

## **Infancia y violencia social, familiar e institucional\***

Por Mirta MANGIONE MURO\*\*

\* Este trabajo es un adelanto del proyecto de investigación "Violencia Doméstica y Maltrato Infantil en la práctica judicial de la Provincia de Santa Fe". Facultad de Derecho. Desde el 2006 al 2009, UNR. Investigadores: Judith Galletti, Rodolfo Ramos, Marta Haubenreich, Víctor Alejandro Medina, Marta Fertonani, Gloria Gover.

\*\* Abogada. Doctora en programa de Consolidación Académica ambos títulos de la Facultad de Derecho de la UNR. Profesora titular por concurso de la Residencia de Minoridad y Familia de la Facultad de Derecho, UNR. Profesora titular por concurso de Derecho de Familia de la FCJS, UNL.

## 1. Introducción

Es significativa la cantidad de análisis y proyectos que se ocupan de diversas formas de violencia. Violencias que no afectan solamente a personas sino a territorios, a animales, a paisajes y a la estratosfera, donde ha comenzado a emerger basura espacial.

El que se conoce como creciente fenómeno de la violencia impregna, inevitablemente y en dimensiones múltiples, la atmósfera de las organizaciones familiares. Y el miedo por la violencia que se teme como inevitable es un nuevo acompañante perpetuo, que se acopla con la confusión, las incertidumbres y las perplejidades de cada día.<sup>1</sup>

¿En qué momento la palabra violencia emergió con sentido descalificatorio? En el medioevo aquellas prácticas que hoy no dudamos en describir como violentas se ejercían desde la convicción político-religiosa y en ocasiones se ocultaban tras la espiritualidad. Durante esa época, la violación es un rito de iniciación masculina tolerado. Georges Duby y Jacques Rossiaud<sup>2</sup> describieron las bandas de jóvenes varones en busca de una presa. Y desgraciada de aquella que se dejara atrapar. Siempre se guardará la sospecha de que es una chica fácil. Desflorada, sobre todo si lo ha sido por muchos hombres, ya no encontrará quién la tome. Deshonrada, está condenada a la prostitución. En el siglo XIX los tribunales sólo condenan la violación colectiva. En caso de ser violada por una sola persona, la muchacha (o la mujer) casi siempre se presume consentidora: podría haberse defendido. Por otra parte, la violación es considerada un delito correccional en Francia, pues se tomaban en cuenta los golpes y las heridas. Recién en 1976 en ese país, se convirtió en crimen por la ley.

En los siglos XVIII y XIX el acoso sexual era una amenaza para diversas categorías de jóvenes, entre ellas las criadas rurales y las mucamas de las familias importantes expuestas a los ataques de sus patrones. A veces ocurría con la complicidad de las dueñas de casa que preferían que sus hijos tuvieran sus primeras experiencias sexuales con esas jóvenes antes que con las del burdel, donde corrían el riesgo de contagiarse de sífilis.

Las obreras estaban expuestas a los avances de los capataces. A fines del siglo XIX, los diarios obreros de París abren las “tribunas de los abusos” que se refieren a esas situaciones. A su vez, los moralistas, contrarios al trabajo de las mujeres en las fábricas, por ser un lugar brutal y contrario a la feminidad, divulgan estas situaciones.

Las mujeres golpeadas en el matrimonio eran legión. Para el jefe de familia golpear a la esposa y a los hijos/as, era una forma normal de mandar en la casa. Siempre que lo hiciera con moderación, el entorno, lo toleraba, sobre todo si las mujeres tenían reputación de “malas amas de casa”.

La prostitución es un sistema antiguo y casi universal, organizado de diferentes modos, con estatutos diferentes y jerarquías internas. La reprobación es moderada. En el último tercio del siglo XIX la “trata de blancas” ensanchó el mercado, desde las polacas y las judías de los guetos pobres de Europa Central hasta las chicas de los cálidos barrios de las ciudades sudamericanas.

La colonización no importa la prostitución, pero la modifica con la reglamentación y el encierro. En 1789 las prostitutas francesas desfilaron pidiendo el reconocimiento de sus derechos y la libertad de circulación, produciendo el efecto contrario por el miedo a la sífilis,

<sup>1</sup> Giberti, Eva. *La familia a pesar de todo*. Novedades Educativas, Buenos Aires, 2005, p.115.

<sup>2</sup> Rossiaud, Jacques. “Prostitution, jeunesse et société dans les villes de Sud-Est au XV<sup>e</sup> siècle”, citado por Perrot, Michelle en *Mi historia de las mujeres*, 1ra. edición. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 56.

que condujo a la reglamentación, encerrando a las prostitutas en “casas de latrocinio” fáciles de distinguir por el número grande en la fachada y el farol rojo de la puerta.<sup>3</sup>

El horizonte utilitarista (Stuart Mill, Jeremías Milton y posteriormente la Escuela de Chicago Milton Friedman) plantearon la cultura de lo útil y la primacía de lo económico como regulador de las prácticas sociales. En paralelo, la inclusión de los Derechos Humanos como demanda internacional destinada a limitar aquellas prácticas que comenzaron a denominarse violentas, introdujo nuevos discursos como parte del campo que estaba instituyéndose.

