

## **Sobre las medidas de protección en la ley 26.061. Una mirada desde otra perspectiva**

**Autor: Basset, Ursula Cristina**

Publicado en: LA LEY 30/04/2008, 1

### **SUMARIO:**

- I. Inconstitucionalidad de la aplicación automática en las Provincias. –**
- II. Las medidas, el interés superior del menor y su realización en la familia. –**
- III. Las medidas protectorias y el intervencionismo del Estado en la familia. –**
- IV. Los dos tipos de medidas. –**
- IV. Las medidas protectorias del Art. 32 y ss. –**
- V. Las medidas excepcionales del Art. 39. –**
- VI. Conclusiones.**

La 26.061 (Adla, LXV-E, 4635) es parte del elenco de leyes controvertidas. Sin embargo, después del movido debate inicial, un cierto acostumbramiento a los textos vigentes podría acabar en posiciones acomodaticias. Así pues, a dos años de su sanción, nuevamente, parece conveniente elevar la voz, para volver a poner sobre el tapete las incongruencias variadas de la ley. Esta vez, el estudio se focalizará exclusivamente en las medidas de protección.

#### **I. Inconstitucionalidad de la aplicación automática en las Provincias**

Lo primero que hay que reflotar es la inconstitucionalidad de la aplicación del sistema de protección en las jurisdicciones provinciales. Germán BIDART CAMPOS tiene dicho que "Entre las competencias exclusivas de las provincias, cabe incluir: (...) [la de] dictar sus leyes

procesales" (1). Por otra parte, el Art. 123 de la C. N. dispone expresamente que "Cada provincia dicta su propia Constitución, (...) asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo y financiero." El Art. 121 por su parte, dispone que todas aquellas competencias que no hayan sido delegadas, siguen correspondiendo a las Provincias.

Pese al silencio de la doctrina que ha comentado la ley sobre este punto (2), las medidas procesales dictadas en la ley 26.061 sólo son aplicables en el territorio de la Nación, y —salvo que se cumplan las condiciones que se expresan a continuación— no son aplicables en las provincias, ni en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (3).

Las disposiciones procesales contenidas en el texto legal, vulneran los procedimientos administrativos y judiciales ya dispuestos en las propias leyes provinciales de protección de la niñez, y sólo resultarían aplicables en caso de:

- \* expresa adhesión emanada del Poder Legislativo de las Provincias,
- \* que no contraríe el sistema legal de protección ya dispuesto por estas (V. gr. que las provincias renuncien a su propio sistema procesal de protección y adopten literalmente el texto nacional).
- \* que se designen los órganos administrativos de aplicación.

En el momento presente, a nuestro aviso no existe ninguna ley provincial que cumpla con estos requisitos (4). La mayoría de las provincias ha designado órganos de aplicación y los ha notificado. Sin embargo, todas tienen su propio régimen procesal de protección (Catamarca tiene un proyecto de adhesión a la ley nacional con media sanción, pero al parecer no ha sido aprobado aun), algunos de los cuales siguen conservando la protección judicial. Aun más: algunas provincias se rigen por el sistema tutelar de la ley 10.903, derogado por la ley 26.061 (Santa Cruz, Santiago del Estero y Tucumán). En esos

casos, no cabe duda de que en materia procesal, la 26.061 no se aplica en su segmento procesal.

El sistema procesal que ofrece la ley sigue la pauta de "desjudicializar" al menor, de acuerdo con la tesis "liberacionista", señalada por D'Antonio. Habíamos advertido ya, en un trabajo anterior (5), la evidente contradicción de esta tendencia "desjuridizante" con algunas legislaciones protectorias vigentes en las provincias, que habían mantenido el régimen de protección predominantemente jurisdiccional. En este sentido, la **Suprema Corte de la provincia de Mendoza**, con fecha 27 de febrero de 2007, dictó la Acordada N ° 20.062, por medio de la cual, se considera oportuno disponer la **suspensión transitoria** - en el ámbito de la provincia- de la aplicación de la ley nacional 26.061, de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, exclusivamente en sus aspectos procedimentales, y, en cambio, mantener la aplicación de la ley provincial 6354 con sus actuales competencias y procedimientos (Art. 121 CN).

La doctrina recurrentemente insiste en la facultad del Poder Legislativo federal, de dictar normas que tiendan a "promover el desarrollo humano" y de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades ... y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños..." (Arg. Art. 75 inc. 19) (6). La competencia del Poder Legislativo Federal se refiere a normas de fondo. Pero esto no incluye las competencias exclusivas de las provincias, en torno a la legislación procesal. Alguna doctrina ha sostenido que Arts. 32/41 de la ley presentan "lineamientos generales" (7). No compartimos esta afirmación. Basta la lectura de las medidas, para descubrir una regulación integral y meticulosa de las medidas de protección.

De esta forma, la pretensión de que las medidas de los Arts. 32/41 sean aplicables sin más en todo el territorio de la Nación choca con el sistema

federal que resulta de la Carta Magna, y entendemos que debe ser rechazado por las potestades provinciales, a los fines de conservar el federalismo que surge del Art. 1° de la Constitución, sin perjuicio de la conveniencia, a los fines de la cooperación interjurisdiccional, respecto de la designación de los órganos de competencia.

## II. Las medidas, el interés superior del menor y su realización en la familia

Pareciera que una de las finalidades centrales de la ley es la protección del niño en su familia (Cfr. Arts. 35 y 37 a, ley 26.061). Se ha hablado del nuevo paradigma del sistema protectorio, con proyección en el ámbito civil y penal. La misma idea de paradigma supone la caducidad de determinadas categorías que marcan el pensamiento científico por un período de tiempo, hasta su crisis (8).

Es oportuno señalar que, cuando de niños se trata, no pueden experimentarse sobre ellos teorías sociales o jurídicas novedosas, sino que debe imperativamente aplicarse sólo aquellas iniciativas que comprobadamente los beneficien (9). El beneficio superior de los niños es un objetivo que trasciende las disposiciones de la ley, y encuentra su referencia tanto en la Convención sobre los Derechos de los Niños, como en disposiciones (vigentes) del Código Civil (v. gr. en lo referido al parentesco y las filiaciones biológicas y adoptivas, que son las que fundamentan las disposiciones que relacionan al menor con la familia). Ahora bien, a nadie resulta ajeno que los derechos de los niños se realizan en forma óptima en un entorno familiar bien constituido, y que los modelos falenciales de la familia perjudican a los niños (10). Es así que se habla ya hace un tiempo de los "derechos del niño a una familia" (11) y de los límites de la autonomía de la voluntad de los adultos respecto del derecho al desarrollo integral de los niños (12). ¿Son, pues, constitucionales estas definiciones de familia?

Precisamente, respecto de la familia, la ley introduce notorias variantes. En primer lugar redefine familia, incluyendo en su denotado términos como "centro de vida" e incluso a cualquiera que se encuentre comprendido en los lazos afectivos del menor (Art. 3 inc. f, Art. 33 in fine). El decreto 415/06, va más allá, y define "familia" como "familia o núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario", y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia a "otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección." (13) En otras palabras, familia son también las instituciones estatales, y cualquier composición de un grupo humano de cualquier índole con el que el niño o adolescente desarrolle vínculos significativos y afectivos.

Las definiciones antecedentes implican; a) un exceso en las potestades legislativas; y b) una colisión directa con diversas Declaraciones y Convenciones, que se encuentran incluidas en el texto de nuestra Constitución Nacional. En este sentido, creemos que será lícito, en cualquier caso, plantear la inconstitucionalidad, con fundamento en los Arts. 14 bis, en los compromisos internacionales asumidos por la Argentina e integrados al texto constitucional (Art. 75, inc. 22) y alegando asimismo la inconstitucionalidad formal del decreto, la que surge del Art. 99 inc. 2 C. N. Puede plantearse también la inaplicabilidad de la ley -si dicho recurso esté previsto localmente-.

La extensión amorfa de la noción de familia, sólo puede ir en detrimento del bienestar del menor, cuyo auténtico bien es una familia integrada por padre y madre —de acuerdo a la pauta hermenéutica que brinda el preámbulo de la CDN (14)—. Se ha hablado de "sovietización" de los niños. Es menester recordar las advertencias de Héctor Lafaille, quien ya protestaba contra estas nuevas "prácticas falansterianas de encargar al

Estado la crianza y educación de los niños". Decía el ilustre civilista, que "Aparte de que una transformación de esta índole convertiría el mundo en un inmenso orfanato o en una incubadora gigantesca, el concepto mecánico de la tarea gubernativa y la indiferencia que la rodea y caracteriza en la función pública, lo condenarían al fracaso" (15).

