para su seguridad psicofísica y hasta tanto se efectúe un diagnóstico de la situación. La guarda se otorgará prioritariamente a integrantes del grupo familiar, o de la comunidad de residencia de la víctima
- g) Fijar en forma provisoria cuota alimentaria y tenencia
- h) Toda otra medida urgente que estime oportuna para asegurar la custodia y protección de la víctima.

Desde el conocimiento del hecho hasta la adopción de las medidas no podrá exceder el término de las cuarenta y ocho horas.

En caso de no dar cumplimiento a las medidas impuestas por el Juez Tribunal, se dará inmediatamente cuenta a éstos, quienes podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar su cumplimiento.

situaciones que requieren interrumpir o frenar una situación concreta de violencia familiar, “enfriar” una situación puntual.

4.d.2. Puntos de contacto entre ambos ejes normativos

Hemos analizado ya en qué consiste el sistema de protección de derechos vigente en la provincia de Bs.As.

Veamos cuáles son los puntos de contacto entre ambas normas, con la intencionalidad manifiesta de maximizar las posibilidades de intervención ante niños víctimas de maltrato infantil y/o abuso sexual.

La actuación de los servicios locales en el marco de la ley de violencia familiar puede presentarse en diversos momentos

En primer lugar, ante situaciones de violencia familiar en la que resulte víctima un niño, niña o adolescente, se impone la obligatoriedad de su denuncia en sede judicial a *“quienes se desempeñan en organismos asistenciales, educativos, de salud y de justicia, y en general, quienes desde el ámbito público o privado tomen conocimiento de situaciones de violencia familiar...”*. El incumplimiento de quienes resultan obligados acarrea su citación de oficio a la causa y la posibilidad de una sanción (multa) y/o pase a la justicia penal (art. 4 ley 12.569).

Si bien en el texto de la ley 13.298 no aparece en forma expresa la imposición de tal obligación, la misma surge claramente de la reglamentación de la ley²⁹.

Es decir, al tomar conocimiento alguno de los operadores de los servicios locales, se encuentran obligados legalmente a dar intervención al órgano jurisdiccional, tanto por la ley de violencia familiar como por la reglamentación del sistema de protección de derechos.

De ello se desprenden algunas conclusiones:

1) Si la ley impone la obligación de denuncia, sancionando su incumplimiento, quien realiza la misma está cumpliendo con una obligación legal, por lo tanto no podrá ser demandado por los daños y perjuicios que pudiera provocar su denuncia, salvo que hubiese actuado de mala fe. De este modo se despeja uno de los mayores temores en la forma de actuación de los operadores jurídicos.

2) Si es exigida la denuncia judicial, entonces la forma de intervención es fundamentalmente judicial, diferente por lo tanto al tipo de intervención mixta diseñada en los sistemas de protección.

Pero debemos recordar nuevamente que al dictarse la ley de violencia familiar tal intervención mixta (administrativa y judicial) no había aún adquirido el status legal que hoy sí tiene.

Y aquí hay una cuestión sumamente interesante: en situaciones de maltrato infantil o abuso sexual ¿puede o debe intervenir el servicio local de promoción y protección de derechos en forma autónoma, previa, e

²⁹ **Art. 21.2 decreto reglamentario 300/05:** *...Sus funciones serán: ... 4. Realizar la denuncia ante sede judicial del fuero penal cuando un niño o un adolescente fueran víctimas de una acción o abuso a su integridad física o sexual, o de cualquier otro delito, para que la autoridad judicial interponga las acciones correspondientes contra el autor del delito, en consecuencia con la obligación de denuncia del art. 37.10. Art. 37.10. Intervención fiscal: Cuando el Servicio Local de Protección de Derechos tome conocimiento de que la amenaza o violación del derecho del niño tiene como antecedente la presunta comisión de un delito, tendrá obligación de formular la pertinente denuncia penal. A estos efectos, tanto los servicios locales y zonales, como la autoridad policial deberán denunciarlo inmediatamente al Ministerio Público Fiscal.*

independiente a la intervención judicial? En caso afirmativo, ¿qué tipo de medidas puede o debe proponer? ¿Es necesario agotar la actuación de los servicios locales para acudir a la intervención judicial? La actuación de los SLPPD ¿debe ser diferente conforme a la gravedad del maltrato?