El sometimiento de diversos países mediante políticas económicas se produjo como una forma de ocupación distinta pero no menos eficaz que las guerras. La creación del Estado de Bienestar en algunos países generó un intento, en el plano económico, tendiente a una mejora de la calidad de vida de la población, pero el Estado de Bienestar fue desactivado después de períodos de turbulencia que modificaron los estilos de vida y los ideales de la gente, lo que se conoce como la caída de las grandes narraciones: la ciencia, el progreso, la justicia social, entre otras.

Se incrementó el recorte de los ingresos de los trabajadores, así como la disminución de los recursos del Estado para atender las necesidades básicas de la población y se produjeron violencias sociales de diversa índole en salud, educación, etc. Esto coadyuvó en el avance de la discriminación contra los pobres y los excluidos, lo cual introdujo otra forma de violencia social.

Esta nueva idea de entender la violencia mediante la inclusión de estos fenómenos –que se asocian con el hambre, las muertes de niños y niñas– y que remite a la cuestión social, es distinta y complementaria de la violencia “que hace la ley”, que es la revolucionaria. Y aquella que no es sostenida por ley alguna. Acompaña a otra violencia que es la que se refiere a la fuerza que está autorizada porque su destino es preservar las leyes, que se entiende como el uso de la policía.

Frente a la proliferación de estas violencias que podrían tornarse peligrosas, se introduce un nuevo cambio: se propone el estudio de otras violencias: las protagonizadas por los miembros de la familia, con lo cual la violencia asociada a los conflictos interpersonales, sube a la superficie de debate, deja de ser silenciada, ignorada.

Históricamente estaba invisibilizada en tanto y en cuanto funcionaba como derechos de los poderosos, en particular, de la autoridad patriarcal.

La violencia adopta varias formas:<sup>4</sup>

- a) violencia cotidiana: constitutiva de culturas de opresión-dominación estructurales;
- b) violencia como espectáculo: es la utilizada por los medios de comunicación;
- c) violencia moralista dirigida contra los pobres y los miembros no queridos de la sociedad (chicos de la calle y las etnias discriminadas).

Al estar la violencia asociada a diversas y sutiles formas de dominación, se instala frente a ella las “**resistencias cotidianas**” concepto asociado con la “**cultura de la opresión y cultura de la resistencia**”.

La primera, la *violencia cotidiana*, es aquella en la que aparecen valores dominantes (consumismo, mercado) y se introducen violencia y coerción como elementos constitutivos de un orden por el cual los poderosos, los que disponen de mandato y poder intentan

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, nota 3.

<sup>4</sup> Devalle, Susana (comp.). *Poder y cultura de la violencia*. El Colegio de Méjico, Méjico, 2000.

mantener y fortalecer su posición privilegiada. Aparecen procesos de deshumanización que sobrellevan los más vulnerables, tales como:

- mujeres;
  - niños/as;
  - adolescentes;
  - pobres y excluidos,
- que pasan a ser vividos como peligrosos o temibles.

La cultura de la resistencia es la que se encuentra en los movimientos sociales, tales como, los piqueteros, los adolescentes mediante la cultura del rock, los niños/as frente a las autoridades escolares.

La segunda, es decir, la *violencia como espectáculo* es aquella que aparece en los distintos medios de comunicación. La comunicación es una condición esencial y permanente en el ser humano. Inherente a la vida en sociedad, está presente en todos los actos cotidianos. Es imposible no comunicar. En la actualidad, los parámetros valorativos del proceso de comunicación son introducidos casi unilateralmente por los propios conglomerados multimediáticos, que se encuentran ramificados alrededor del mundo. A través de una oferta globalizada se intenta homogeneizar los consumos culturales locales, sin ni siquiera considerar la posibilidad del consenso con sus espectadores, relegados a jugar un papel netamente pasivo.

Los acelerados ritmos de la sociedad moderna victimizan a los niños con la ausencia de sus padres durante un alto porcentaje de sus horas útiles diarias. En el mejor de los casos, les permiten compartir un acotado espacio temporal con adultos en extremo de desgaste físico y/o emocional, incapaces de generar y mantener la contención necesaria para sus hijos. Este espacio vacío de contactos y diálogos cotidianos, termina siendo ocupado por las transmisiones televisivas y horas de navegación por Internet.

Como todo medio de comunicación analizado en abstracto, tanto la TV como la red informática presentan interesantes potencialidades formativas, sobre todo en lo referido al acceso a la información y la distribución del conocimiento. Pero en la práctica, los estímulos que se canalizan a través de ambos caminos no contemplan las distintas etapas de desarrollo de los niños/as que los utilizan, ni se preocupan por suplir o complementar la falta de marcos esclarecedores y orientativos que brindaría un padre (o adulto responsable) si dispusiera del tiempo necesario para compartir esa experiencia audiovisual junto con el menor en formación.