La admisión de un concepto deformado de familia (que tiende a suplantar a la familia por el Estado), vulnera los derechos a la privacidad de la familia, al desarrollo pleno, a la protección integral de la familia emanada del Art. 14 bis (16). Por otra parte, habría una abierta inconstitucionalidad respecto del techo ideológico de la Constitución Nacional y de los Tratados suscriptos (17). De la CDN surge la equivalencia semántica de "familia" con "padres" (18) y en su caso, para referirse a otras comunidades, éstas tienen una designación explícita. "Familia", se distingue en la CDN incluso de "Familia ampliada". Una lectura cuidadosa de la ley 26.061, tendiente a evitar planteos inconstitucionales, requerirá una comparación y privilegio hermenéutico de la CDN por sobre la ley (19).

Respecto de la definición peligrosa que trae el Art. 7° del decreto reglamentario 415/06, es abiertamente inconstitucional y no tiene vigencia ni validez (20), ya que un decreto no tiene entidad suficiente para desvirtuar la legislación que emana del Código Civil, y por lo demás implica un claro exceso a las potestades reglamentarias emanadas del Art. 99 inc. 2 (21).

### **III. Las medidas protectorias y el intervencionismo del Estado en la familia**

El texto legal expresa una ambivalencia hacia la institución: i) Por un lado hay una insistencia desmesurada en no separar al niño de su familia precisamente en situaciones excepcionales (22), cuando, como lo señala con sentido común Augusto C. Belluscio, la familia es a veces disfuncional (23). ii) Por otro lado, en las medidas de protección existe el presupuesto de que hay que desconfiar de la familia, como si se

tratara de una lucha de poderes entre el mundo de los "mayores" y el de los "menores" (24), en una dialéctica totalmente ajena al frecuentemente funcionamiento normal de la familia. Se insinúa que el Estado debiera tener la responsabilidad de introducirse capilarmente en la familia, a través de sus órganos y vigilarla. El sociólogo francés François de Singly (25), decía:

"El interés del niño es una noción que ha servido (y sirve) de justificativo a las intervenciones del Estado en la familia. (...) La familia moderna está así bajo vigilancia... El Estado... ha sostenido, ... la acción de los higienistas, de los médicos, de los psicólogos, de los trabajadores sociales, de los asistentes sociales, de los terapeutas conyugales, los mediadores familiares - la lista se prolonga sin cesar" (26).

Las medidas de protección expresan así esta dimensión intervencionista fácil del Estado en la familia. Como advertiremos a continuación, **la familia queda situada bajo vigilancia, pero también bajo sospecha, y esta sospecha es un excelente pretexto de monitoreo que debilita la juridicidad intrínseca de la familia, que resulta así absorbida por el Estado.**

Luego de estas consideraciones generales, pasaremos a examinar las medidas.

#### **IV. Los dos tipos de medidas**

La ley 26.061 dispone un "Sistema de Protección integral de los Derechos de las Niñas Niños y Adolescentes". Este sistema protectorio aporta dos géneros de medidas: las medidas de protección de derechos y las medidas de protección excepcional de derechos (Art. 32 in fine).

Ambas medidas tienen un neto corte procesal administrativo (27) (Art. 33). Tienen por finalidad la preservación o restitución del disfrute y

ejercicio de los derechos de los niños que hubieran sido vulnerados (Art. 34).

#### **V. Las medidas protectorias del Art. 32 y ss.**

Las medidas "de protección" deben anteceder al dictado de una medida que implique la separación del niño de sus padres (pauta inconstitucional, como veremos). El objetivo de estas primeras medidas es evitar la separación del niño de sus padres. Mas, como tuvimos ocasión de ver, la separación se produce ipso facto, cuando los órganos del Estado insertan una cuña en la privacidad de la familia y le arrebatan su juridicidad intrínseca. El Estado censura a la familia su organización de autoridad interna, pero esa misma autoridad es la que el Estado toma para sí, al ingresar e intervenir en la familia. Las medidas así reguladas vulneran el principio de subsidiariedad del Estado (28) y la protección de la familia emergente del bloque de constitucionalidad (29).

##### **V.1. Autoridad de aplicación**

Acerca de la autoridad de aplicación, el decreto 415/06 "convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que identifiquen y en su caso designen a la brevedad, (...) por las vías y/o medios que determinen las respectivas legislaciones vigentes, a las autoridades administrativas de protección de derechos en el ámbito local" (reglamentación del Art. 33) Mientras tanto, el Art. 42 convoca a las provincias a que celebren "convenios dentro del marco jurídico vigente para municipios y comunas".

El texto de la reglamentación no es muy claro, porque al tiempo que se convoca a la designación de autoridades para implementar las medidas (supuestamente las del Art. 33), se refiere a que serán aplicadas por las vías que determinen las respectivas legislaciones vigentes. Se contradice. La reglamentación del Art. 33, por el decreto 415/06 choca con lo dispuesto por los Arts. 121 a 124 de la Constitución Nacional, por cuanto invade facultades exclusivas de las Provincias. La ley nacional no

pudo haber "convocado [a las Provincias] a identificar sus autoridades administrativas" para la aplicación de las medidas (30), puesto que el Estado Federal no puede imponer sin más trámite su legislación procesal. Mientras las Provincias no adhieran (por ley provincial), deberán regirse cada una por su propio régimen procesal de medidas de protección (31).

Ahora bien, la designación de las autoridades administrativas podría ser útil a los efectos de la colaboración entre distintos territorios o jurisdicciones (al igual que sucede internacionalmente y para la aplicación de las normas relativas a la restitución internacional de menores).

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, hay un circuito de denuncias establecido: Toda persona está obligada a denunciar y los organismos competentes son el Consejo de Derechos de Niños/as y Adolescentes (línea 102) y las Defensorías Zonales, establecidas por la Ley 114. Empleados y funcionarios deben comunicarse a la Guardia Permanente de Abogados del Consejo de Derechos de Niños/as y Adolescentes. Si no hay emergencia, la denuncia deberá dirigirse a la Comisión para la Restitución de Derechos (32). En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires acaba de implementarse una red de "Servicios locales de protección de derechos" municipales e interdisciplinarios (33). Según se nos informó telefónicamente, esta red cuenta ya con la adhesión de más de 90 municipios, algunos de los cuales cuentan con más de un servicio habilitado para implementar las medidas previstas en el Art. 35 de la ley 13.298 (34) y ya han debido interactuar con los organismos de la Ciudad de Buenos Aires.

## **V.2. Supuestos que habilitan la aplicación**

Estas medidas proceden respecto de amenazas a cualquier derecho de los niños (por imperio del Art. 2 y 3). Puede provenir de acciones u omisiones. Esto parece aceptable cuando se piensa en casos de lesión grave a los derechos de los menores. No obstante esa interpretación no

es válida, puesto que, como quedó dicho, esta medida procede respecto de todos los derechos garantizados a los niños —v. gr. ser oídos por sus padres (Arts. 19 y 24 in fine) o de libre asociación (Art. 23)— y sin matices respecto de la gravedad de la lesión. Sólo cabe esperar que impere el sentido común al momento de aplicarla, ante la falla de la técnica legal.

### **V.3. Sujetos activos y pasivos de la acción u omisión amenazante**

El sujeto activo o victimario de la amenaza u omisión que afecte los derechos de los niños, puede ser tanto "el Estado, la Sociedad (sic), los particulares (¿?), los padres, la familia, representantes legales, o responsables" o del propio menor respecto de sí mismo. (Art. 33, 2° párrafo).

El sujeto pasivo o víctima de la amenaza puede ser "uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados". Más allá de las incongruencias gramaticales, queda claro que sólo pueden ser los menores hasta los 18 años, así como quedan definidos en el Art. 2 de la ley. Recordamos, que por imperio de la CDN, la niñez comienza en el momento de la concepción (35).

### **V.4. Quién puede denunciar**

Deber de denunciar: El Art. 30 de la ley establece el deber de comunicar toda infracción o amenaza de infracción (36) a: a) los miembros de los establecimientos educativos, públicos o privados; b) miembros de los establecimientos de salud, públicos o privados; y c) todo agente o funcionario público Si los enunciados en los puntos anteriores, no cumplieran con este deber, incurrirán en responsabilidad por dicha omisión. (Art. 30). Creemos que el Defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuando sea designado, deberá denunciar todas las infracciones de que tome conocimiento (Cfr. Art. 55 inc. a), b) c) y d).

## V.5. Abogado de los niños

El Art. 27 inc. c) prevé la asistencia legal por un letrado especializado en niñez o adolescencia, en los procedimientos administrativos o judiciales que incluyan a los menores. Ese derecho, en caso de falta de recursos, deberá ser satisfecho por el Estado.

