

Rawson, 19 de Mayo de 2008.-

VISTO:

Lo normado por los artículos 194 y 196 de la Constitución Provincial, 1; 9; 11 y concordantes de la Ley 4920, la información requerida desde esta Defensoría General a las distintas Jefaturas de la Defensa *-con el fin de relevar la nómina de niños y adolescentes internados en los Hogares existentes en cada Circunscripción Judicial, identificando en cada caso la fecha de ingreso y el proceso judicial en el que se dispuso la medida-*, la política institucional definida para el Ministerio de la Defensa y *la necesidad de insistir con algunas pautas de trabajo definidas para las Asesorías de Familia e Incapaces, haciendo especial hincapié -en esta oportunidad- en el carácter excepcional y de última ratio que debe procurarse en la promoción de medidas judiciales que impliquen disponer la institucionalización de niños y adolescentes;* y

CONSIDERANDO:

Que, conforme lo dispuesto por el artículo 196 de la Carta Magna Local, corresponde al suscripto ejercer la superintendencia del Ministerio de la Defensa, fijando las políticas tendientes a resguardar adecuadamente el debido proceso, la defensa en juicio de las personas y de los derechos de los pobres, ausentes, menores y demás incapaces;

Que, desde la creación de la Defensoría General -como máxima instancia del Ministerio-, se ha procurado dotar a los integrantes de la defensa pública de las herramientas institucionales necesarias para asumir un rol proactivo en la defensa de los derechos humanos, dictando a tal fin lineamientos claros de política institucional orientados a encuadrar con la mayor precisión posible la actuación de todas las Oficinas que integran el Ministerio de la Defensa;

Que, definido un marco institucional como el hasta aquí referenciado, en el plano operativo, son las acciones y medidas concretas impetradas en cada caso por los integrantes de nuestra organización las que permiten evaluar si se cumple con lo proyectado desde la política institucional;

Que, así las cosas, con motivo de un requerimiento efectuado por el Señor Director Normalizador de la Oficina de Derechos y Garantías de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (Ley 5715), dependiente de la Honorable Legislatura Provincial, desde esta Defensoría General se requirió a las cuatro Jefaturas de la Defensa la si-

guiente información: - *Nómina de niños y adolescentes que se encuentran internados en los Hogares existentes en cada Circunscripción, identificando fecha de ingreso y proceso judicial en el que se ordenó la medida; y - Listado de niños y adolescentes que a la fecha se encontraren en estado de preadoptabilidad,*

Que, lo anterior fue respondido en tiempo y forma por los titulares de cada Jefatura, sobre la base de la información que en cada caso les fue proporcionada por las Asesorías de Familia e Incapaces que de ellos dependen, resultando -a criterio del suscripto- preocupante lo que surge del resultado de la compulsa, no sólo en cuanto al número de niños y adolescentes que se encuentran internados -en la casi totalidad de los casos por acciones judiciales promovidas desde las propias Asesorías- sino también y particularmente por la disparidad de criterios que se pone de manifiesto en el accionar de estas Oficinas, reflejando modalidades de abordaje muy distintas que, indefectiblemente, deberán ser modificadas en adelante por los responsables de algunas Asesorías;

Que ello hace necesario detenerse brevemente en el análisis de la situación, para lo cual y en miras de procurar la mayor claridad posible analizaré la información remitida siguiendo el orden dado a la compulsa contestada por las Asesorías, a saber:

1.- *Nómina de niños y adolescentes que se encuentran internados en los Hogares existentes en cada Circunscripción.*

Que, en este punto, y en aras de resguardar especialmente la intimidad de los menores de edad involucrados, el análisis lo limitaré a la evaluación de las cifras globales informadas, en cuyo marco, para comenzar, debo referir que aparecen, a mi entender, excesivas las cifras consignadas por las Asesorías de Comodoro Rivadavia, de Esquel, de Puerto Madryn y la N° 2 de Trelew;

Que, los 16 niños y adolescentes internados en Casa del Niño de Comodoro Rivadavia, los 10 internados en el Mini Hogar y Hogares de Adolescentes Mujeres y Varones de Esquel, los 17 internados en el Hogar de Niños y los Hogares de Adolescentes Mujeres y Varones de Trelew y los 17 internados en el Hogar de Niños de Puerto Madryn, en todos los casos a partir de medidas judiciales iniciadas desde las Asesorías de Familia e Incapaces, no puede menos que generar un análisis más profundo, que el que aquí puede hacerse con los datos con los que se cuenta;