Ese niño/a en desarrollo aprende por imitación, al estar solo frente a la pantalla, tomará de esa oferta desbordada las pautas de comportamiento que pregonen los programas o las distintas páginas web. Contenidos altamente agresivos y violentos, explícito consumo de alcohol y drogas, desparpajo en materia sexual, todos elementos de la realidad explotados comercialmente por los medios de comunicación, son bombardeados en los cerebros juveniles sin límites de acceso realmente efectivos.

Un grupo sumamente vulnerable es el de los adolescentes. La conformación de su propia identidad se ve influida por la denominada “cultura del éxito”, que va modelando las pautas de comportamiento de acuerdo con una escala de valores que incita a quemar etapas sin haberlas transitado.

Respecto del contenido de los mensajes, los medios de comunicación propagan espectáculos denigrantes de la condición humana, apoyados en el chiste fácil, la explotación sexual, el menosprecio hacia el prójimo y la infinita reiteración de estructuras narrativas

unidimensionales, fomentan el conformismo social y elevan la superficialidad por sobre el espíritu crítico.

## 2. Violencia entre y hacia niños y niñas

El niño y la niña han sido víctimas de violencia y malos tratos desde los tiempos más remotos. Hasta el siglo V habría predominado el infanticidio y durante el Renacimiento la prioridad fue para el abandono. Su indefensión lo coloca bajo el poder de los adultos, especialmente el poder absoluto del padre. Esas violencias y los malos tratos no eran considerados tales. Por el contrario, a menudo se los consideraba un trato adecuado y responsable para “corregir su naturaleza”.

A partir del siglo XIX aparecen los primeros estudios científicos de los malos tratos, se crean los primeros hospitales infantiles, el trabajo de los menores comienza a ser remunerado y surgen las primeras sociedades dedicadas a la prevención de la crueldad hacia los niños@s. Toulmuche y Tardieu fueron los médicos forenses a quienes se recuerda entre otras razones por haber sido quienes realizaron las primeras denuncias de malos tratos físicos a fines de este siglo, pero encuentran poco eco social.

Caffey (1946) y Silverman (1951) señalan la responsabilidad paterna en hematomas subdurales y alteraciones radiológicas anormales en huesos largos. Es recién en 1961, cuando el pediatra Kempe y colaboradores, da a conocer en Estados Unidos el “Síndrome del Niño Apaleado” y Vincent Fontana, Director del Foundling Hospital de Nueva Cork amplió la denuncia incluyendo en el concepto de niño golpeado a todas las formas de maltrato, proponiendo utilizar la denominación de niño maltratado.

Kempe dice: “Los padres golpean, flagelan, azotan, desuellan, patean, ahogan, estrangulan, golpean en el estómago, asfixian con trapos o con chicles muy picantes, envenenan, les abren la cabeza, les hacen cortaduras, desgarran sus carnes, les queman con vapor, aceite o agua hirviendo, y los mutilan. Utilizan sus puños, hebillas de cinturón, correas, cepillos para el cabello, cordones de lámparas, palos, bates de béisbol, reglas, zapatos y botas, tubos de plomo o de hierro, botellas, ladrillos, cadenas de bicicletas, atizadores, cuchillos, tijeras, productos químicos, cigarrillos encendidos, agua hirviendo, radiadores de vapor y llamas de gas”.<sup>5</sup>

Esta vez se produce un importante impacto social. Estas primeras descripciones se referían al maltrato físico como sinónimo de maltrato infantil. En el año 1962, el Journal de la Asociación Médica Americana reconoció oficialmente el extendido abuso del niño@ en EE.UU., señalando cómo los médicos habíanse negado a creer en lo que claramente veían, en tanto eran más propensos a aceptar las excusas elaboradas por los padres de los pacientes que a enfrentar los terribles hechos del abuso del niño/a.

En 1971 Lukianowicz menciona el maltrato emocional, mientras que el abuso sexual, tardó aún más en salir a la luz y los primeros estudios datan de 1980.

## 3. Violencia familiar

*Violencia es el comportamiento deliberativo de unas personas contra otras que lo obligan a hacer lo que no quiere por medios a los que no se pueden resistir, y que causa daños físicos y*

<sup>5</sup> Kempe; Silverman; Steele; Droegmüller; Silvar. *The Battered Child Syndrome*. JAMA 181, 1962, p. 17.

*psicológicos*. Esta definición podría ampliarse para incluir otras formas de violencia social, tales como:

- los efectos de la pobreza;
- la explotación laboral infantil;
- la falta de asistencia sanitaria;
- la falta de educación y,
- otros comportamientos negligentes no deliberados cometidos por:
  - el Estado,
  - la familia,
  - otras personas.