Cabe preguntarse si el mismo menor podrá ocurrir ante un abogado y ser "patrocinado" (según expresa la ley) para la defensa de sus derechos vulnerados y peticionar alguna medida de las previstas en el Art. 33. La Ciudad de Buenos Aires ha organizado las "Defensorías Zonales" que operan ya en el espacio de los "Centros de Gestión y Participación". Los jueces podrán acudir a estas Defensorías y éstas a su vez podrán reenviar la solicitud a centros de patrocinio jurídico gratuito (37). El Colegio de Abogados de la Capital Federal cuenta ya con un servicio de asesoramiento a niños. Sin embargo, su aplicación solamente es válida en el distrito judicial de la Ciudad de Buenos Aires y no en el ámbito nacional ni el provincial. A nuestro aviso, no existen otras entidades semejantes actualmente en las Provincias.

El decreto reglamentario establece que el "derecho a la asistencia letrada incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales" del niño en el proceso administrativo o judicial.

Dado que las normas relativas a la representación de los menores no fueron derogadas por la ley, habrá que entender que la ley pretendía una interpretación armonizante. Si hubiera querido desplazar la representación de los padres o tutores, o adelantar la capacidad jurídica para contratar, debió haberse derogado las normas que regulan en sentido contrario. De hecho, cuando la ley 26.061 quiso derogar, lo hizo expresamente (v. gr. Ley 10.903 —Adla, 1889-1919, 1094— y Art. 234 CPCCN).

La representación del menor, salvo privación de patria potestad (38), o intereses encontrados entre el menor y sus padres o tutores, la ejercen estos últimos (39). La ley prevé la designación de un tutor ad-litem, en caso de intereses encontrados (40) entre los representantes del menor y este último. Para la designación de un tutor ad-litem, será necesario el discernimiento de la tutela por el juez competente (41).

De acuerdo con esta interpretación armonizante, la designación de un abogado por parte del menor sólo podrá ocurrir (42) en la medida en que se verifiquen los siguientes supuestos: a) el menor tenga capacidad jurídica para designar a un abogado que lo represente (43) (en virtud de las reglas relativas a la capacidad jurídica, que surgen del Código Civil, esto es, a partir de los 14 años de edad) (44); b) que medie oposición entre los intereses del menor y los de sus representantes (45); y c) que dicha representación no perjudique el superior interés del menor (46).

Insistimos en el punto c), porque se ha observado que en algunos casos de obstrucción de contacto, determinadas madres abusan de la facultad de designación de abogado, quien es elegido por ellas como una extensión de su conducta obstruccionista. En el **Síndrome de Alienación Parental (con Münchhausen by proxy)** se habla de la digitación de la madre en torno a los profesionales del menor. El juzgador deberá estar prevenido de que la designación de un abogado elegido y pagado por la madre, no sea una manera de conspirar contra los intereses del menor a su vida familiar plena, y en especial al adecuado contacto con su rama paterna. Se trataría de un ejercicio abusivo de la facultad, en desmedro de su finalidad propia y en perjuicio de los niños y sus padres. En este caso, en beneficio del menor, la designación del abogado deberá producirse o bien por un acuerdo de los padres, o bien por abogado de la matrícula desinsaculado por el Juzgado.

El texto final de la ley tiene gran trascendencia, particularmente porque el texto original del Dictamen de Minoría indicaba que el menor tenía derecho a que se le asignara un "letrado de su confianza" (47). Del

tratamiento en comisiones, y del debate en la Cámara de Senadores, surgió la necesidad de rectificar este texto y otorgarle la redacción deliberadamente más austera que contiene ahora: "a ser asistido por un letrado preferentemente especializado..." (no incluye el giro "de su confianza"). Esta modificación es de toda relevancia, ya ahora, con el texto vigente, el derecho al patrocinio letrado, no incluye necesariamente que sea el niño quien designe el letrado (podrá no ser de su "confianza"). En otras palabras, la ley no confiere "derecho a elegir el letrado", sino "derecho a tener uno". Este derecho es optativo (no obligatorio) y se ve perfectamente satisfecho con la designación de un tutor ad-litem, de acuerdo a la interpretación armonizante con el Código Civil.

#### **V.6. Procedimiento**

Como el menor tiene derecho a "participar activamente en todo procedimiento" y "a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte" (inc. d) y e), Art. 27, de la ley 26.061), y además tiene derecho a ser "asistido" o "patrocinado" por un "letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya" (Art. 27 inc. c), el niño podrá solicitar que se designe abogado para su "patrocinio" en el proceso administrativo (¿será a través de sus padres en este caso? ¿Puede ser "patrocinado" un incapaz?) (48).

#### **V.7. Recursos**

No está previsto un control de legalidad por parte del poder judicial, a diferencia de las medidas excepcionales del Art. 39. Evidentemente, en caso de injerencia arbitraria del Estado en la familia, pareciera que el único medio de defensa es un recurso administrativo —que en última instancia admitirá el control jurisdiccional (49)— o bien un recurso de amparo.

En cuanto al amparo, habrá que estarse a lo dispuesto en las Constituciones Provinciales (50) y en la Nacional. En el orden nacional, a

partir de la reforma de 1994, quedaría el recurso al Art. 43 C. N.(51), y será menester demostrar o bien a) el agotamiento de la instancia administrativa, o bien b) la inidoneidad, en razón de la urgencia, de recurso administrativo. Asimismo, deberá acreditarse: a) la arbitrariedad de la acción u omisión del órgano administrativo que disponga la medida de protección, o bien b) la ilegalidad de la misma.

#### **V.8. Catálogo de medidas**

Algunas de ellas, son loables. Así por ejemplo las que se refieren a la solicitud de becas de estudio o para inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar (Art. 37 inc. b), o las referidas a la asistencia económica (Art. 33, 3° párrafo y Art. 37, f).

Otras, sin embargo, son llamativas y preocupantes:

El cuidado del menor en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres (52) (...) en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia (Art. 37, inc. e) ¿Significa que se enviará sin acreditar la necesidad y urgencia a alguien que cuide de los menores en su propio hogar, que estará en la casa familiar y se ocupará del menor?

- La inclusión de menores en "programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar" (Art. 37 inc. d). Deberemos entender que el menor puede ser forzado por una autoridad administrativa aun no precisada a concurrir a un programa incierto, sin garantías mínimas del principio de legalidad.

- Según el Art. 37 inc. f), la autoridad administrativa podrá disponer un tratamiento médico —insisto, como medida administrativa individual— con un médico no aprobado por los padres y sin control judicial.

- Podrá disponer asimismo tratamiento psicológico o psiquiátrico (53), no sólo del menor sino también de alguno de sus padres, o de sus responsables (¿?) o representantes legales. ¿Enviarán a los tutores discernidos por el juez a realizar terapia psicológica o tratamiento

psiquiátrico? Si el día de mañana, algún abogado decide ejercer como abogado del niño; ¿corre el riesgo profesional de que se decrete terapia bajo mandato para él en su función de "responsable legal" o "representante", en virtud del Art. 37 inc. f)?

Por último, la enunciación de las medidas no es taxativa. Es decir, que el órgano administrativo competente podrá disponer aun otras medidas no enunciadas.

Entendemos que, en el caso de resultar violatorias de la intimidad familiar, o de algún derecho de los padres o de los niños, podrán interponerse los recursos mencionados en el punto anterior

#### **V.9. Extinción**

No hay límites para la sustitución y modificación de las medidas de protección. Estas podrán ser sustituidas, modificadas o revocadas en cualquier momento, al solo arbitrio de la autoridad competente que las haya dispuesto, y cuando ésta crea que han cesado o variado las circunstancias que las motivaron, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 38. Esta disposición parece conferir facultades demasiado amplias al órgano administrativo que disponga las medidas. Más aun, cuando no habrá sino un control remoto de legalidad de las mismas.

#### **V.10. Balance**

Si bien algunas de las medidas parecen beneficiosas, son las que están ligadas al campo de acción social del Estado, y que derivan del principio de subsidiariedad. Por el contrario, cuando no es así, sólo cabe esperar que impere el sentido común en la aplicación de la ley. Si la ingerencia del Estado en la familia es arbitraria, parece que sólo cabe la acción de amparo, o bien un recurso administrativo —en caso de no mediar urgencia y según la gravedad de la lesión a los derechos de los niños a la privacidad familiar y de los derechos de las familias—.