Conviene recordar que la modalidad de actuación de los SLPPD impuesta por la ley es del tipo de resolución de conflictos, debiendo proponer alternativas y estrategias de protección de derechos mediante la utilización de los programas y políticas públicas –de claro contenido social- con que cuenta la comunidad. Es decir, su actuación debe ser consensuada con algún familiar o representante del niño, ya que el objetivo de protección es mediante el fortalecimiento familiar.

Pareciera que, sin perjuicio de la debida intervención judicial, nada impide que los SLPPD intervengan en situaciones de maltrato infantil con el alcance impuesto por la ley a sus funciones específicas.

Sin embargo, resulta necesario destacar que dicha intervención deberá realizarse con suma cautela y cuidado, pues tratándose de violencia intrafamiliar, deberá verificarse que el familiar o responsable del niño con el cual se busque una alternativa de acción consensuada no ha consentido o facilitado –aún por omisión- la situación de violencia que originara la intervención. De lo contrario, se expondría nuevamente al niño.

Uno de los programas que puede ofrecer y aportar es, justamente, la actuación del servicio de protección a las víctimas de violencia familiar que pudiera tener actuación en la comunidad de la cual se trate.

Ello impone sin duda alguna la necesidad de la comunicación y coordinación permanente entre ambos servicios, a fin de no transformarse en un burocrático sistema de derivaciones, con la consecuente revictimización que este tipo de intervenciones genera en las víctimas.

Y dado que el SLPPD está obligado a realizar la denuncia en sede judicial, también este órgano comenzará su actuación. Esta intervención judicial impone que el Juez sea el responsable directo de la coordinación de todas las acciones a realizar, pues de lo contrario se desperdiciarían recursos materiales y humanos, con la posibilidad de superposición o contradicción en las acciones concretas.

Resumiendo entonces, ante una situación concreta de maltrato infantil y/o abuso sexual, el SLPPD deberá formular la correspondiente denuncia en sede judicial y podrá intervenir, adoptando las medidas ordinarias en los límites establecidos por las leyes del sistema de protección, sin que resulte necesario agotar o fracasar en su intervención administrativa para acudir a aquella judicial; bajo la imprescindible coordinación, supervisión y decisión del órgano judicial.

Ahora bien, volviendo al diseño del sistema de promoción y protección de derechos, la ley otorga la posibilidad al órgano administrativo de aplicar medidas de tipo excepcional, cuya característica principal es la separación del niño de su medio familiar, imponiendo requisitos de procedencia y control mucho más rigurosos, como ya hemos visto.

Ante situaciones de maltrato infantil, ¿los servicios locales pueden o deben decidir alguna de estas medidas?³⁰

³⁰ Específicamente así lo dispone el decreto 415/06 reglamentario de la ley 26.061, que habilita la separación del niño de su familia en circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del niño...y/o cuando

Sin dudas, ante una situación de maltrato infantil grave se justifique una medida de tipo excepcional. Pero deberá intentarse en primer término agotar las posibilidades: obtener la exclusión del hogar del agresor; recurrir a otros familiares o miembros del círculo afectivo del niño, para utilizar como último recurso la separación de su medio habitual.

Si efectuamos una lectura armonizadora de ambos sistemas normativos, la misma solución se deriva del art. 7 de la ley 12.569 ya que impone al juez la obligación de ordenar alguna de las medidas cautelares que enumera, estableciendo en primer lugar “ordenar la exclusión del hogar familiar al presunto agresor.” Es decir, mantener a la víctima de la violencia familiar en el ámbito familiar. Y tal es el sentido del carácter excepcional de las medidas que impliquen la separación del niño de su medio familiar del sistema de protección de derechos.

