

SENTENCIA N° CINCUENTA Y CUATRO.-

San Fernando del Valle de Catamarca, octubre de 2011

VISTO:

El Expte. N° 288/2005 caratulado “*B.N.E.M. S/ IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS TUTELARES*”.

YCONSIDERANDO:

Como punto de partida habré de expresar que es común en el ámbito judicial afirmar que los jueces hablan por sus sentencias, por lo cual creo conveniente no solo decir más de lo que estrictamente corresponde, pues de lo contrario la misma no será comprendida por todas aquellas personas que no cuentan con los conocimientos técnicos necesarios para ello, sino que trataré-en la medida de lo permisible-utilizar el lenguaje más claro posible para no ocultar nada detrás de términos jurídicos.-----

Sentado lo anterior, en esta oportunidad tendré que decidir sobre la situación de *Elio (ENMB)* un adolescente avasallado por las miserias de la vida, esto es, la pobreza, la inequidad, desigualdad y discriminación; adversidades que tristemente y desde siempre, perduran enraizadas en los sectores más vulnerables de nuestra sociedad.-----

Es allí, en los barrios más carenciados-ignorados diariamente por la comunidad-donde crecen niño/as y adolescentes con los mismos derechos, necesidades y deseos que cualquier otro niño/a y adolescente del estamento social que fuere; no obstante, esa igualdad que imperiosamente debiera existir, en la realidad cotidiana no logra plasmarse.-----

Elio ha crecido en uno de esos tantos barrios pobres que-en una concepción lisa y llanamente discriminatoria-azoran en nuestra provincia; padeciendo la escasez de las necesidades básicas que requiere todo sujeto en crecimiento, pues de ello da cuenta el informe social elaborado oportunamente a fs. 14/14 vta., en cuanto expresa que “...se evidencia en general una estructura familiar desorganizada, sin

códigos de convivencia estables y sin un referente de autoridad válido que ha generado síntomas problemáticos en varios de los hijos. El nivel de vida que ostenta el grupo es de suma pobreza al grado de indigencia, con indicadores habitacionales de precariedad y desidia...”. -----

Quizás fueron estas circunstancias-a las que luego se sumarán el lamentable flagelo de las adicciones-las que llevaron a *Elio* ha inscribirse tempranamente en la escuela del delito, pues su primer desaire delictivo fue cuando contaba tan sólo con nueve años; a partir de allí y hasta la actualidad-en la que cuenta con 15 años-*Elio* se encuentra judicializado mediante la implementación de medidas tutelares; las cuales han sido controladas por este Tribunal en sucesivas audiencias (véase fs. 01/11 vta. y fs. 43/44, 46/46 vta., 51/51 vta., 52/52 vta., 53/53 vta., 60/60 vta., 68/68 vta., 70/70 vta., 72/72 vta., 79/79 vta., 83/83 vta., 85/85 vta., 87, 90/90 vta., 100/100 vta., 121/121 vta., 153/153 vta., 177/177 vta., 181/181 vta., 198/198 vta., 220/220 vta., 236/236 vta., 242/242 vta., 250/250 vta., 257/257 vta., 265/265 vta., 277/277 vta., 296/296 vta., 302/303, 314/314 vta., 316/316 vta., 317/317 vta., 323/323 vta., 363/363 vta., 371/371 vta., 383/383 vta. y 402/402 vta.)-----

A partir de ese momento, el hoy adolescente-y por ese entonces sólo un niño-, ingresó al desgastante mundo de la justicia, aún siendo un sujeto no punible para el sistema penal (art. 1 de la ley 22.278).-----

Como se podrá advertir, desde el año 2005 hasta lo que va del presente pasaron seis (6) años; periodo durante el cual *Elio* cometió numerosos hechos delictivos, incluso en algunas oportunidades con lapsos no superiores a las 48 horas, motivado quizás, por su fuerte adicción a los estupefacientes que él mismo ha reconocido (fs. 46 y 153) y que su padre puso en conocimiento (fs. 85) y por las cuales sufrió intoxicaciones que lo llevaron a internaciones hospitalarias (fs. 135/139); habiendo transitado durante un lapso de tiempo en el hogar paterno, bajo la responsabilidad de María Esther Álvarez quien es pareja de su padre y en la que encontró una fuerte contención y, luego, en el domicilio de su madre, lugar este último en el que el adolescente tuvo sus mayores desbordes debido al poco control que su mamá ejerce sobre *Elio* hasta la actualidad. -----