Que, de la misma forma resulta llamativas las diferencias numéricas que surgen de lo informado por las distintas Asesorías, incluso entre aquéllas que se encuentran ubicadas dentro de una

misma Circunscripción, tal lo acontecido con las Asesorías N° 1 y 2 de Trelew y de Rawson, donde se observa que la Asesoría N° 2 de Trelew quintuplica a la de Rawson y duplica a la N° 1, en relación con la cantidad de niños y adolescentes que se encuentran internados con motivo de sus intervenciones; lo mismo ocurre en el caso de las Asesorías de Comodoro Rivadavia y Sarmiento, cuando informa 16 casos la primera y ningún caso la última;

2.- Fecha de Ingreso de los niños y adolescentes a las instituciones.-

Que, también en este punto resultan datos preocupantes a partir de observar un promedio temporal de internación que supera holgadamente el año -cuestión que puede considerarse grave- y que se registra también especialmente en un porcentaje significativo de los casos informados por las Asesorías de Comodoro Rivadavia, de Esquel y de Puerto Madryn;

3.- Proceso judicial en el que se ordenó la medida de internación.-

Que, del total de los 60 niños y adolescentes que se encuentran internados en Hogares de Internación, conforme resulta de la información colectada, más del 80 % lo ha sido con motivo de Medidas de Protección incoadas desde las Asesorías de Familia e Incapaces, surgiendo además que de este porcentaje en un número importante se ha utilizado la cuestionada Medida Cautelar de Protección de Personas, regulada por el artículo 234 del CPCC de Chubut;

Que, más allá de esta última consideración, sobre la que volveré infra más detalladamente, lo informado hace presumir una elección reiterada y poco afortunada de esta vía procesal, puesto que no se observa que paralelamente se hayan interpuesto otro tipo de acciones y remedios legales que podrían resultar, incluso, mucho más efectivos si lo que se pretende es proteger derechos;

Que, las medidas judiciales utilizadas para provocar las internaciones, resultan también cuestionables -a priori- toda vez que si bien en los informes sólo se consigna que se trata de Medidas de Protección, sin detallar -salvo en algunos supuestos- si se trata del procedimiento previsto en los artículos 234 a 237 del CPCC o en el artículo 87 inc. I de la Ley 4347, o en ambos, lo cierto es que -en cualquier caso- no es difícil colegir que aparece un uso excesivo de estas herramientas en desmedro de otros remedios legales que indudablemente no son utilizados con la misma habitualidad;

Que, es bien conocido, más aún debería serlo para operadores judiciales que poseen un nivel elevado de especialización en materia de familia y protección integral de la niñez, que la utilización de estas Medidas -en particular en la clásica versión cautelar de “Protección de Personas” regulada en los códigos procesales- históricamente ha impedido que los operadores judiciales visualizaran flagrantes vulneraciones de derechos sociales que, en muchos casos, aparecían luego como un problema de fondo irresuelto y causante principal de los conflictos de familia;

Que, justamente por ello, estas actuaciones han sido severamente cuestionadas en los últimos años por la doctrina especializada¹ y la jurisprudencia, en el caso de Chubut, emitida por el propio Superior Tribunal de Justicia² y propiciada con toda vehemencia desde esta Defensoría General.- En el orden nacional, el instituto cautelar al que vengo refiriendo, fue modificado por la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes;

Que, más allá de lo que hasta aquí se expone, es lamentable advertir que -a casi 18 años de haberse incorporado al derecho argentino la Convención sobre los Derechos del Niño y a 14 de haberse constitucionalizado-, aún sobrevive en las prácticas de muchos operadores judiciales la vetusta concepción de que la institucionalización constituye una respuesta bondadosa y útil para el abordaje de determinadas problemáticas sociales; circunstancia ésta que no por conocida debe ser tolerada, en tanto deviene injustificable desde todo punto de vista, en particular respecto de operadores que, de mínimo, han sido testigos calificados a través de la crónica judicial de los nocivos y perversos efectos que, sobre todo en el mediano y largo plazo, producen las internaciones en la integridad de los niños y adolescentes³;

Que, no casualmente, la actual gestión de gobierno de nuestra provincia, aún siendo de un signo político contrario a la que promovió en su momento la sanción de la Ley 4347 y su Decreto Reglamentario 1631/99, ha dictado el Decreto N° 1569/06, aprobando la implementación y desarrollo en todo el territorio de la Provincia del Sis-