El hincapié en el interés superior del niñ@, su rehabilitación y protección social más que una retribución, son intereses a corto y largo plazo tanto para la sociedad como para los niñ@s. No hay pruebas de que las respuestas basadas en la retribución sean efectivas a la hora de reducir o evitar la violencia. Por el contrario, sí hay evidencias en muchos países de que los castigos duros y humillantes son un factor significativo en el desarrollo de actitudes y acciones violentas, y de que el encarcelamiento de niñ@s aumenta la probabilidad de reincidir y en particular, la de que los delincuentes no violentos se vuelven violentos.

En algunos países del *common law*, los autores reservan la expresión “*domestic violence*” para describir la violencia en la pareja y usan la expresión “*child abuse*” para referirse a la violencia en niños y niñas.<sup>6</sup>

La violencia hacia la infancia sigue siendo aún un problema oculto, teniendo lugar en la intimidad de la familia. Además, los estudios acerca de los niveles de violencia en la familia y en las instituciones han tenido un desarrollo irregular.

Se pueden establecer tres categorías de **tratos injustos**, teniendo en cuenta a quiénes afecta:

- 1) *Extraordinarios*: es el primero ya que el homicidio es uno de los tratos violentos que afecta a un grupo muy pequeño de niñ@s;
- 2) *Grave*: por ejemplo el abuso físico que afecta a un grupo más numeroso de niñ@, pero aún es minoritario;
- 3) *Pandémico*: es el castigo físico y psicológico, que afecta a la mayor parte de los niñ@s.

La violencia infantil puede ser:

- a) *intrafamiliar*: es la que se da en el lugar en que niñ@s deberían estar más seguros: su familia. De hecho es más probable que sean asesinados, agredidos físicamente, raptados o sometidos a prácticas tradicionales perjudiciales o la violencia mental por miembros de su propia familia que por extraños;
- b) *extrafamiliar*: se da cuando hay conflictos armados y altos niveles de violencia en la comunidad, que producen una dramática carga de estrés para las familias y además afecten a la violencia intrafamiliar.

#### 4. Violencia intrafamiliar

La justicia debe ser el instrumento idóneo en la lucha contra la violencia intrafamiliar. Obviamente, el proceso judicial es un instrumento que requiere de otras herramientas,

<sup>6</sup> Por ejemplo, Deduk, Alison y Korganas, Felicity. *Family Law, gender and the state*. Capítulos 9 y 10. Hart Portland, 1999, ps. 283 y 341.

como son los centros de atención a las víctimas. Se debe intensificar la capacitación policial, crear líneas de teléfono donde llamar, establecer casas refugio o albergues para personas víctimas de violencia, especialmente niñ@s.

No es necesario crear estructuras burocráticas nuevas, sino de tener organismos de apoyo que resuelvan los problemas que a diario se presentan. Estos organismos deben contar con un presupuesto mínimo, dispuesto no sólo en la ley, sino existente en la realidad.<sup>7</sup>

Se debería permitir el ingreso del *amicus curiae*, así lo hace la ley de violencia de La Pampa N° 1918 que en su artículo 14 sostiene que en la comunicación y en la audiencia de conocimiento y acuerdo se podrá “admitir la presencia de un acompañante solidario como ayuda protectora *ad honores*, siempre que fuera necesario para la salud psicofísica del o los afectados y con el único objeto de apoyarlos” (ejemplo: el sacerdote, la maestra, el médico, etcétera).

#### 4.1. Infanticidio y homicidio infantil

El infanticidio aparece en muchos sistemas legales como un delito menor en relación con el asesinato, aunque se trate de un asesinato deliberado de un bebé. William Graham Sumner,<sup>8</sup> pionero de la sociología moderna, reconoció la significación de la matanza de los hijos en la historia humana en los siguientes términos: “El sacrificio del hijo expresa el horror más profundo y el sufrimiento producido por la experiencia del destino humano. Los hombres deben hacerlo. Así se lo exigen sus intereses por más que les duela. Puede decirse que el sacrificio humano ha sido universal”.

Darwin<sup>9</sup> asoció la aparición del hombre, en la evolución de las especies, con el filicidio: “Nuestros primitivos antepasados semihumanos no habrían practicado el infanticidio... puesto que el instinto de los animales inferiores a nosotros nunca llegó a una perversión tal como para destruir regularmente su propia cría”.

Que hoy se lo considere un delito menor tiene que ver con la necesidad de proporcionar una defensa especial a las madres que han sufrido un trauma psicológico como consecuencia del parto. Este fundamento descansa en la idea de que la vida de un niñ@ vale menos que la de un adulto.

También es utilizada como un método brutal de planificación familiar en aquellas sociedades en que el niño varón está sobrevalorado económica y socialmente sobre la niña.

Se promueve el infanticidio en los casos de nacimiento de niñ@s discapacitados, o aquellos que nacían en fechas concretas que podían traer vergüenza a la familia, o hijos de madres solteras, o de parejas que viven en concubinato

#### 4.2. Agresión física

El golpear a un niñ@ en el seno de la familia como método de disciplina, incluso con palos o cinturones, causando enormes heridas, es aún una práctica usual que está permitida por la ley en casi todos los países del mundo.