Todas estas circunstancias, se encuentran debidamente acreditadas en el legajo hoy bajo mi estudio y que requiere de una pronta respuesta en razón a la delicada situación por la que atraviesa *Elio* y, ante todo, una decisión en la que ineludiblemente se priorice el *interés superior del niño* (art. 3 ap. 1 de la CDN y art. 3 de la ley 26.061), pues es evidente que las medidas tutelares oportunamente aplicadas no han surtido ningún efecto, muy por el contrario, tan sólo han provocado progresivamente la estigmatización de *Elio*; lo que es muestra suficiente del fracaso del paradigma de la “*situación irregular*”. Y es que no puedo dejar de afirmar, que si el derecho penal consiste en la realización del poder estatal que conculca con mayor intensidad el ejercicio de la libertad natural del hombre, con sus prohibiciones y mandatos, y, además, que afecta en mayor grado el ejercicio de las libertades o facultades garantizadas jurídicamente, con su medio de coerción característico-la pena y las medidas de seguridad y corrección y sus correlatos procesales-, las leyes que durante todo el siglo se aplicaron a los niños y jóvenes fueron leyes penales, por más *eufemismos* que se hayan utilizado en sus formulaciones. Instituto en lugar de cárcel, medida de tratamiento, readaptación tutelar o educativa en lugar de pena, protección en lugar de represión, de lo que se trató fue de una estrategia de control social caracterizada por convertir a los niños y jóvenes en objetos y por desconocer, en consecuencia, todos los derechos que como sujetos, como personas humanas, les correspondían. -----

Esta es razón suficiente para replantearse la delicada situación de nuestros niños/as y adolescentes vulnerables-sobre todo las provincias que aún transitamos por el sistema tutelar-pues los jueces no podemos obviar que a partir de 1994, la *Convención sobre los Derechos del Niño* integra la Constitución Nacional constituyendo el marco mínimo de reconocimientos y respeto a los derechos de los niños, en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado.-----

Es así que “...*esta Convención junto con otros instrumentos internacionales específicos (Las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil -Reglas de Beijing-, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas*

*para la Administración de Justicia Juvenil -directrices de Riad-), constituye un cambio en la materia que ha sido caracterizado como el pasaje de la consideración del menor objeto de tutela, propio del modelo de 'situación irregular' imperante en los países latinoamericanos hasta fines de la década del 80 (...), al reconocimiento del niño y del joven como sujetos de derechos..." (Beloff, Mary; Mestres, José Luis: *Los recursos en el ámbito de la justicia de menores en AA.VV. "Los recursos en el procedimiento penal"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 177. También en Beloff, Mary: *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina en AA.VV. "Infancia, Ley y Democracia en América Latina"*, Temis/ Depalma, Santa Fe de Bogota/ Buenos Aires, 1998, p. 87 y 91; y Gandur, Antonio *Actividad del Poder Judicial Frente a los adolescentes en conflicto con la ley penal, La Ley actualidad, 22 de noviembre de 2007*).*

Esta idea se ve reforzada con la sanción de la ley 26.061, que precisa competencias específicas de la administración para el abordaje de la problemática asistencial de niños, niñas y adolescentes, enervando la responsabilidad y competencia que pudiera haberle correspondido al juez penal-en lo concerniente a la situación social- que conociera en aquella causa en que el niño fuera imputado siendo menor de 16 años.

Nuestra provincia ha iniciado recientemente un cambio de paradigma de abordaje de la problemática minoril, a partir de la reforma legislativa que al presente se encuentra en etapa de estudio legislativo. El viraje se orienta a adaptar la normativa interna a la *Convención sobre los Derechos del Niño*, como también lo hizo el legislador nacional a través de la ley 26.061 (a la cual nuestra provincia ha adherido por ley 5292 de fecha 25/11/2009), en cumplimiento del mandato constitucional y los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional.

La nueva Ley se inscribe en la doctrina de la *protección integral* de la niñez y la adolescencia. A través de sus disposiciones apunta a superar el esquema de intervención especializado prevaleciente hasta el momento que, bajo la caracterización de peligro material o moral y/o negligencia, habilitaba la intervención estatal coactiva, cuyo blanco estaba constituido mayoritariamente por niñas, niños y adolescentes de familias pobres con dificultades para la crianza, en el

marco de los valores y parámetros dominantes de “normalidad”, cuya definición fue modificándose o bien aggiornándose a lo largo de la vigencia de la Ley N° 10.903 de Patronato de Menores.-----

En aquel modelo, la centralidad de la agencia judicial respondía a la necesidad de intervenir de “oficio” en todos aquellos casos en que se advirtieran situaciones de “abandono moral o material”, concepto que carecía de una definición clara o taxativa.-----