¹ Ver entre otros: **Grosman Cecilia**, “Los Derechos de los Niños en las Relaciones de Familia en el Final del Siglo XX -La Responsabilidad del Estado y de la Sociedad Civil en asegurar su efectividad- (Suplemento La Ley, 2/12/99); **Herrera Marisa**, “¿No estamos obligados a cambiar?. Una mirada crítica sobre el proceso por protección de personas, el Dial.com DC3D1; **Kielmanovich, Jorge Leonardo** “La dimensión procesal de la Ley 26.061”, en Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes -Análisis de la Ley 26.061- Emilio García Mendez (Compilador), Fundación SUR Argentina y Editores del Puerto.-

² “A.C c/ D.C, M.A - D.P, G. N s/ Incidente de Restitución, en autos A.J.A s/ Sumario -501/103-, (Expte. N° 19.862-A-2004).-”

³ Recomiendo en este punto, leer especialmente la “Investigación Exploratoria sobre el Derecho a Vivir en Familia de Niños y Jóvenes Institucionalizados”, publicada en Herrera Marisa, “El Derecho a la Identidad en la Adopción”, T II, Capítulo VII, pags. 415 y sstes., Editorial UNIVERSIDAD.-

tema de Medidas Alternativas para la Niñez, la Adolescencia, la Familia y la Tercera Edad,

Que, tampoco ignoro, que la casuística de los últimos años en materia de familia ha estado signada muchas veces de intervenciones sustentadas en el archiconocido principio del Interés Superior del Niño. En igual sentido, tampoco es una novedad que este Principio ha sido reiteradamente vaciado de contenido y transformado en la práctica en una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, justificando a menudo decisiones inaceptables adoptadas al margen de los derechos reconocidos por la CDN en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico. Precisamente por ello, es necesario predicar con firmeza que cualquiera sea la medida o decisión que pretenda fundamentarse en este principio rector, deberá serlo sobre la base de una interpretación que armonice con el conjunto de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴;

Que, en manera alguna, lo dicho hasta aquí implica desconocer que a diario se presentan en el ámbito de las Asesorías de Familia e Incapaces situaciones sumamente complejas en las que, de común, aparecen niños y adolescentes como protagonistas involuntarios y principales afectados de situaciones sociofamiliares dramáticas, donde además -en ocasiones- sus propios progenitores u otros familiares directos resultan ser los responsables de la vulneración de derechos;

Que, precisamente por ello, no es posible negar que en determinadas situaciones resulta necesario promover desde las Asesorías, en la urgencia, medidas cautelares restrictivas del ejercicio de la patria potestad, incluida la de internación o albergue, como así también -conjunta o separadamente- medidas de fondo contra los propios progenitores, asumiendo la representación directa de los menores de edad por existir intereses gravemente contrapuestos.- Ahora bien, por imperio constitucional, toda acción encaminada a restringir el ejercicio de la patria potestad -en especial cuando se trata de la institucionalización-, no sólo debe constituir una medida excepcional y de última ratio, sino que, además, debiera estar precedida, en el marco de las generosas facultades conferidas a los Asesores por la Ley 4920, de acciones concretas, efectivas y palpables -extrajudiciales y judiciales- orientadas a procurar la integración del o de los niños y adolescentes de que se trate en algún ámbito o espacio sociofamiliar, dando prioridad -como rezan expresamente la Convención del Niño, la Ley 26.061 y la Ley 4347- a los integrantes de la familia de origen y/o de la comunidad con los que los menores de edad se vinculen afectivamente;

⁴ Cillero Bruñol, Miguel "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Sobre los derechos del Niño" en "INFANCIA, LEY y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA", comp. por García Méndez, Emilio y Beloff, Mary; Ed. Temis-Depalma; págs. 70 y 71).-

Que, este recorrido, puede y debe ser realizado en cualquiera de las variantes señaladas, puesto que -reitero- aún cuando la medida de institucionalización aparezca como única e indispensable para atender una situación de emergencia, una vez materializada, debe implicar para quien la promovió un mayor activismo en la búsqueda inmediata de soluciones alternativas. Es decir, adherir con toda convicción a la regla constitucional de la institucionalización como última ratio, no implica alentar el inmovilismo o la demora injustificada en las intervenciones de las Asesorías; muy por contrario, lo que se pretende son actuaciones desburocratizadas y concientes de que en el devenir de estos casos existen personas a las que nunca les resulta inocua una acción -o una omisión- arbitraria de nuestra parte;

Que, para aventar, o al menos reducir a su mínima expresión, cualquier posibilidad de actuación arbitraria o alejada de la realidad fáctica que, como es sabido, variará indefectiblemente en cada caso, nuestras Asesorías cuentan con servicios técnicos auxiliares, usualmente calificados en materia de familia, tales como las Oficinas del Servicio Social, cuyo auxilio puede ser requerido tanto en días y horas hábiles como inhábiles.- De acuerdo al caso, este auxilio podrá significar desde una opinión para disponer un curso de acción en la emergencia, hasta la construcción conjunta de protocolos de actuación, siempre con el deliberado propósito de orientar la intervención del Ministerio Pupilar y estableciendo, en la medida de lo posible, plazos razonables de abordaje;