En el discurso final de la discusión general sobre los derechos de los Niños en la Familia, como contribución al Año Internacional de la Familia (1994), un miembro del Comité de

<sup>7</sup> Kemelmajer de Calucci, Aída. “Algunos aspectos procesales en las leyes de violencia familiar”, en *Revista de Derecho Procesal-Derecho Procesal de Familia*, T.I. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 129-130.

<sup>8</sup> Sumner, William Graham. *Folkways*. Ginn, Boston, 1906, p. 553.

<sup>9</sup> Darwin, Charles. *El origen de las especies*. Modern Library, Nueva York, 1936, p. 430.

los Derechos del Niño afirmó: “En el marco del mandato el Comité ha prestado una atención especial al derecho de los niñ@s a su integridad física. En la misma línea ha enfatizado que el castigo corporal es incompatible con la Convención y ha propuesto en muchas ocasiones al revisión de las leyes existentes, así como el desarrollo de campañas de concientización y educación para prevenir el abuso infantil y el castigo corporal de los niños/as”.<sup>10</sup>

En la legislación existen dos sistemas que regulan la agresión física:

a) *Las que distinguen niveles arbitrarios de violencia legal hacia los niñ@s*: En muchos países, entre ellos el nuestro, las leyes penales o civiles incluyen una confirmación de que los progenitores pueden castigar a sus hijos/as, pero en forma moderada o razonable. Esta situación puede ser interpretada como un permiso para realizar actos contrarios al artículo 19 de la Convención. Las leyes que hablan de un razonable castigo consideran que las niñ@s son propiedad de los padres. En estos países se atribuye a los individuos adultos, a los trabajadores sociales y, en último lugar a los juzgados, la capacidad para determinar lo que constituye “violencia razonable” hacia las niñ@s. El Comité de los Derechos del Niño critica esta legislación específicamente y ha recomendado en reiteradas oportunidades a los Estados Parte que prohíban, sin ambigüedades, todo castigo violento en el seno familiar, proponiendo el uso de formas inductivas de disciplina.<sup>11</sup>

El Código Civil Argentino en su artículo 298 sostiene: “Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren”. Es decir, que estamos incluidos en este primer sistema.

b) *Los que prohíben totalmente la violencia infantil*: Aunque se están realizando numerosas reformas en países de todos los continentes a la luz de la CIDN y de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, sólo un puñado de países ha prohibido cualquier forma de castigo infantil, violento o humillante: Suecia, Finlandia, Dinamarca, Noruega, Austria y Chipre.

### 4.3. Abuso sexual

El incesto y el abuso sexual de niñ@s dentro de sus familias, es una de las formas de violencia menos visible, como consecuencia del tabú que envuelve la cuestión. En la mayoría de los casos el delito es cometido por el padre, padrastro, hermanastro, tíos, u otro pariente del sector masculino, es decir, una persona que ocupa un lugar de confianza dentro del hogar, generalmente se sacrifican los derechos de niños o niñas o jóvenes para salvar el buen nombre de la familia y del adulto culpable de la agresión. El artículo 19 de la CIDN exige acciones para proteger a los/as niños/as de “*toda forma de [...] malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual*”. El artículo 34 va más allá y exige a los Estados Parte el compromiso de “*proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales*”.

<sup>10</sup> Innocenti Digest. *Niños y violencia*. UNICEF, N° 2, Florencia, Italia, abril de 1999.

<sup>11</sup> Comité de los Derechos del Niño, Día de Discusión General, septiembre de 2000 y 2001, “La violencia contra los niños”. Consultar: <http://www.crin.org/espanol/discusion2007.asp>

#### 4.4. Traslado ilícito

El secuestro o traslado ilícito de niños/as por parte de sus propios padres o de cualquier otro adulto, sin el consentimiento por parte del niño/a, es también una forma de violencia.

En los últimos años se ha hecho visible y gracias a los medios de comunicación se ha podido conocer más sobre este tema, que ha sido legislado no sólo a nivel nacional sino también internacionalmente, siendo el ejemplo más destacado el de la Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos civiles de la Sustracción de Menores. Sus disposiciones permiten a los menores de 16 años que hayan sido trasladados o retenidos de manera ilícita, en definitiva, violando derechos de custodia, en el seno de dos países parte de la Convención, el retorno inmediato a su lugar de residencia habitual para que allí se adopte una decisión definitiva acerca de su futuro.

A nivel regional encontramos la Convención Americana sobre Restitución Internacional de Menores y la Convención sobre la Aplicación y el Reconocimiento de Decisiones Relativas a la Custodia Infantil del Consejo de Europa de 1980.

La CDN incluye estos temas en los artículos 11 y 35:

Artículo 11: “1- Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados de niños extranjeros y la retención ilícita de los niños en el extranjero.

2- Para este fin, los Estados Parte promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

Artículo 35: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarios para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

Ambos artículos enfatizan la *cooperación internacional* para combatir estas prácticas.