Desde el ámbito administrativo se procedía a la clasificación de niñas y niños en torno a supuestos síntomas o deficiencias a partir de los cuales se organizaban prestaciones fragmentadas por tipo de problema que implicaban, generalmente, su aislamiento de factores calificados negativamente. Dicho aislamiento resultaba en la internación de niños y niñas en distintos tipos de instituciones. En todos los casos las decisiones eran tomadas por adultos, desde el ámbito judicial y administrativo, sin contemplar su opinión.-----

La separación de los niños y las niñas de sus familias como forma de protección implicaba atribuirles a éstas toda la responsabilidad por los distintos problemas, incluida la falta de condiciones sociales y económicas adecuadas para la crianza, desconociendo las situaciones estructurales precarias en las que estaban inmersas, tanto niñas y niños como las familias, lo que implicaba una falta de responsabilidad sobre esas condiciones por parte del mismo Estado que pretendía protegerlos.-----

La norma es, entonces, un instrumento jurídico que innova sobre el sentido y alcance de la intervención estatal, la cual debe entenderse como una forma de actuar diferente en el campo de la niñez y la adolescencia. Esto se refiere tanto a los contenidos de políticas, servicios y programas cuyos destinatarios son los niños, las niñas y los adolescentes, como a las atribuciones, responsabilidades y relaciones entre los distintos actores estatales y las organizaciones sociales habilitados para garantizar su bienestar y la protección de los derechos.-----

En este sentido, cabe destacar que la necesidad de una protección especial a los niños enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al *interés superior* de aquéllos-entendido como la plena satisfacción de

sus derechos- plasmada en el artículo 3ro. de esa normativa, proporcionan un parámetro objetivo que ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver las situaciones en las que existan vulneración de sus derechos.-----

Ello es así pues, el niño requiere atención y cuidados especiales que deben partir no sólo de su familia, sino también del Estado en la adopción de medidas tendientes a garantizar esa finalidad.-----

El *interés superior del niño* y la especial protección que ellos requieren, constituyen una prescripción de carácter imperativa que obliga a los jueces, como funcionarios del Estado, a una reinterpretación de la legislación nacional a la luz del texto de la convención con el riesgo, en caso de ignorarlos, de incurrir en responsabilidad internacional.-----

Es que los niños tienen derecho a que antes de adoptarse una medida que pueda afectarlos de cualquier modo, se tomen las que promuevan y protejan sus intereses, dejando de lado todas aquellas que los conculquen.-----

Los especialistas, en el respectivo informe interdisciplinario de seguimiento puesto ha consideración de este Tribunal con fecha 28/10/10, informaron que “la situación actual de *Elio* es la repetición de patrones de su conducta caracterizada por: transgresiones en el código de convivencia urbana, actos infractores y consumo de sustancias tóxicas. La modalidad vincular de su familia de origen es endeble y marcada por antecedentes de intervenciones judiciales por actos infractores, no participan de actividades sociales y escolares, no tuvo la posibilidad de elaborar y aprender una nueva modalidad vincular, tendiendo a involucrarse una y otra vez en actos delictivos, él los percibe como coherente y natural lo que le impide tomar conciencia del significado y de las consecuencias perjudiciales de su propia conducta. Los recursos de la familia no son suficientes para cubrir las necesidades en la persona del menor, la estructura de la familia se caracterizan como desestructuradas y no continentales, carenciadas para transmitir valores, pautas necesarias para la incorporación de aprendizajes sociales. Se evalúa situación de riesgo ya que existe la amenaza de sufrir por parte del joven, un hecho o situación que lo coloquen nuevamente en el lugar de infractor encontrándose un pensamiento concreto, con fallas para la reflexión de las acciones, asimismo se detecta impulsividad,

permanente desborde y precariedad en auto cuidado, protección. Atraviesa la etapa de la adolescencia momento de cambios en sus valores sociales, culturales y familiares, atravesado por crisis de la identidad jugándose en su mundo interno duelos, nuevos modelos identificatorios donde es primordial una estructura de contención, sostén y acompañamiento” (fs. 252/252 vta.). -----