Sin perjuicio de este criterio de excepcionalidad y dada la situación de riesgo que implica una situación de maltrato o abuso infantil, otra de las medidas a adoptar por el órgano judicial es, precisamente, otorgar su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, sean integrantes de su grupo familiar o de la comunidad de pertenencia del niño³¹.

En definitiva, coordinando ambos sistemas normativos, resulta claro que ante situaciones de maltrato infantil corresponde en primer término intentar el alejamiento del agresor y el consecuente mantenimiento del niño en su medio familiar, y sólo de no resultar ello posible se disponga la permanencia del niño con otro familiar que garantice su protección o en algún medio alternativo de convivencia sean hogares voluntarios o comunitarios.

Pero ¿quién decide este tipo de medidas? Por un lado, la ley de violencia familiar pone esta decisión en cabeza del poder judicial, pues se trata de una medida cautelar de naturaleza judicial. Por otra parte, el art. 35 inc. h de la ley 13.298 habilita a los servicios locales a decidir como medida excepcional -como último recurso-, el alejamiento del niño de su medio familiar, el abrigo, cumplimentando con la comunicación tanto al Asesor de menores como al juez dentro de las 24 hs a los fines de su control de legalidad.

Entonces, retomando el intento de armonización de dos sistemas normativos, si ante supuestos de violencia familiar del cual es víctima un niño, el órgano judicial debe decidir el otorgamiento de su guarda a un familiar –allí no habría estrictamente separación familiar- o alguna forma convivencial alternativa, y las medidas que de este tipo se tomen en sede administrativa deben ser sometidas a control judicial, parece más eficiente que se delegue directamente en cabeza del órgano judicial este tipo de medidas ante supuestos de maltrato intrafamiliar. Tanto por tratarse de verdaderas medidas cautelares –de neto corte judicial- como para evitar una superposición de funciones, con la disfuncionalidad y desgaste de recursos materiales y humanos que ello provoca.

fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resulta posible la exclusión del hogar de la persona que causa el daño.

³¹ **Art. 7 ley 12569:** “El Juez o tribunal deberá ordenar con el fin de evitar la repetición de los actos de violencia, algunas de las siguientes medidas conexas al hecho denunciado:....f) En caso de que la víctima fuere menor o incapaz, puede otorgar su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, si esta medida fuere necesaria para su seguridad psicofísica y hasta tanto se efectúe un diagnóstico de la situación. La guarda se otorgará prioritariamente a integrantes del grupo familiar, o de la comunidad de residencia de la víctima”.

Las medidas excepcionales –de abrigo- de decisión administrativa estarían por tanto reservadas a aquellas situaciones en las cuales la vulneración de derechos no provenga en forma directa de situaciones de violencia familiar. Y deberán cumplimentar todos los requisitos de excepcionalidad, fundamentación, provisoriedad y objetivos impuestos por el sistema de protección de derechos.

Pero respecto a la violencia familiar la intervención de los SLPPD no se agota aquí, ya que en varios artículos de la ley 12.569 se hace referencia a otras funciones que pueden eficazmente cumplir.

En efecto, entre las medidas a adoptar ante situaciones de violencia familiar, la ley se refiere a la posibilidad de ofrecer programas de asistencia (legal, médica y psicológica) a través de organismos públicos y/o privados. Aquí cobran vital importancia los servicios comunitarios de protección contra la violencia familiar, quienes podrán trabajar en forma conjunta con los SLPPD en aras de brindar todas las medidas de promoción y protección de derechos.

Asimismo, los SLPPD podrán realizar los diagnósticos de interacción familiar exigidos por el artículo 8 de la ley 12.569, función que también les asigna a los servicios locales el decreto reglamentario 300/05 de la ley 13.298³².