Nos quedan algunos interrogantes: ¿No resultan estas medidas administrativas una herramienta desproporcionada de poder y con un control de legalidad muy remoto? ¿Puede el Estado ingresar en la familia, sin dar antes cuenta (probar sumariamente) la urgencia y la necesidad de la intervención? ¿No es esto un avasallamiento ilegítimo de la potestad familiar sobre los hijos y del principio de subsidiariedad? Por último, el decreto de medidas de protección sin control jurisdiccional previo, ¿no infringe además el Art. 18 de la C.N.? Es que parece peligroso que la familia tenga que sufrir medidas de protección sin defensa en juicio, mas cuando éstas no revistan urgencia.

Más aun, habrá que empezar a considerar la responsabilidad del Estado por las consecuencias dañosas que provengan de medidas decretadas en forma arbitraria o ilegal.

## **VI. Las medidas excepcionales del Art. 39**

El tipo jurídico también es abierto (54). Pero, dada la naturaleza de estas medidas, esto reviste especial gravedad.

### **VI.1. Autoridad de aplicación**

La ley, en su proverbial oscuridad, menciona tres autoridades: a) la "local de aplicación", que interviene primero; b) la "judicial competente en materia de familia" y c) la autoridad competente de cada jurisdicción en protección de los derechos de las niñas niños y adolescentes". A cada una le adscribe tareas específicas en la aplicación de la ley.

Pareciera que en los casos a) y c) se trata de una autoridad administrativa, por cuanto el Art. 40 reza: "...debiendo notificar dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción", que diferenciaría a las a) y c) de la b), que es judicial. En realidad, el lector queda en ayunas, porque no se sabe de qué autoridades administrativas se está hablando. La imprecisión es deliberada, y creemos que obedece al afán de insertar a las Provincias en el esquema de las "medidas

procesales" (ver supra, primer punto de este artículo). En el caso de esta ley, pareciera que a) es la autoridad que recibe la denuncia y que eventualmente estaría facultada a diseñar una medida de excepción, pero no a ejecutarla. B) es una autoridad judicial, que —según la ley— no puede diseñar medidas de excepción, pero puede controlar la legalidad de la diseñada por A). C) es una autoridad administrativa que tiene competencias para aplicar la medida de excepción, una vez que pasó el test de legalidad.

Como se ha señalado, el diseño no es bueno. En primer lugar, siguiendo a Kielmanovich, hay que sostener que las autoridades judiciales nacionales siguen conservando la facultad de dictar medidas en virtud de los Arts. 230 y 232 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación (55).

En segundo lugar, hay un vacío legal respecto de lo que pueda suceder si el primer diseño de la medida propuesto por A) no resiste el test de legalidad. Creemos que en ese caso, B) (el juez) podrá sin más decretar otra medida apropiada, en virtud de los Arts. 230 y 232 y en última instancia para tutelar el bien del menor.

En el decreto 415/2006 se convoca a las Provincias y a la Ciudad de Buenos Aires para que designen la autoridad local de aplicación (supuestamente para no invadir la autonomía, cuando en realidad atreverse a legislar una medida de esta índole ya es inconstitucional).

## **VI.2.** Supuestos que habilitan la aplicación

Hay dos supuestos fácticos que habilitan la aplicación de las medidas excepcionales de protección: a) que "las niñas, niños o adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar; o, b) que el "superior interés [exija] que no permanezcan en este medio" familiar. En el caso a) se trata de niños que hubieran sido abandonados de su entorno familiar (ya sea en forma temporal o definitiva). Imaginamos p. ej. un procedimiento policial, en el que hubiera menores, que temporariamente hubieran de ser separados de

sus padres. En el caso b) la separación del medio familiar es necesaria para el bienestar de los niños. Lo normal es pensar inmediatamente en una situación drástica (v. gr. violencia familiar, abuso). Pero la ley no hace referencia más que al "superior interés". La amplitud de criterio es alarmante. El interés superior del menor es definido en el Art. 3° como integrado por todos los derechos enunciados ... Por suerte, el decreto 415/06 corrigió este grave defecto.

Requisitos a acreditar según el decreto 415/2006: Establece la necesidad de acreditar los siguientes extremos:

\* circunstancias graves

que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente

\* que el menor fuere víctima de abuso o maltrato

\* por parte de sus padres o convivientes

\* y no resultare posible la exclusión del hogar de la persona que causare el daño

¿Sólo la vulneración de los derechos enunciados por la ley 26.061 permite la aplicación de las medidas excepcionales? El Art. 3°, que define superior interés, dispone que es "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". Y queda la incertidumbre: ¿sólo los derechos enunciados por la ley 26.061 integran los derechos del menor? El Art. 3° es terminante. Esta enunciación es fallida, la ley no puede atribuirse exclusividad en definirlos. Por ello, en aras del principio de progresividad de los derechos humanos y del deber de armonizar los derechos que se confieren a los niños, entendemos que en el caso de que la ley hubiera omitido algún derecho de los niños, cuya lesión verifique los dos supuestos mencionados en la reglamentación del Art. 39, deberá tornar aplicable el recurso a las medidas excepcionales.

### **VI.3.** Legitimación activa y pasiva

El sujeto pasivo de la amenaza o perjuicio coincide con el sujeto de la ley —e. d. los niños y adolescentes—. Desde la concepción y hasta los 18 años de edad (56).

El sujeto activo de la acción lesiva o potencialmente lesiva puede ser el progenitor o algún conviviente de la víctima.

### **VI.4.** Requisito de procedencia del Art. 40 1° párrafo. Inconstitucionalidad.

Como ya ha sido dispuesto en alguna jurisprudencia, el primer párrafo del Art. 40, que dispone la necesidad de la aplicación previa de las medidas de protección del Art. 33, puede ser inconstitucional, cuando cause una lesión a derechos reconocidos en la CDN o en cualquier otra disposición de jerarquía constitucional en favor de los niños. Posponer la aplicación de una medida urgente, al agotamiento de una cantidad incierta de medidas de indeterminada duración (57), dispuesta en el Art. 33, podría causar un gravamen irreparable a los niños en situación de riesgo (58). Creemos que en caso de que la autoridad administrativa interviniente se niegue a dictar las medidas excepcionales previstas por el Art. 39, invocando el primer párrafo del Art. 40, corresponderá interponer una acción de amparo (por vía de la regulación prevista en las Constituciones provinciales (59), o por el Art. 43 C. N.), solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Art. 40, 1° párrafo, y requiriendo al órgano judicial respectivo que ordene el dictado de las medidas a la autoridad administrativa competente.

Estarán legitimados activamente para dicha acción, los representantes de los menores, o bien el representante promiscuo (Ministerio Pupilar). En el caso de que se designara el Ombudsman de los niños, en ese caso éste también estaría facultado para incoar la acción (en virtud del Art. 55 inc. b).

**VI.5.** ¿Podría el menor acudir a un abogado (Art. 27 inc. c) para solicitar la "asistencia" profesional en orden a obtener las medidas excepcionales?

Una reciente jurisprudencia de primera instancia del Juzgado Nacional en lo Civil N° 7 (a cargo de la Dra. Silvia GUAHNON) fue publicada como si hubiera admitido el patrocinio letrado de una menor de 13 años, que solicitó su propia externación de una Fundación (60). Aunque a nuestro modo de ver, y pese al tenor de la presentación que transcribe la página virtual en la que se encuentra la resolución, la Dra. Guahnon no hace lugar al patrocinio letrado de la menor (nunca cita el Art. 27 inc. c), sino que resuelve la externación en función de la manifestación de la menor ante la Asistente Social y en virtud de la conformidad prestada por la Defensoría, y accede a ello, en función de la protección de la familia (Art. 3° y 7° de la ley 26.601). La resolución es la correcta: con el régimen legal vigente, no es admisible el patrocinio letrado de una menor de trece años (61).

En virtud de los argumentos esgrimidos más arriba, en torno al patrocinio letrado respecto de las medidas de protección (ver punto 2. (5)), seguimos sosteniendo que nos parece que —sin derogar los artículos pertinentes del Código Civil— una interpretación del Art. 27 inc. c) que admitiera el patrocinio jurídico de menores de 14 años sin oposición de intereses entre los representantes legales y el menor, sería contra legem.

#### **VI.6.** Procedimiento

Hay tres interpretaciones posibles, en razón de la enrevesada redacción del texto. Por nuestra parte, creemos que la correcta es la primera de las tres, que es la que exponemos a continuación.