Tal vez las últimas recaídas de *Elio* en cuanto al desmesurado consumo de drogas y los distintos delitos cometidos recientemente (dos hechos en un lapso de 48 horas), incluso, con serios riesgos para su vida y la de terceros, pues en una oportunidad fue capturado en el interior de la vivienda por el propio morador; ameriten la internación (desintoxicación) en un centro especializado de rehabilitación para adictos; instituciones con las que nuestra provincia no cuenta ya que las existentes son para tratamientos ambulatorios, lo que implicaría un traslado a otra provincia con la consiguiente ruptura del vínculo familiar que de manera tenue aún persiste, lo cual no considero prudente, muy por el contrario, en la audiencia llevada a cabo en este Tribunal el día 21/10/11 conjuntamente con *Elio*, sus papás, la Sra. Directora a cargo de la Dirección de la Infancia y Adolescencia de la provincia y las especialistas que coordinan el programa de “*Libertad Asistida*” al que el adolescente se encuentra incorporado desde el día 21/07/11 (fs. 371/371 vta.), y luego de haber escuchado la opinión de *Elio*, estimo que debe primar el esfuerzo de todos los involucrados en miras a fortalecer los lazos familiares del niño y la toma de conciencia y compromiso de sus papás a la problemática actual de adicción por la que atraviesa su hijo y de la cual nosotros como funcionarios del propio Estado no podemos desentendernos, sino que ante casos como el que nos ocupa debemos doblar las apuestas, inclusive desde el ámbito del Poder Judicial a través de los fueros especializados en la problemática de la niñez, pues *administrar justicia* es mucho más que dictar sentencias vacías de sentido humanitario, ya que detrás de cada niño/a o adolescente existe una historia de vida muchas veces diezmada fruto de la *violencia*, la *pobreza*, la *desigualdad* y la *discriminación*; a lo que se suma el anacrónico sistema penal juvenil que aún persiste en la Argentina, el cual, sin duda alguna, se encuentra en tenso conflicto con los niños/as y adolescentes de los sectores más vulnerables.

Al presente, no puede negarse que la mayoría de los hechos delictivos cometidos por jóvenes punibles y no punibles para el sistema penal, se producen bajo los efectos de estupefacientes.-----

En este hilo exegético que aquí vengo desarrollando, no puedo soslayar que el programa de *Libertad Asistida* consiste en un profundo esfuerzo por encontrar formas alternativas a la internación de menores de edad que han realizado hechos delictivos, por considerar que el encierro como única instancia, segrega desde temprana edad a seres humanos con pocas perspectivas de cumplir alguna otra función que les permita encontrar vías armónicas de convivencia social. Precisemos.

La *Libertad Asistida* como medida, es la disposición judicial aplicable a un menor autor de un ilícito penal, que le permite permanecer en su núcleo de origen, posibilitando mediante la amplia tarea de un operador social, revisar sus condiciones de inserción en el medio comunitario, fortaleciéndolas con el objeto de disuadirlo de la comisión de conductas sancionadas.-----

También se ha afirmado que “...*la Libertad Asistida trata de una medida judicial aplicable a Adolescentes autores de infracciones, que por sus condiciones personales, familiares o sociales, o por la naturaleza del delito o delitos cometidos, pueden o deben permanecer en comunidad, acompañados, auxiliados, u orientados por una persona capaz de entenderlos y asistirlos...*” (**Becker, J., Trabajo presentado en el Primer Seminario Latinoamericano "Infancia, Situaciones de Riesgo y Políticas de Prevención en América Latina, en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño", Bs. As. Septiembre de 1990**).-----

Debe ser, en suma, una medida judicial eficaz para insertar al menor en un proyecto de vida enmarcado en principios de convivencia social.-----

La asistencia en libertad consiste en una serie de acciones acordadas con el menor, tendentes a promover la recuperación de su capacidad para desarrollarse como persona.-----

Cuando se dice que la libertad asistida es una medida aplicable por una autoridad judicial, se está haciendo mención a que ella se origina en un proceso legal, y por ello tiene el carácter de decisión judicial. Su cumplimiento es compulsivo, no se

trata de un contrato terapéutico, en el que un paciente decide buscar un tratamiento y tiene la libertad de abandonarlo cuando quiere.-----

En todo caso, soy del criterio que la medida judicial en análisis debe emplearse con un límite en el tiempo, que permita al operador social prever su actividad, y desde el marco legal ser garantizador del principio de proporcionalidad.-----

En estas condiciones, creo conveniente que *Elio* continúe con el programa de *Libertad Asistida*.-----