#### 4.5. Prácticas Tradicionales Violentas

En muchos países existen prácticas tradicionales que implican un cierto grado de violencia física o mental, y que pueden ser perjudiciales para la salud de los niños/as. La CDN exige una revisión de esas prácticas. No obstante, profundizar en costumbres que tienen raíces religiosas o culturales, o de ambos tipos, y que pueden contribuir en sí mismas a construir la identidad cultural de niños/as y de los adultos que pertenecen a esos grupos, requiere de una gran sensibilidad.

Los riesgos para la salud de algunas prácticas (circuncisión masculina, mutilación genital femenina, ceremonias de iniciación que impliquen por ejemplo inmersiones forzadas en el agua, matrimonio precoz, entre otras) que implican la invasión de la integridad del cuerpo son enormes, esencialmente si las realizan personas sin experiencia sanitaria o sin condiciones higiénicas. Además la falta de una anestesia adecuada incrementa el sufrimiento de niños/as.

La referencia específica a prácticas tradicionales se realiza en el artículo 24.3 de la CDN: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”. Este artículo es sumamente importante, ya que es la primera vez que un instrumento internacional menciona estas prácticas, sin mencionar ninguna en particular.

Estas prácticas son justificadas en el hecho de que los/as hijos/as deben continuar con la cultura o la religión de sus mayores o de sus familias o de sus comunidades, pero debemos tener en cuenta que la CDN establece en el artículo 14 el *derecho a la libertad de credo*. Estos ritos generalmente se practican cuando los niños/as son muy jóvenes para dar su consentimiento, por ello, la responsabilidad de los progenitores es la de ofrecer a sus hijos/as una

dirección y orientación en el ejercicio de sus derechos (arts. 5 y 14 CDN) sin violar lo establecido en los artículos 19 y 24.3.

#### 4.6. Violencia psicológica

Los niñ@s son más vulnerables al abuso verbal, al sarcasmo, al insulto, a la denigración hasta formas de humillación de todo tipo, incluido el impedimento de uno de los padres de mantener contacto con el otro. La CDN usa el término *violencia mental* en el artículo 19.

#### 4.7. Prostitución forzada

Las familias desposeídas, incapaces de procurar sustento a todos sus miembros, a menudo alquilan o venden a sus propios hijos/as, que pueden luego ser obligados a prostituirse.

### 5. Violencia extrafamiliar

Nos referimos a la violencia que sufren niños y niñas desde la sociedad o desde las instituciones que deberían protegerlos:

a) *Conflictos armados*: Afectan a todos los aspectos del desarrollo de niñ@s. Hay millones de niñ@s, hoy, que se encuentran atrapados en conflictos en los cuales no son meros espectadores, sino claros objetivos. Son degollados, violados o mutilados, explotados como soldados, expuestos a una brutalidad extrema. Debido a la larga duración de los conflictos muchos/as niñ@s han pasado su infancia en medio del “terror y la violencia”. Afectan todos los aspectos del desarrollo del niñ@s.

b) *Situación de los niños/as de la calle*: El fenómeno de los/as niños/as y adolescentes que hacen de la calle su espacio de lucha por la supervivencia e inclusive su vivienda, no es nuevo en América Latina. Este problema surge con las dinámicas de industrialización tardía y de urbanización desordenada. Lo nuevo es el surgimiento y la expansión de la expresión “niños y niñas de la calle”, que más que una nueva denominación es otra manera de ver, de entender y de intervenir en la realidad personal y social de ese segmento de la población infanto-juvenil ¿Cuándo nace el concepto niños/as de la calle? Antes del surgimiento de la denominación “niños/as de la calle” se los llamaba “menores”, término que venía acompañado de un adjetivo que calificaba las distintas categorías: menores carenciados, menores abandonados, menores inadaptados, menores faltos de asistencia, menores infractores, etcétera. La sociedad civil y las políticas públicas designaban el fenómeno con los mismos términos, pero había un consenso entre las entidades gubernamentales y no gubernamentales en cuanto a la forma de intervención que era distinta en cada caso teniendo en cuenta la institución o los operadores.

El abordaje, en el marco de la legislación vigente en los años ‘80 en toda América Latina puede ser resumido en lo que se denomina “el ciclo violento de la institucionalización compulsiva: aprehensión, selección, rotulación, deportación y confinamiento”.<sup>12</sup>

Cualquier niño/a o adolescente encontrado en las calles en situación de riesgo personal o social, aunque no esté cometiendo delitos debía ser *aprehendido* y conducido ante el Juez de Menores. El juez llevaba al menor a un centro para que procediese a un estudio social, un examen médico y a un diagnóstico psico-pedagógico, es decir, procedía a *seleccionarlo*. Estos

<sup>12</sup> Gómez da Costa, Antonio Carlos. *Niños y Niñas de la calle: vida, pasión y muerte*. 2da. edición. UNICEF, Buenos Aires, 1998.

encuadramientos terminaban con el niño/a en una de las subcategorías mencionadas, o sea eran *rotulados*.