Primera interpretación (la que para nosotros es correcta): El procedimiento se iniciará aparentemente con una denuncia ante la autoridad de aplicación (designada con la letra A), más arriba). Como los órganos de la ley no han sido creados, por el momento, las

denuncias deberán hacerse ante el Consejo Federal de la Niñez y Adolescencia, hasta tanto se completen las actividades dispuestas por el Decreto 416/06, en relación a la creación de los órganos que crea la ley 26.061. La resolución que disponga un primer diseño de la medida excepcional deberá ser fundada (62). Esta resolución deberá notificarse en forma fehaciente dentro de las 24 horas de dictada a la autoridad competente en materia de familia (designada arriba con la letra B) (63). La falta de "notificación" (debió decir "comunicación") (64) fehaciente al juez competente en materia de familia hará incurrir en responsabilidad penal al funcionario. El control de legalidad de la medida deberá perfeccionarse dentro de las 72 horas (65): "La autoridad competente [en materia de niñez] (...) dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado [otra incoherencia gramatical, ¿será el funcionario del párrafo anterior?], con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida" . Esta segunda autoridad competente es judicial, por cuanto hay una referencia a la "jurisdicción". En la peligrosa oscuridad de la jerga legal, se dice que la "autoridad competente con jurisdicción" deberá resolver el control de legalidad en 72 horas (se entiende: respecto de la comunicación del diseño de la medida de excepción). Si la medida fracasara en el test de legalidad, creemos que el Juez estaría facultado para dictar, en razones de urgencia, y en virtud del Art. 232 CPCCN, una medida distinta a la propuesta por la autoridad A).

Las medidas sólo podrán ser implementadas, una vez resuelto el control de legalidad. La autoridad administrativa (C) estará a cargo de la aplicación e implementación. Al menos, esto parece deducirse del texto del párrafo 4° del Art. 40: "... resuelta ésta [la legalidad de la medida], la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes". Entonces, ¿hasta —tal vez— después de 72 horas, las medidas eventualmente urgentes y excepcionales no estarán decretadas?

¿Para qué la denuncia previa ante autoridad administrativa? Si es ésta la interpretación, acabamos en que se trata de pura burocracia, que sólo posterga los derechos del niño.

Por ello, si la interpretación de la ley es la que parece deducirse de la literalidad del texto, parece imperativo en caso de emergencia, plantear la inconstitucionalidad del texto del Art. 40 y solicitar las medidas urgentes y excepcionales, directamente ante la autoridad judicial, en virtud de las garantías previstas por la CDN y las medidas previstas por el Art. 230 y 232 CPCC, o bien por medio de un amparo. Si el bienestar del menor no admite demoras, menos admitirá un tour de force burocrático.

Segunda interpretación (no parece surgir de ninguna forma del texto legal, pero guarda semejanza con procedimientos de protección en otros regímenes legales). Ahora bien, si la ley (en algún recoveco hermenéutico que se nos haya escapado), plantea la posibilidad de dictar medidas administrativas urgentes y realmente excepcionales (66), pues entonces tiene sentido el galimatías (67). La denuncia se realizaría ante la autoridad de aplicación administrativa (nomenclada con A) y de aplicación directa v. gr. el Defensor del niño) y la medida fundada se toma y se aplica, con los recaudos de notificar al Juez competente para que efectúe en un plazo máximo de 72 hs el control de legalidad, en ese caso el artículo adquiere algo de razonabilidad. No obstante, si fuera esta interpretación la válida, resulta alarmante que no haya un protocolo establecido para estas medidas. Conferir una discrecionalidad muy amplia en medidas que son extremas, es muy peligroso. Se trata de mucho poder, sin suficiente control. Separar a un menor de sus padres, o reintegrarlo en circunstancias especiales, debería tener un protocolo propio (68), que asegure una medida para juzgar a quienes apliquen y dispongan las medidas.

Tercera interpretación (propuesta por Eduardo A. ZANNONI) Por último, hay la interpretación que realiza Eduardo ZANNONI: la autoridad de

aplicación b) —que realiza el control de legalidad— es también administrativa. El Poder Judicial es un mero mensajero, que se entera de las medidas dispuestas y controladas en sede administrativa, y las comunica a otra autoridad administrativa.

Siempre es preferible el ámbito jurisdiccional directo (69), y no porque se "judicialice" a los menores, sino porque hay muchos controles para que las medidas dispuestas sean idóneas y se garanticen sus derechos.

#### **VI.7. Criterios a tener en cuenta para las medidas**

Los criterios serán: a) Permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos. b) excepcionalmente, una convivencia alternativa al grupo familiar, c) evitación de la sustitución del grupo familiar de origen, d) no separación de hermanos, e) prohibición de la privación de la libertad y f) nunca se podrán aplicar por falta de recursos económicos, físicos (¿), de políticas o programas del organismo administrativo.

#### **VII. Conclusiones**

En primer lugar, corresponde insistir en que debe reasegurarse el federalismo, respetando la potestad exclusiva de las Provincias de dictar sus propias leyes procesales. Las disposiciones de la 26.061, tendientes a imponer sistemas procesales a las Provincias, son nulas, a menos que las Provincias adhieran. En cualquier caso, sería conveniente que las Provincias designaran autoridades de aplicación para lograr la cooperación interjurisdiccional.

Las medidas de protección y las excepcionales están claramente motivadas en el deseo de obtener un sistema efectivo y rápido de protección de la infancia. En la formulación de los objetivos de las mismas, se expresa la intención de evitar, en la medida de lo posible, la separación de los niños de su entorno familiar.

Algunas de estas medidas son encomiables, en tanto se encuentran enmarcadas dentro de la acción de promoción social subsidiaria del Estado en orden a la protección de la familia. Citamos particularmente,

aquellas tendientes a suplir la falta de medios económicos en orden al desarrollo de la niñez. Celebramos aquellas medidas que son positivas. El eje de la promoción social debería ser el fortalecimiento de la familia y no la intromisión en ella. En cambio, parecen contradecir el objetivo de proteger a la familia y vulnerar el principio de subsidiariedad, que lesionan la privacidad familiar, sin que se asegure suficientemente un sistema de control y garantía de los derechos de los niños a una familia y los derechos de las familias. Comprendemos que la legislación en favor de los niños exige difíciles equilibrios, pero la ley en muchos puntos no los alcanza.

Seguimos creyendo en que el Poder Judicial, sigue siendo una garantía y un control de legalidad eficiente respecto de las medidas de protección que puedan disponerse. No parece una buena solución conferir márgenes amplios de acción y poder a los organismos administrativos que designa la ley, con un control tan remoto de juridicidad. De todas formas, siempre queda expedita la vía de recurrir por vía de amparo las medidas que fueran arbitrarias o ilegítimas. De la misma manera, pueden plantearse los recursos administrativos correspondientes. Sostuvimos también que estas medidas no impiden ni prohíben la acción jurisdiccional respecto de los menores. Siguen vigentes las cautelares genéricas (Art. 232 CPCC), y también las acciones puntuales que ofrece el Código Procesal de la Nación. Cada Provincia tiene por lo demás su propio sistema procesal para aplicar los derechos reconocidos por la ley nacional 26.061.

La ley es oscura en su redacción, y creemos que queda mucho trabajo pendiente, tanto para la doctrina como la jurisprudencia, sin olvidar que la única interpretación verdadera es aquella que conduce a una solución justa (70), que en la especie, será siempre aquella que sea benéfica para la niñez.

(1) BIDART CAMPOS, Germán, Manual de la Constitución Reformada, Buenos Aires, 2001, Ediar, p. 443

(2) Andrés GIL DOMINGUEZ, conocido constitucionalista, examinó este tópico en su artículo "La ley de protección integral de los niños, niñas y adolescentes y la competencia del Estado Federal, de las provincias y de la ciudad autónoma de Buenos Aires", RDF N° 35, p. 24 y ss. Lamentamos que no incluya el análisis de la aplicabilidad de las normas procesales de la ley en las Provincias. KIELMANOVICH, Jorge L., "La dimensión procesal de la ley 26.061" en Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Buenos Aires, 2006, Ed. del Puerto y Fund. del Sur. Emilio GARCIA MENDEZ, Comp., no incluye tampoco el análisis de este asunto. Hemos consultado de la misma obra, el análisis acerca de la constitucionalidad de la ley, que presenta Daniel SABSAY ("La dimensión constitucional de la ley 26.061 y el decreto 1293/05") e igualmente se refiere tan sólo a la facultad del Poder Legislativo de dictar normas de protección de la niñez, mas no a la cuestión específica respecto a la facultad de dictar normas procesales. Accedimos también al comentario de las Dras. María Victoria LUCERO y Dra. Laura RODRIGUEZ "Sobre la suspensión de la aplicación de la ley 26061 en la provincia de Mendoza." <http://www.surargentina.org.ar/suspension.htm>, que prescinden igualmente del análisis de la aplicabilidad de las medidas de procedimiento administrativo y judicial dictadas por Estado Federal en territorio provincial

(3) Así fue resuelto por el Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de Santa Fe el 05/X/2006, que en el voto mayoritario, en contra de lo dispuesto por el Art. 40, dio intervención a los Jueces de Menores en un caso de medidas excepcionales del Art. 41 b). En la extensa y fundada disidencia del Dr. Abraham VARGAS, se postuló la inconstitucionalidad del Art. 40, en cuanto vulnera las facultades de las Provincias de darse su propia organización judicial y administrativa. Citamos algunos párrafos significativos de la disidencia: "la adjudicación de competencia "material" que el artículo 40 de la Ley Nacional N° 26.061 hace a la "autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción" es netamente inconstitucional. (...) En efecto, a salvo la

distribución de competencias que en materia federal y provincial efectúan los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, sabido es que, todo lo relativo a normas de procedimiento (entre las cuales están, obviamente, la distribución de competencias —materiales, territoriales, etc.—) o de organización de la Administración de Justicia, es materia que las provincias no delegaron a la Nación ni al momento de la jurigénesis de la Constitución Nacional (...) En particular, el artículo 121 de la Constitución Nacional es claro cuando indica que "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación", y más lo es el artículo 122 de la Carta Magna cuando establece que "Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas ...".