5. Análisis jurisprudencial de las medidas de protección

Si bien todavía³³ no ha culminado la implementación total del sistema de protección en la Provincia de Buenos Aires, ya contamos con algunos fallos judiciales, cuyo análisis posibilita precisar un poco más de qué modo se implementa la protección legislada. Dicho de otro modo, qué es aquello que los jueces están diciendo del sistema de protección de la niñez.

Al repasar los pocos fallos publicados, preliminarmente se advierte que una de las mayores dificultades es la implementación gradual del sistema, circunstancia que ha generado una serie de marchas y contramarchas en la interpretación.

En efecto, una de las primeras cuestiones debatidas ha sido la **delimitación conceptual de las medidas de protección, con la consecuente precisión de las medidas de abrigo**. Es decir, diferenciar claramente unas de otras, como así también en qué consiste el control de legalidad judicial.

Así, en uno de los primeros fallos³⁴ ante la internación de una niña en un instituto de menores dispuesta en sede administrativa (por la Subsecretaría de Promoción y Protección de Derechos del Niño) bajo la denominación “medida de protección de derechos” y, en virtud de ello, sin dar intervención a los órganos judiciales, la Asesoría de Menores interpone un habeas corpus. El juzgador dispone que efectivamente la medida dispuesta implica una privación ilegal de la libertad, pues no se trata de una medida de protección de derechos sino de una medida que al imponer la separación de la niña de su ámbito familiar configura una medida de abrigo, debiendo por tanto cumplimentarse con los requisitos exigidos por el art. 35 inc. h de la normativa vigente; esto es la notificación e intervención judicial.

³² **Art. 21.2:** Son funciones: ...A pedido del Tribunal de Familia realizar un diagnóstico familiar en los casos de que un niño o un adolescente fuera víctima de violencia (art. 8 ley 12.569)

³³ Al menos a la fecha en que escribo este artículo

³⁴ “R., B.I.A. s/ Habeas corpus”, c. 70.286, Trib.Menores 1 de La Plata, 9.10.07, in extenso en www.mpba.gov.ar

Sin perjuicio de coincidir con el correcto encuadre brindado a la medida adoptada, resulta llamativo el tono y calificación que destaca el juez sobre la conducta asumida por el órgano administrador, percibiendo una notoria molestia y serias dificultades en la delimitación de las funciones de las instituciones administrativas y judiciales.

A las pocas semanas, la Cámara Segunda de Apelación, Sala Segunda, de La Plata³⁵, debe resolver la siguiente cuestión:

Una niña recién nacida es internada por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos en un hospital, sin dar intervención a los órganos judiciales y con el consentimiento de su madre, quien al nacer la bebé manifiesta que desea que la misma sea entregada en adopción. La Asesoría de Menores interpone un habeas corpus con la finalidad de definir la medida dispuesta por el SZPPD como una medida de abrigo, pues la niña se encuentra internada sin el debido control de legalidad impuesto por el art. 35 inc. h de la normativa vigente. En primera instancia se resuelve que efectivamente la medida adoptada constituye una medida de abrigo y la resolución es apelada por el Ministerio de Desarrollo Humano, argumentando que el procedimiento de habeas corpus es improcedente para cuestionar una medida dispuesta por el SZPPD y que el Tribunal de Menores es incompetente para decidir una medida de abrigo. La Cámara resuelve que el habeas corpus es la vía idónea para tutelar la libertad de las personas y justamente aquello invocado es *“la adopción irregular de una medida restrictiva de la libertad de la menor de autos, cuya legalidad debe ser revisada”*.

Pero más allá de la procedencia de la vía utilizada, este fallo precisa algunos conceptos importantes, fundamentalmente **la relación entre las medidas de abrigo y la adopción**.