Que, en tal esquema, parece claro que recién una vez agotadas efectivamente las instancias previas de intervención a las que he referido -cuestión que, reitero, debe procurarse en forma efectiva y en tiempos razonables-, los Asesores estarían en condiciones de promover medidas orientadas a la integración definitiva de niños y adolescentes en núcleos familiares alternativos, acudiendo también aquí en último lugar a la institucionalización;

Que, esto último, nos vincula con un tema mucho más álgido todavía, cual es el de la promoción de acciones judiciales de declaración de estado de preadoptabilidad, cuestión también incluida en la compulsa a la que se alude en el visto, que sin embargo considero no es posible abordar con la misma profundidad en este resolutorio, toda vez que como es de público y notorio ha sido sancionada la Ley Provincial N° 5641 y a la fecha una comisión especial interpoderes, creada en el ámbito del Ministerio de la Familia y Promoción Social, se encuentra trabajando en su reglamentación;

Que, de tal forma, y al sólo efecto de complementar lo dicho anteriormente respecto de los recaudos a cumplir, también en el punto, por las Asesorías, sólo es oportuno recordar aquí que a

partir de la sanción de la Ley Nacional de Adopción N° 24.779, el procedimiento establecido para la guarda preadoptiva no sólo adquirió un grado de autonomía que antes no tenía, sino que, precisamente por ello, se convirtió en una instancia de gran relevancia jurídica, toda vez que es en esta etapa donde se establecen los mayores recaudos en miras a garantizar un cauce racional -y no pasional- al delicado trámite judicial que indefectiblemente siempre trae aparejado el otorgamiento de una adopción.- Esto implica -en relación con el procedimiento establecido en los arts. 316 y 317 del Código Civil- que al final del mismo debe poder arribarse a una resolución jurisdiccional que contenga una verdadera declaración de certeza acerca de la situación preexistente del o de los niños⁵;

Que, finalmente, y retomando la cuestión básica que hace a este resolutorio, de los informes parece surgir -en principio- el incumplimiento de expresas instrucciones generales emitidas desde esta Defensoría General por parte de algunas Asesorías de Familia e Incapaces; me refiero puntualmente y en lo que aquí interesa a la Resolución N° 211/05 D.G que fue oportunamente comunicada a todos los Magistrados y Funcionarios de este Ministerio, a más de haber sido incorporada, por ser de alcance general, a nuestro Digesto Digital;

Que, en razón de ello y atendiendo al cuadro de situación antes descripto, el cumplimiento o no de tal manda institucional en cada uno de los casos, deberá ser especialmente relevado en los próximos treinta (30) días por los Señores Defensores Jefes de cada Circunscripción, adoptando las medidas administrativas que entiendan menester conforme las facultades de superintendencia de las que disponen;

Que, paralelamente a lo hasta aquí dispuesto, cada una de las Asesorías, bajo la estricta supervisión de las respectivas Jefaturas, deberán implementar de inmediato medidas y acciones concretas destinadas a revertir en el corto plazo la situación institucional descripta en la presente, confeccionando a tal fin -con los actores institucionales que entiendan más apropiados para cada caso- un plan de acción y/o protocolo de actuación por cada uno de los niños y adolescentes que -en el ámbito de su incumbencia- se encuentre a la fecha institucionalizado;

Que, si con motivo del cumplimiento de esta manda específica resultare necesario accionar en materias vinculadas con los derechos económicos, sociales y culturales, deberá tenerse presente que a la fecha han sido creadas en las Circunscripciones -a excepción de la de Puerto Madryn- áreas específicas con las que indefectible y previamente deberán coordinarse las estrategias de intervención, conforme lo dispuesto mediante Resolución N° 22/08 D.G.;