La decisión del juez de qué hacer con el niño/a la tomaba de un conjunto de medidas de las que disponía, pero que tomaba a su “prudente arbitrio” de un buen padre de familia. La familia en general aparece como frágil y vulnerable en términos socioeconómicos y morales, por lo que la decisión más común era el alejamiento del menor, es decir, se producía su *deportación*. La internación se aplicaba en forma indistinta a cualquier menor. La diferencia era que para los infractores la medida se cumplía en establecimientos especializados, dotados de mayores índices de contención y seguridad. Todas las instituciones cumplen el papel de segregación cotidiana, de una parte de la infancia. Es la etapa del *confinamiento* donde se los priva del respeto, la dignidad, la identidad, la integridad física-psicológica y moral.

El ciclo compulsivo de institucionalización era: **antijurídico** en su esencia, pues agredía los principios elementales del derecho, al privar a las personas de libertad sin garantías del debido proceso.

Como una reacción a este panorama personas interesadas en un tratamiento más simple y barato y más eficaz, comenzó a hablar de “niños/as de la calle”. La crítica inicial se dirigía a la falta de humanidad, a la irracionalidad y al costo elevado de las acciones convencionales y no a los aspectos jurídicos. La expresión “niños/as de la calle” es, ella misma, una crítica a la denominación “menor”. Esta expresión revela una intervención directa e inmediata del problema puesto que designa el fenómeno observado “a simple vista”: *la presencia de niños/as y adolescentes en las calles de las ciudades*.

El *enfoque de niños, niñas de la calle* es la suma de una visión del problema fuera de las categorías de comprensión de los expertos oficiales en minoridad y de una forma de **acción** de la que, dejando de lado el ciclo perverso institucionalización compulsiva, se estructura con base en las alternativas comunitarias de atención.<sup>13</sup>

Lo que continuó fue, a lo largo de los ‘80, una enorme expansión del enfoque niños/as de la calle, a partir de algunos puntos básicos:

- No partir de modelos pre-estructurados de atención;
- Utilizar el aprender a hacer con quien está haciendo;
- Organización en red;
- Identificación, registro y divulgación de experiencias propiciando la difusión, no sólo de mandatos y técnicas, sino de conceptos, valores y actitudes entre personas y grupos ligados a esas redes.

Resumiendo vemos que durante la década del ‘80 hubo:

- Proliferación de iniciativas basadas en el enfoque niños/as en la calle;
- Expansión de un nuevo discurso;
- Expansión de una nueva práctica social;
- Expansión de la producción académica sobre el tema. Esta expansión produjo una dimensión poliédrica que se conforma a través de los estudios económicos, sociológicos, antropológicos, pedagógicos, demográficos, psicológicos y teológicos.

Los estudios económicos sostienen que estos niños/as son el subproducto social de las opciones equivocadas de los modelos económicos puestos en práctica en la región.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

Los abordajes sociológicos consideran que estos niños eran frutos de la marginación social de amplios sectores de la población como resultado de una *urbanización acelerada y planeamiento* del área rural hacia los grandes centros.

La antropología ha realizado aportes que revelaron las características culturales de la población de la calle, demostrando que sus maneras de vivir, ver y convivir se asentaban sobre otras bases distintas de aquellas consagradas por los modos legales y morales vigentes en nuestra sociedad.

Por su parte, la producción pedagógica tuvo dos vertientes:

- *la denuncia sistemática de la inadecuación de la educación escolar convencional a esa población;*  
 - búsqueda de construcción de un conjunto de: *concepciones, métodos y técnicas*, capaces para la construcción de una **pedagogía alternativa** que tenga como raíz y destino la realidad de los educandos.

Los estudios demográficos demistificaron de que se trataba de un fenómeno de dimensiones colosales, que es imposible de ser abordado a no ser que se produzca a una transformación estructural amplia y profunda del modelo de producción económico social vigente.

Los estudios psicológicos mostraron la extensión y la profundidad de las pérdidas y daños infringidos a la vida de esos niños/as y a las formas desarrolladas por ellos para enfrentar esas situaciones.

En cuanto al abordaje teleológico reveló (que las niñas/os de la calle con su simple presencia) la existencia de las estructuras de pecado social del viejo modelo de injusticia y opresión y anunció la posibilidad de un tiempo nuevo de justicia, fraternidad y paz.

A partir de estos análisis los/as niños/as de la calle pasaron a ser vistos como figura emblemática de la situación de parte de la infancia/adolescencia. Estos niños son agentes protagónicos en el campo de las luchas sociales, apareciendo el: *enfoque* “niños/as de la calle”.