En primer lugar, destaca que ante medidas que signifiquen la privación de la libertad ambulatoria del niño, resulta imprescindible la intervención judicial para su control de legalidad. Precisa que el inc. h del art. 35 contempla el caso excepcional y provisorio de la necesidad de alojar al niño en un ámbito diferente al familiar, sin distinguir las causas que motiven este tipo de decisiones. Ni tampoco la normativa organiza en forma diferenciada o excluye del control de legalidad cuando la medida se adopta ante la decisión paterna/materna (justificada o no, explícita o implícita) de no asumir la patria potestad. Es decir, en todos los supuestos se impone la intervención judicial.

Luego, determina que la función del Tribunal de Menores interviniente ha sido la de encuadrar legalmente los hechos planteados, es decir, la de interpretar la aplicación de la ley a los hechos, función estrictamente judicial.

Finalmente, define en qué consiste el control de legalidad judicial impuesto por la normativa. En efecto, considera que *“debe ser interpretado en el sentido (de) que la libertad del menor cuente con todas las garantías con que la preceptiva vigente ha tratado de tutelar sus derechos”* y sin lugar a dudas es el poder judicial a quien corresponde verificar si resulta procedente su privación.

La relación entre las medidas de abrigo y el ejercicio regular de la autoridad parental es otra de las cuestiones difíciles que requieren su

³⁵ “C. M.L. s/ Abrigo”, c. 109.112, Cámara Segunda de Apelaciones, Sala Segunda, La Plata, 23.10.07 in extenso en www.mpba.gov.ar

delimitación. Tal fue la materia a resolver en otro caso por la Cámara Segunda de Apelaciones de La Plata³⁶.

Los hechos eran los siguientes:

Se presenta a la guardia de un hospital una mujer con su hija menor de edad, quien presentaba graves trastornos psiquiátricos. Le diagnostican cuadro psicótico con posibilidades de agresión para sí y para terceros y se resuelve su internación con autorización de la madre. Ante la falta de cama, el hospital por intermedio del SZPP obtiene un lugar en otro hospital e informa al juzgado. El juez, de oficio y ante esa información, dispone que en realidad dicha internación sea una medida de abrigo, sometida a su control. La asesoría de menores recurre. La Cámara resuelve que no se trata de ninguna medida de abrigo, que el juez excedió su función al interpretar la norma y que se trató del ejercicio regular de la patria potestad de la madre.

Textualmente: *“En el caso, asiste razón a la Sra. Asesora de Incapaces, en tanto la madre ha ejercido su derecho/deber de patria potestad, no pudiendo afirmarse en esta instancia que se trate de un cuadro de falta de contención y compromiso familiar que justifique la aplicación de las normas de “abrigo”. La madre no se ha desatendido de la menor ni ha realizado actos u omisiones que coloquen a la joven en un estado de riesgo que habilite la competencia del fuero de menores por lo que de conformidad con lo establecido por el art. 827 inc. ‘o’ del CPCC, es de competencia—en el caso de corresponder su judicialización—, a los Tribunales de Familia.*

No deberá asimilarse el tratamiento e internación a una medida de abrigo que en su caso corresponderá determinar su encuadre en el art.482 C.Civil. Tampoco hay privación de la libertad -en atención al cuadro agresivo constatado— y la distancia por la falta de otro lugar idóneo no vulnera derechos ya que ha sido morigerado por el otorgamiento de pasajes oficiales a la madre.”

La participación del niño en el proceso de actuación de los SLPPD es otra de las cuestiones que ha llegado a los estrados judiciales, permitiendo así dar mayor precisión a las formas y procedimientos a seguir en sede administrativa.

Ante una intervención concreta del SLPPD se realizan diversas reuniones con toda la familia involucrada y se labra acta de las actuaciones. Se resuelve una medida de abrigo y se notifica al Asesor de Menores y al Tribunal para su control de legalidad. A pesar de disponerse la legalidad del abrigo, el Asesor de Menores apela con el fundamento de carecer de la firma del niño en el acta labrada por el SLPPD. La Cámara deja sin efecto el decreto de legalidad y pide informes al SLPPD por la falta de firma y requiere se subsane.