(4) La Fundación Sur, ofrece en su página web la información completa acerca del estado de cosas en cada provincia respecto de la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635), de acuerdo con información suministrada por el Nota 25-07 de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del 15 de Enero 2007 en respuesta al pedido de informe realizado por la Fundación Sur Argentina el 20 de noviembre de 2006. La situación es como sigue (por provincia, órgano de aplicación, legislación vigente, sistema de protección):

\* Buenos Aires: Ley 13.298 (Adla, LXV-B, 1819), modificada por 13.634 (28/12/2006), Decreto 300/2005. Protección integral. No deroga intervención jurisdiccional.

\* Catamarca Secretaría de Desarrollo Social Nota del Gobernador del 13/12/06 Ley 2126 (1964) Ley 3.908 de Creación de Juzgados de Menores (modif. por ley 5082 —Adla, LXII-E, 5532—) Proyecto de Ley con media sanción de Diputados (31/08/05) sobre Adhesión a la Ley Nacional N° 26.061, Tutelar.

\* Ciudad Autónoma de Buenos Aires Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y Ministerio de Derechos Humanos y Sociales Acta

Acuerdo para la transferencia de servicios de atención directa - Art. 70 Ley 26.061 (6/09/06) Ley 114 de "Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" (sancionada el 3/12/1998) Protección Integral.

\* Córdoba, Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia Nota conjunta del Ministro de Justicia y Ministro de la Solidaridad del 03/7/06 - Nota ratificatoria del Gobernador del 13/12/06 Ley 9053 / 9060 Tutelar.

\* Corrientes, Dirección de Minoridad y Familia Decreto N° 2207/06 Ley 2728: Código del Menor (24/11/1965), y Dto/ley 1315/58 (Texto actualizado): Consejo Provincial del Menor Tutelar.

\* Chaco, Subsecretaría de Coordinación Técnica Administrativa de la Secretaría de Desarrollo Social Decreto 2193/06 Ley 4369: Estatuto Jurídico Del Menor y la Familia (1997) Tutelar.

\* Chubut, Ministerio de la Familia y Promoción Social Decreto 1492/06 Ley 4347: "Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia" (del 16/12/1997) Protección Integral.

\* Entre Ríos, Consejo Provincial del Menor Decreto 8350/06 Ley 9324 (Adla, LXI-C, 3687): "Estatuto Jurídico de los Menores" (del 23/05/2001) Tutelar.

\* Formosa, Subsecretaría de Desarrollo Social Nota del Gdor. Del 23/10/06 Ley 1089/81(Existen Proyectos de Protección Integral). Tutelar.

\* Jujuy Ministerio de Desarrollo Social Nota del Gdor. del 27/11/06 Ley 5288 (Adla, LXII-C, 3655): "Ley de Protección integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia" (22/11/2001).

\* La Pampa, Dirección General de Acción Social Nota del Gdor. 229SG/06 del 11/12/06 Ley 1270: Creación de Juzgados de Menores y de Familia, Existen Proyectos de Protección Integral Tutelar.

\* La Rioja, Dirección de Niñez y Adolescencia Res. C.P.C.P.S. N° 511/06 ratificada por Decreto 2315/2006 Ley 5474 y Ley 7590 "Protección Integral del niño y del Adolescente", aprobada el 20/11/2003, vetada por decreto n° 991 el 5/12/2003. Tutelar.

\* Mendoza, Subsecretaría de Integración Social Res. Ministerio de Desarrollo Social N° 338/06 Ley 6354: "Régimen Jurídico de Protección de la Minoridad" (sancionada el 22/11/1995). Protección Integral. Misiones Ministerio de Bienestar Social, la Mujer y la Juventud Decreto 2054/06 Ley 3820: "Ley de Protección Integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes". Reglamentada por decreto 871 del 7/6/2005 Protección Integral.

\* Neuquén, Ministerio de Acción Social Ley 2302 y Ley de Ministerios Ley 2302 (Adla, LX-B, 2653): "Protección Integral de Niñez y Adolescencia" (30/12/1999)

\* Río Negro, Secretaría de Familia Decreto N° 1706/06 Ley 3097 (Adla, LVII-D, 5187): "Ley de Protección Integral y Promoción de los Derechos del Niño y Adolescente" (20/05/97) Salta Secretaría de Niñez y de la Familia Decreto 1903/04 ratificado por nota de la Secretaría Gral. de la Gobernación del 11/12/06 Ley 7.039 " Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia" (08/07/1999)

\* San Juan, Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social Decreto 1872/06 Ley 7338 (Adla, LXIV-B, 2539), Programa de Protección Integral del Niño (5/12/2003). Decreto de Veto N° 1990. Resolución de Insistencia N° 43 sancionada el 03/07/2003 (Publicada y suspendida parcialmente). Protección Integral.

\* San Luis, Ministerio de Inclusión y Desarrollo Humano Decreto 6808/06 Ley 5400 (Adla, LXIII-E, 5956): "Familias Solidarias. Registro", 2004 y Ley n° 5573 (crea Juzgados de Familia y Menores) (22/4/2004) Protección Integral.

\* Santa Cruz, Dirección Provincial de Derechos, de Políticas para la Niñez, Adolescencia y Familia Decreto 2891/06 Se utiliza la 10.903 derogada por la 26.061 Tutelar.

\* Santa Fe, Secretaría de Estado de Promoción Comunitaria Nota del Gobernador N° 126 del 14/12/06 Ley 11.452 (Adla, LVII-C, 4195): Código Procesal de Menores (1996) Tutelar.

\* Santiago del Estero, Dirección General de la Niñez, Adolescencia y Familia Decreto 694/06 Se utiliza la 10.903 derogada por la 26.061 Tutelar

\* Tierra del Fuego, Subsecretaría de Acción Social Decreto 2234/06 Ley 521: "Ley De Protección Integral De Los Derechos De Niños, Niñas, Adolescentes Y Sus Familias" (28/11/2000) Veto Parcial Dto. 2461/00, Art. 21 y 22 Aceptación Veto Parcial Resol. N° 064/01. 11/06/01. D.P. N° 1019. Protección Integral.

\* Tucumán, Dirección de Familia, Niñez, Adolescencia y Adultos Mayores Decreto 4377/06 Se utiliza la 10.903 derogada por la 26.061. Dto/ ley 5265 (1980), creación de la Dirección Provincial de Familia, Minoridad, Mujer y Tercera edad, Ley 7045 de creación del Consejo Provincial del Menor y la Familia. El 28/12/05 se sanciono una ley de protección integral vetada por el P. Ejecutivo el 17/1/06. Tutelar.

(5) Monografía presentada ante la Facultad de Derecho de la UCA, intitulada "Las nuevas aristas del Derecho Constitucional, un ensayo de aplicación a la ley 26.061 y sus decretos reglamentarios", 16/05/2006, en donde advertíamos precisamente la problemática de la ley mendocina, (p. 34).

(6) Andrés GIL DOMINGUEZ examinó este tópico en su artículo "La ley de protección integral de los niños, niñas y adolescentes y la competencia del Estado Federal, de las provincias y de la ciudad autónoma de Buenos Ares", RDF N° 35, p. 26.

(7) BALIERO de BURUNDARENA, María de los Angeles, "El marco jurídico institucional en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires y la ley 26.061", RDF N° 35, p. 1 y ss, que sostiene la compatibilidad de los "lineamientos básicos establecidos en las disposiciones de la ley 26.061" con la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(8) KUHN, Thomas, "La estructura de las revoluciones científicas", Buenos Aires, 1996, Fondo de Cultura Económica.