⁵ ZANNONI, Eduardo A. "Derecho de Familia", T. 2, Ed. Astrea, pag. 648.-

Que, para terminar, resta referir a una cuestión que si bien puede parecer formal, sobre todo si se la compara con el resto de la problemática hasta aquí tratada, entiendo es oportuno abordarla en una resolución dedicada exclusivamente al funcionamiento de las Asesorías. Me refiero a la denominación de estas Oficinas, por cuanto he advertido que -ampliamente finalizado el período de transición (TÍTULO X Ley 4920)- en varios de los informes los Asesores aluden a los organismos de los que son titulares como Asesorías Civiles de Familia e Incapaces, manteniendo así la denominación original dada por la Ley 4347, que fuera modificada en el año 2002 por la Ley 4920, más allá de su mantenimiento en la sinonimia regulada por el artículo 69 de esta norma, que la conservaba durante el período de transición y a fin de no afectar derechos previamente adquiridos.- Empero, es indudable que las nuevas materias e incumbencias asignadas a las Asesorías por la Ley Orgánica y la denominación que allí se escoge, tornan obligatorio el uso del nomen iuris “Asesorías de Familia e Incapaces”.- De manera que, en adelante, todos los integrantes del Ministerio de la Defensa y en especial los miembros de las Asesorías, deberán prestar especial atención a la observación que aquí se formula, disponiendo asimismo el reemplazo de los sellos, membretes y/o cualquier otro material de trabajo en el que subsista la anterior;

Que, la falta de cumplimiento oportuno e integral de la presente resolución implicará para los Magistrados con acuerdo legislativo mal desempeño en los términos del artículo 165 de la Constitución Provincial y para los funcionarios del Escalafón Profesional, falta grave en los términos de los artículos 42; 43; 46 y concordantes de la Ley 4920;

Que, la presente se dicta, en uso de las facultades conferidas por los artículos 194 y 196 de la Constitución Provincial, 1, 9, 11, 14 sgtes. y ccdtes. de la Ley 4920;

POR ELLO:

**EL DEFENSOR GENERAL
RESUELVE**

1º) INSTRUIR a los Señores Defensores Jefes a fin de que supervisen estricta y estrechamente a los titulares de las Asesorías de Familia e Incapaces a fin de garantizar la inmediata implementación de medidas y acciones concretas destinadas a revertir en el corto plazo la situación institucional descrita en la presente, confeccionando a tal fin -con los actores institucionales que entiendan más apropiados para cada caso- un plan de acción y/o protocolo de actuación por cada uno de los niños y adoles-

centes que -en el ámbito de su incumbencia- se encuentre a la fecha institucionalizado.-

2º) ENCOMENDAR a los Defensores Jefes de cada Circunscripción, la realización -en los próximos treinta (30) días- de un relevamiento especial en cada uno de los casos de niños y adolescentes institucionalizados con intervención de las Asesorías que de ellos dependen, a fin de determinar el grado de cumplimiento de las instrucciones especialmente impartidas a los Asesores de Familia e Incapaces, mediante Resolución N° 211/05 D.G.-. A tal fin, cada Jefatura podrá adoptar las medidas administrativas que entiendan menester conforme las facultades de superintendencia de las que disponen.-

3º) REQUERIR a los integrantes de las Asesorías de Familia e Incapaces, con especial encargo de supervisión a cada una de las Jefaturas de Circunscripción, que en adelante se ponga especial atención en el cumplimiento de las pautas y lineamientos de trabajo explicitadas en los considerandos, en particular respecto de lo consignado en cuanto al carácter excepcional y de última ratio que debe procurarse en la promoción de medidas judiciales que impliquen disponer la institucionalización de niños y adolescentes.-

4º) RECORDAR a los integrantes de las Asesorías de Familia e Incapaces que, lo dispuesto en el punto anterior, no implica alentar el inmovilismo o la demora injustificada en las intervenciones de las Asesorías, sino, por el contrario, promover actuaciones desburocratizadas que atiendan, con la premura y sentido de realidad adecuadas a cada caso, a las situaciones de vulneración de derechos de niños y adolescentes; diseñando en la medida de lo posible protocolos de actuación a fin de explicitar las acciones concretas a desplegar en el abordaje de cada caso, fijando estrictos tiempos de intervención.-

5º) SEÑALAR a los integrantes del Ministerio de la Defensa y en especial los miembros de las Asesorías de Familia e Incapaces que, en adelante, deberán prestar especial atención a la observación formulada respecto del uso de esta denominación, disponiendo asimismo el reemplazo de los sellos, membretes y/o cualquier otro material de trabajo en el que subsista la anterior.-

6º) COMUNICAR la presente al Consejo de la Defensa Pública, a los Señores Defensores Jefes y a la Jefa Provincial del Servicio Social, por intermedio de éstos, a la totalidad de los Magistrados, Funcionarios y Empleados bajo su dependencia.-

7º) REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE como queda dispuesto, **REMÍTASE** copia al Digesto Digital y, cumplido, **ARCHÍVESE**.-

RESOLUCIÓN N° 92/08 D.G.