Finalmente corresponde reflexionar, que la problemática en niños/as y adolescentes que infringen las leyes penales en nuestra provincia, generada en la mayoría de los casos debido a la creciente gravedad de las adicciones y, como señalé anteriormente, también por circunstancias tales como la *violencia*, la *pobreza*, la *desigualdad* y la *discriminación*, conlleva necesariamente a la formulación de un debate serio, responsable y profundo; debiendo llevarse a cabo en forma conjunta con todas las asociaciones intermedias especializadas en la problemática infantil y en la que participen necesariamente los referentes de cada una de las áreas pertenecientes a los tres poderes del Estado provincial que se ocupan de la temática aquí tratada, ello al sólo fin de dar pleno cumplimiento a lo prescripto por el art. 6 de la ley 26.061 en cuanto establece que la comunidad, por motivos de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes; pues sólo así podremos estar preparados para brindar una *protección integral* a muchos otros jóvenes que se encuentran en las mismas condiciones que *Elio*, como así también a otros que, lamentablemente, nos necesitarán, pero a través de medidas propias de protección integral, debiendo los jueces que aún transitamos por el paradigma tutelar dejar de lado la vieja práctica de implementación de medidas tutelares, ya que si las niñas, niños y adolescentes "no punibles" o "inimputables" están carentes de capacidad para infringir las leyes penales no pueden recibir respuestas provenientes del aparato punitivo estatal a través de jueces penales que utilizan herramientas claramente coercitivas como es el supuesto de la privación de libertad y que se estatuyen en los hechos como verdaderas penas, aún cuando sean definidas como tutelas.-----

En definitiva, en base a las consideraciones expuestas: -----

RESUELVO:

I).- DISPONER la continuidad de *NEMB*, en el programa de *Libertad Asistida* por el lapso de seis (6) meses, bajo la supervisión continua de la *Dirección de la Infancia y Adolescencia* de la provincia, debiendo cesar inmediatamente la implementación de las medidas tutelares oportunamente aplicadas en Expte. 288/05 e informarse semanalmente a este Tribunal-por parte del organismo mencionado-los avances que respecto del joven *NEMB* se vayan suscitando.-----

II).-COMUNICAR a la Sra. Hortensia del Carmen Vaquel, al Sr. Luís Alfredo Bazán y la Sra. María Esther Álvarez que *NEMB* deberá residir en el domicilio de su papá sito en *B° Santa Marta, manzana UB-Lote N° 21* de esta ciudad Capital, bajo la responsabilidad exclusiva de todas la personas antes mencionadas.-----

III) OFICIAR a la ONG S.O.S para que se evalúe la posibilidad de citar al joven referenciado a una entrevista conjuntamente con sus progenitores a los fines de poder acordar llevar adelante un tratamiento que sostenido en el tiempo permita superar la adicción que al presente padece el menor.-----

IV).-HACER SABER al Poder Ejecutivo Provincial la necesidad imperiosa de poder contar con un Centro de Adicciones para poder llevar adelante las internaciones de niños, niñas y adolescentes que en nuestra provincia sufren adicciones por distintas sustancias tóxicas. -----

V).- RESPECTO a los expedientes tutelares que se encuentran en trámite, corresponderá que éste juez de menores dé intervención a los organismos administrativos para su evaluación en forma conjunta y en un plazo breve y razonable, se defina si el caso encuadra en la situación descripta en la ley 26.061; en base a ello, supervisar la ejecución administrativa de los planes concretos, individuales y diferenciados aplicables a cada niño, niña y adolescente.-----

VI) .-En lo que se refiere a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema por conflictos con la ley penal, con posterioridad a la fecha, éste Tribunal habrá de aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que-comprobada que sea

la edad del menor-, en un plazo no mayor a 90 días se coordine con las autoridades administrativas la elaboración de los planes mencionados en la ley 26.061.- - - - -

VII).-A su vez, cuando sea factible aplicar las medidas excepcionales a las que hace mención el art. 40 de la ley 26.061, el Tribunal habrá de dar intervención a la justicia de familia, conforme se desprende de dicha norma. Ello sin perder de vista en cada caso, la posibilidad de propiciar soluciones alternativas basadas en la educación, inserción familiar y responsabilidad del niño, niña y adolescente.- - - - -

VIII).-**CONVOCAR** a una mesa de diálogo para el día 15/11/11 a horas 18:00 en lugar que oportunamente se determinará e invitar a los actores involucrados con la problemática de los niños, niñas y adolescentes del Estado provincial, junto con los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y toda otra organización intermedia de la sociedad civil que pretenda participar, para planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061.- - - - -

IX).- **ELÉVENSE** copias certificadas de la presente resolución a la CORTE DE JUSTICIA para que tome conocimiento y se proceda-salvo su más elevado criterio-a la difusión por el área PRENSA de lo dispuesto en el apartado precedente, respecto de las organizaciones intermedias de la sociedad civil que deseen participar en la convocatoria aludida y mediante comunicación a los Sres. Jueces de Menores de las circunscripciones judiciales de la provincia y a la PROCURACIÓN GENERAL.- - - - -

X).- **PROTOCOLICÉSE, NOTIFIQUESE.**- - - - -