(9) BASSET, Ursula C., "Tocante al proyecto de matrimonio y filiación homosexuales...", Rev. Jur. El Derecho, ejemplar del 08/11/2007.

(10) Así: Sigmund FREUD, Jaques LACAN, René SPITZ, Donald WINNICOTT, John BOWLBY, Erik ERIKSON, el sociólogo etc. Para uno de tantos desarrollos sobre la cuestión, Roberto DABUSTI, "La Familia. Un sistema para el desarrollo humano personal", en Revista Valores en la sociedad industrial. Buenos Aires, noviembre 1998, Educa, p. 30 y ss.

(11) Cfr. Preámbulo de la CDN, cit. nota 9.

(12) WARDLE, Lynn, "Parenthood and the limits of adult autonomy", en Saint Louis University Public Review, 2005, vol. XXIV, p. 171 y ss., n° 169

(13) La cursiva es nuestra.

(14) "Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad, y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños ... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de una familia", leemos en dicho preámbulo.

(15) LAFAILLE, Héctor, Curso de Derecho de Familia, Buenos Aires, 1930, p. 25, n° 24.

(16) Y las disposiciones constitucionalizadas en el Art. 75 inc. 22: Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 16, inc. 3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 10;

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23; Pacto de San José de Costa Rica, Art. 17, inc. 1, Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(17) Ver nota 8. Tb. Arts. 2, 3, 5, 7.1, 8.1, 9.1, 9.2 y 9.3, 10. 1 y 2, 16.1, 18.1, 2 y 3, 19.1 y 2, 20, 22, 23, 24, 27 y declaración argentina en torno al Art. 24. La inconstitucionalidad por incompatibilidad ideológica ha sido tratada por SAGÜES, Néstor, Teoría de la Constitución, Buenos Aires, 1999, Astrea.

(18) Que en numerosos artículos suplanta "familia". Ver particularmente la contraposición "padres" y "familia ampliada" en el Art. 5 CDN.

(19) Para preservar la supremacía constitucional (Art. 31 C.N.)

(20) La vigencia depende de la validez. Si un artículo no es válido, por contradecir normas de jerarquía superior, no puede tener vigencia.

(21) Ver al respecto, nuestro artículo "La inveterada costumbre de legislar contra la Constitución Nacional", en ED 217-949

(22) Así: todo el tratamiento de las medidas excepcionales, que absurdamente exigen el agotamiento de las de protección, y luego priorizan a toda costa no separar al menor de la familia.

(23) "Parecería que los redactores de la ley hubieran vivido en un mundo ideal, ignorando los problemas y las miserias de la vida real ¿Ignoraban que existen familias de delincuentes, en las que los padres inician a sus hijos en el camino del delito...?" en "Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061", Rev. Jur. LL 24 -02-06.

(24) "...el referido cambio de lugar y concepción de la infancia incide en la manera de otorgarle protección, toda vez que la ambigüedad, discrecionalidad y consecuente arbitrariedad que caracterizan a las facultades de los adultos obligados a brindar esa protección, encuentran en el paradigma convencional límites precisos." (LERNER, Gabriel, "La redefinición de las funciones de los órganos administrativos y judiciales

en la protección de los derechos de los niños en la ley 26.061", Buenos Aires, 2007, RDF, N° 35, p. 29). La misma hermenéutica la brinda el resto del texto legal, como veremos más abajo.

(25) "Sociologie de la Famille", París, 1995, Nathan Université, p. 9.

(26) No nos cansamos de citar la extraordinaria excerpta del sociólogo francés François de Singly: "L'interêt de l'enfant est une notion qui a servi (et sert) de justificatif aux interventions de l'État dans la famille. (...) La famille moderne est ainsi sous surveillance... Pour Émile Durkheim, l'État remplace les parents de conjoints et l'environnement plus immédiat de la famille pour son contrôle. L'État...a soutenu, au contraire, l'action des hygienistes, des médecins, des psychologues, des travailleurs sociaux, des assistantes sociales, des thérapeutes conjugaux, des médiateurs familiaux -la liste s'allonge sans cesse..." Con cita de ROLLET, C., "Del interés del Estado en los Derechos de los Niños", Le groupe familial, 1993, N° 138, p. 4-11.

(27) KIELMANOVICH, Jorge L. "La dimensión procesal de la ley 26.061" en Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Buenos Aires, 2006, Ed. del Puerto y Fund. del Sur. Emilio GARCIA MENDEZ, Comp.

(28) MENDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos en las relaciones de familia, Santa Fe, 2006, Rubinzal Culzoni, p. 30.

(29) V. gr. Art. 14 bis, Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 16, inc. 3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23; Pacto de San José de Costa Rica, Art. 17, inc. 1, Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(30) Así LERNER, Gabriel, "La redefinición de las funciones de los órganos..." RDF, 35, p. 38. Recordemos que el Dr. LERNER es co - autor de la reglamentación de la ley, conforme informa la nota al pie del artículo aquí citado, por lo que su hermenéutica tiene un valor especial.

(31) Como ya sucedió correctamente en Mendoza, ver supra.

(32) Para el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, conviene consultar el artículo de BALIERO de BURUNDARENA, María de los Angeles, "El marco jurídico institucional en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires y la ley 26.061", RDF N° 35, p. 1 y ss.

(33) Ver Art. 20 Ley 13.298 Pcia. Bs. As. (Adla, LXV-B, 1819).

(34) Los datos los obtuvimos de María Laura Zabala, quien es empleada en el sector respectivo del Ministerio de Desarrollo Humano de la Pcia. De Buenos Aires.

(35) Ver nuestro detenido análisis del asunto, de conformidad con el tratamiento de las Reservas a los Tratados en la International Law Commission desde 1993 hasta la fecha. En "La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos. " ED 219-755.

(36) Cfr. reglamentación del Art. 30 por el decreto 415/2006.

(37) Cfr. Decreto 1234: Al respecto, la resolución 246 del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dispuso que: "Artículo 1: Las Defensorías Zonales y los profesionales designados en el área Legal y Técnica del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes tienen a su cargo la implementación de medidas de efectivización y protección integral de derechos. Asimismo ejercen el patrocinio jurídico gratuito y la asistencia letrada de niños, niñas y adolescentes en todo expediente administrativo y judicial que los involucre " "Artículo 2: En aquellas tramitaciones en que exista contradicción entre la opinión y deseo del niño y la definición de protección de derechos del equipo profesional interviniente, la Defensoría Zonal adoptará la medida que corresponda, incluidas las denominadas excepcionales, debidamente fundadas según el procedimiento habitual, y solicitará a la presidencia del organismo la designación de un abogado/a para la observancia de los procedimientos reglados en la actual legislación de infancia". "Artículo 3: La presidencia

del organismo, o a quien este delegue esta atribución, designara a estos profesionales utilizando los servicios de otras entidades publicas de la CABA o las organizaciones no gubernamentales especializadas que brinden patrocinio jurídico gratuito, de acuerdo a los convenios existentes o a realizarse".

(38) Cfr. Art. 307 Cód. Civil.

(39) El Art. 57 reza: "Son representantes de los incapaces. 1° De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 2° De los menores no emancipados, sus padres o tutores"; El Art. 274 Cód. Civil dispone que "Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden comparecer a juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código". El Art. 1870, inc. 4° establecía que la representación de los padres se regía, como decíamos, por las normas del contrato de mandato.

(40) El Art. 61 dispone: "Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales, para el caso de que se tratare." Esa representación es extensiva para todos los actos de la vida civil que no fuesen exceptuados por el Código (Art. 62) Así: CNCiv. Sala C, 30/06/83 - JA 1983-IV, Síntesis: "La designación de tutor "ad litem" de un menor en el supuesto del inc. 1 del Art. 397 CC. constituye una facultad privativa del juez, que no puede quedar en manos de la madre impedida de ejercer la representación de su hijo, ya que si el impedimento surge de la existencia de intereses encontrados entre madre e hijo, resulta impropio admitir al dilucidar las cuestiones que los intereses opuestos suscitan, que una de las partes pueda designar a la persona que haya de representar a su contrario en la controversia."

(41) Cfr. Art. 282, por el que el juez podrá dar a los menores un tutor a- litem a fin de que el menor adulto pueda iniciar una acción contra un tercero. Y más importante: el Art. 397 Cód. Civil: "Los jueces darán a los menores tutores especiales, en los casos siguientes: 1° Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los e sus padres, bajo cuyo poder se encuentren, 2° Cuando el padre o la madre perdiere la administración de los bienes... 4° Cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor general o especial; 5° Cuando sus intereses estuvieren en oposición con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor común, o con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador".