En virtud del derecho del niño a no ser separado de su núcleo familiar y en consonancia con su derecho a ser oído y la consecuente defensa material, la norma obliga a dar intervención también al niño y a firmar acta circunstanciada

Por último, un buen ejemplo de la **necesaria coordinación entre las atribuciones del poder judicial y el administrativo**, a través de los SLPPD o

³⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, c. 250.370, del 13.05.08 in extenso en www.mpba.gov.ar

los SZPPD lo encontramos en un fallo dictado por el Tribunal de Menores de Trenque Lauquen³⁷ en el cual ante la intervención del SZPPD, se dispone el egreso de un niño institucionalizado y “colocarlo” bajo el cuidado y responsabilidad de su abuela; imponiendo el estricto control –de tipo semanal como máximo- por parte del SZPPD y su intervención a los fines de fortalecer la función asignada a la abuela.

La decisión no especifica cuál es la figura jurídica que utiliza para dar marco legal al destino del niño. Sin embargo, se trata de una medida de abrigo, ya que impone un límite máximo de 30 días para que el SZPPD presente al Asesor de Menores un informe de reevaluación que posibilite al mencionado funcionario efectuar las peticiones que estime corresponder, es decir, las acciones legales pertinentes que ordena la normativa.

6. A modo de cierre

Cuestionar la calidad legislativa del sistema de protección de derechos vigente no implica necesariamente desconocer la importancia de su sanción. Tanto desde el plano simbólico-ideológico (derechos de los niños presentes en la agenda política) como en los objetivos planteados (desjudicialización de cuestiones estrictamente de contenido social en términos de carencias y necesidades básicas insatisfechas) es sin dudas un avance modificar sustancialmente el diseño legislativo emergente del dec. Ley 10.067.

No caben dudas que estamos en pleno proceso de transformación respecto a la protección de los derechos de los niños; transitando una etapa de mucha incertidumbre pues debemos construir una nueva forma de intervención ante las vulneraciones y restricciones de los derechos de los niños.

Varias son las restricciones: falencias en la legislación, modelos culturales de intervención típicamente de carácter tutelar, carencias presupuestarias para la implementación, muchas dudas y algunas certezas.

Uno de los más grandes inconvenientes para la implementación de este sistema es la falta o escasez de recursos materiales destinados a ello³⁸. Pero muchísimo más grave aún es el desperdicio o mal gasto de los recursos ya existentes, no sólo materiales sino humanos. Porque la falta de comunicación, coordinación y puesta de objetivos comunes entre los diversos operadores jurídicos (sean administrativos, judiciales, policiales) solo provoca una intervención deficiente y deficitaria; que perjudica y victimiza institucionalmente a quienes debe garantizar el goce y disfrute de sus derechos: los niños.

Sin embargo, probablemente la capacitación de los recursos humanos destinados a implementar este sistema, el estudio constante, la discusión y debate de ideas, sea un modo de contribuir concretamente para avanzar -al menos un poco- en la función de garantizar a los niños el goce y disfrute de sus derechos.

Capítulo de libro *“Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el judicial”*, en obra colectiva *“Temas clave en materia de protección y promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires”* directores Cecilia P. Grosman, Nelly Minyersky y David Baigún, coordinadora Marisa Herrera, Publicación conjunta con el Departamento de

³⁷ Causa nro. 24.858 Tribunal de Menores de Trenque Lauquen, del 19.6.07 in extenso en www.mpba.gov.ar

³⁸ Sólo a título ilustrativo, ver la cantidad de casas de abrigo (15 en toda la provincia de Bs.As.) y su capacidad (20 niños de 0 a 18 años en cada una de ellas) creadas por la resolución 166 MDH

Publicaciones del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs.As.
y UNICEF, 2009, pags. 112 a 137.