(42) Cfr. el interesante aporte de Gustavo Daniel MORENO, "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", RDF, N° 35, p. 55 y ss. : "La intervención del abogado del niño (...) no será obligatoria, sino que dependerá tanto en procesos judiciales como en procedimientos administrativos de que el niño hubiera cumplido 14 años y de la existencia de conflicto entre los padres del niño, la ausencia de representantes necesarios, o del requerimiento expreso del niño, frente a una causa determinada que merezca su consideración" (p. 65).

(43) En contra: María Elena NADDEO, en "Comentarios acerca de la ley nacional 26.061. Vigencia del paradigma de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes", en RDF N° 35, p. 71: "Nuestra postura, teniendo en cuenta la experiencia recorrida, es que cualquier restricción referida a la edad puede convertirse en fuente de nuevas discriminaciones y arbitrariedades, que son justamente las que queremos desterrar del sistema, aun a riesgo de hacerlo más complejo".

(44) No hemos podido acceder a él, pero existe ya un fallo de la CNCivil, Sala K, que adopta este criterio. Arg. Art. 282/ 285/ 286 Cód. Civil, En la pág. 62 dice: "Por consiguiente, un niño solamente podrá estar en juicio por sí solo con un abogado, o en un procedimiento administrativo cuando haya cumplido 14 años. Por debajo de esa edad su representación corresponde a los padres, al tutor y al Ministerio Público

de Menores, pudiendo el juez, en los casos autorizados, designar un tutor ad-litem a falta de la representación necesaria" Gustavo Daniel MORENO, "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", RDF, N° 35, p. 62.

(45) Arg. Arts. 57, 61, 274 y 397 Cód. Civil. Cfr. el artículo de MORENO (op. cit.): "Por lo tanto, con la salvedad apuntada respecto del tutor ad litem, si no existe conflicto alguno entre el tutor y el niño, ni oposición de intereses, ni requerimiento expreso del niño, no se advierte tampoco la necesidad de la actuación del abogado del niño, en tanto el tutor podrá contratar un abogado y articular las acciones y defensas a favor del niño." (p. 59).

(46) "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño." (Art. 3° inc. 1 CDN).

(47) Ver Dictamen de la Minoría, O.D. N° 1281, en <http://www.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-122/122-1281.pdf>. El Dictamen de la mayoría insistía en la noción de "letrado particular", que es aun más austera que el texto definitivo.

(48) Seguimos utilizando la terminología del Código Civil, que está actualmente vigente en este punto, pese a la incompatibilidad ideológica manifestada por la doctrina en este punto.

(49) Como lo señala KIELMANOVICH, Jorge L. "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061" LA LEY, 2005-F, 993: "Consideramos que se tratan de simples actos administrativos, sujetos, como todos los actos de tal naturaleza a una eventual revisión judicial ulterior a la luz de lo que establece en los arts. 108 y 109 de la Constitución Nacional, en tanto se den los presupuestos que la autorizan."

(50) Para un tratamiento extenso del amparo en las Constituciones provinciales, ver: SALGADO, Alí Joaquín y VERDAGUER, Alejandro César, "Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad", Buenos Aires, 2000, Astrea, p. 11 y ss.

(51) "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez, podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva."

(52) El texto completo dice: "Art. 37 e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;"

(53) Cfr. Art. 37 inc. f) "Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes"

(54) Cfr. GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria, y HERRERA, Marisa, "Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", en Revista jurídica LA LEY, 2007-D, 876.

(55) Jorge KIELMANOVICH "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061", LA LEY, 2005-F, 995.

(56) Ver supra, respecto de las medidas de protección.

(57) De conformidad con el juego de los Arts. 37 in fine (enunciación no taxativa) y 38 (prórroga indefinida de las medidas de protección).

(58) Cfr. también Jorge KIELMANOVICH, "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061", LA LEY, 2005-F, 987: "No parece que una medida urgente como estas 'excepcionales' deba quedar condicionada a que previamente se hayan ¿cumplido! las medidas de los Arts. 33 y 37, lo cual conspiraría contra la celeridad y la efectividad de la tutela de los derechos que se pretenden asegurar en la ley".

(59) Siempre y cuando las provincias adhieran al régimen procesal de la ley, o ajusten su régimen procesal al previsto en los Arts. 32/41 de la ley 26.061.

(60) El caso aparece citado en la página de la Fundación Sur, a cargo de Emilio GARCIA MENDEZ. Una abogada de la Fundación, había patrocinado a la menor, en el modelo de demanda que trae la página citada. Ver <http://www.surargentina.org.ar/juriabo.htm>.

(61) "Buenos Aires, 30 Marzo de 2007. (...) teniendo en especial consideración el informe realizado por las Asistentes Sociales del Tribunal en cuanto a que señala que "Y.C. estaría deseosa de vivir con L.G. y su familia", y lo sugerido en cuanto al egreso de la menor con su hermana L. G., teniendo asimismo en cuenta lo expresamente solicitado por la menor causante a fs.402/404, y conformidad prestada precedentemente por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, en los términos de la ley 26.061 (...) arts. 3° y 7°, a fin de evitar la institucionalización del menor, otórgase la guarda de la menor Y.C. a su hermana Sra. L. G., quien deberá aceptar el cargo ante la Actuaría, dentro del tercer día de notificada. Autorízase el egreso del menor, a cargo de la misma, del Hogar "Maria del Rosario de San Nicolás". Firma: SILVIA V. GUAHNON (Publicado en <http://www.surargentina.org.ar/juriabo.htm>).

(62) Cfr. Art. 40.

(63) El Art. 40, que dispone la notificación fehaciente al final del segundo párrafo, insiste en referirse a otras jurisdicciones que la nacional. Insistimos en que la ley sólo podrá ser aplicada en otras

jurisdicciones si y sólo si esas otras jurisdicciones adhieren al proceso de la ley nacional 26.061, ya que el Estado Federal no puede interferir en las competencias legislativas de las provincias.

(64) Cfr. KIELMANOVICH, Jorge L. "Reflexiones....", p. 993.

(65) Son los mismos plazos vigentes en Inglaterra para las apprehensions (= medidas de separación de los menores respecto de sus padres, con intervención de la policía. Cfr. Children Act, 1989), Cfr. MASSON, Judith, "Human rights in child protection, emergency action and its impact", en Family Life and Human Rights, Oslo 2004, Peter LODRUP y Eva MODVAR (ponencias presentadas en la 11th Conference of the International Society of Family Law), p. 460.

(66) A la manera de las "emergency actions", previstas en Finlandia, Noruega, Inglaterra, Gales, Irlanda y algunos estados de Canadá, que admiten la intervención provisional de la policía en caso de graves emergencias, con control jurisdiccional en un plazo estrecho e intervención de asistentes sociales. Cfr. Children Act, 1989), Cfr. MASSON, Judith, "Human rights in child protection, emergency action and its impact", en Family Life and Human Rights, Oslo 2004, Peter LODRUP y Eva MODVAR, 457 y ss.

(67) Parafraseando a Augusto BELLUSCIO en este mismo tópico.

(68) Cfr. MASSON, Judith, "Human rights in child protection, emergency action and its impact", en Family Life and Human Rights, Oslo 2004, Peter LODRUP y Eva MODVAR, p. 476.

(69) Los márgenes muy amplios de apreciación en los procesos de emergencia revisten peligros de vulnerar los derechos constitucionales del debido proceso, de libertad, de protección de la familia. La conclusión del interesante estudio de MASSON, cit. supra, sugiere la necesidad de limitar la apprehension a los casos de real emergencia, y con un escrutinio previo adecuado (sin referirse con ello a la instancia jurisdiccional), para que la decisión se adecuada. Cfr. MASSON, Judith,

"Human rights in child protection, emergency action and its impact", en Family Life and Human Rights, Oslo 2004, Peter LODRUP y Eva MODVAR, p. 476.

(70) Cfr. MASSINI, Carlos I., quien postula la siguiente directiva axiomática para la interpretación del derecho: : "Debe estarse siempre a aquella interpretación que conduzca a la solución más justa del caso jurídico de que se trate" y concluye: "Ahora bien, resulta incoherente que luego de sistematizar racionalmente el conjunto de las directivas interpretativas, se termine sometiendo todo ese esquema lógico a la adopción de una determinada ideología, adopción que resulta ser, por definición, radicalmente irracional y enteramente decisionista" (en "Determinación del Derecho y Directivas de la Interpretación Jurídica", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 31 N° 1, p. 165-7).