Este enfoque ha producido dos consecuencias:

1) de naturaleza pedagógica: se dio en el interior de los programas que se estructuraron en base a:

- el no directivismo;
- directivismo democrático;
- el autogobierno;

2) de naturaleza político social: involucrar a los niños/as en procesos de luchas sociales presididas por la noción *de protagonismo infante juvenil*. Este posicionamiento hizo que los agentes sociales organizados saliesen de una posición de retaguardia en las luchas sociales y pasaran a asumir la primera línea junto a la lucha de los trabajadores, las mujeres, los negros, los indios.<sup>14</sup>

c) *Violencia en las instituciones*: La violencia en las instituciones puede adoptar la forma de castigo físico, limitaciones físicas, confinamiento en soledad, así como otros tipos de aislamiento, la obligación de llevar ropas distintivas, reducción de la dieta, restricción o negación del contacto con familiares o amigos, humillación verbal o sarcasmo. En algunos sistemas legales, los profesores u otros tutores tienen derecho a utilizar castigos físico y de otro tipo, derecho derivado de su posición *in loco parentis* (en el lugar de los padres). En otros, la autoridad para castigar es independiente de los maestros y otras personas ajenas a la familia y aparece de forma explícita en la ley. Una reforma legal para prohibir el castigo a

<sup>14</sup> *Ibidem*.

los/as niños/as debe, por supuesto, proteger a todos los/as niños/as en todos los contextos: en la casa, en otros contextos informales, en formas de cuidado no institucionalizados (familia de acogida, cuidados de día, etc.) y en todas las escuelas y otras instituciones.

d) *Violencia en el deporte*: La violencia física en el deporte, llevada a cabo tanto por los participantes como por los espectadores, se ha convertido en un tema de preocupación en muchos países. Así, hay países que han prohibido el boxeo. En cuanto a los atletas, llevados por el sueño de grandeza y riquezas, los entrenadores y los padres presionan a niños/as para que se sometan a duras sesiones de entrenamiento. Los jóvenes atletas se convierten en objetos que se comercializan en los mercados nacionales e internacionales. Otros niños son dopados por sus entrenadores para lograr un mayor rendimiento o forzados a seguir una dieta para clasificarse. Por cada niño/a que llegan a ser campeón, hay miles de niños y niñas que han sacrificado su infancia y en ocasiones su salud a cambio de muy poco, recibiendo a veces una educación que no es la adecuada.

## **6. Normativa internacional y responsabilidad del Estado. Medidas protectoras. Alternativas desde la perspectiva de los derechos**

La Convención Internacional de los Derechos del Niño destaca el derecho a la integridad física de todos los niños/as a ser protegidos de “cualquier forma de violencia física o mental”. En el Preámbulo afirma que el/la niño/a, por su inmadurez física y mental necesita protección y cuidados especiales y el artículo 19.1 obliga a que “(l)os Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico y mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

Otros artículos, elevados por el Comité de los Derechos del Niño a la categoría de Principios Generales, son importantes en el tema de la violencia, a saber:

- a) el artículo 2.2: “Los Estados parte tomarán todas la medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo de sus tutores o de sus familiares”, e interpretar que la violencia hacia los/as niñ@s no pueden justificarse, como sucede a menudo por motivos de tradición, cultura o religión;
- b) El artículo 3 que refiere al interés superior del niñ@ sea la consideración primordial a la hora de tomar cualquier medida que concierne a ellos;
- c) El artículo 6 que eleva el derecho de todos los/as niñ@, y el deber de los Estados de asegurar al máximo posible su supervivencia y desarrollo;
- d) El artículo 12 que subraya el derecho del niñ@ a expresar sus opiniones y a que sean tomadas en serio.

Estos Principios Generales son relevantes para todas las respuestas de la sociedad ante los comportamientos violentos contra las niñ@s y los jóvenes. Además hay otros artículos que obligan a los Estados a:

- Tomar medidas para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de niñ@s (24.3);
- Asegurar que la disciplina escolar se administre “de modo compatible con la dignidad humana del niño y en conformidad con la presente Convención” (28.2);
- Proteger a los niñ@ de la explotación sexual (34);

- Proteger a niñ@s del secuestro, la trata y la venta (35);
- Proteger a niñ@ de cualquier otra forma perjudicial de explotación (36);
- Proteger a niñ@s de torturas y “otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes” (37);
- Proporcionar rehabilitación a las víctimas de la violencia (39).

Aparte de la Convención tenemos tres documentos de Naciones Unidas que proporcionan normas aún más detalladas:

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing- 1985);
- Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD);
- Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990).

Del análisis del articulado de la CDN surgen una serie de **directrices** que deben ser de aplicación obligatoria en todo proceso proteccional o penal referido a niños o niñas maltratados, partiendo de la premisa de que ellos deben crecer en el seno de la familia en un ambiente que le garantice su desarrollo pleno y armonioso, como sostiene el Preámbulo de la CDN. Estas directrices se integran con el Código Penal y con las leyes de violencia familiar y todas las normativas en materia minoril.

La aplicación de estas directrices contribuyen a:

- otorgar seguridad jurídica y
- garantizar al niño/a, adolescentes, familiares de los victimario, familiares protectores, instituciones, profesionales de Acción Social, Educación, Salud y Justicia un encuadre jurídico.

Las directrices que forman parte del derecho constitucional argentino de fuente comunitaria (art. 75 inciso 22 CN) son:<sup>15</sup>

- a) el principio de no victimización;
- b) el principio de protección a la intimidad;
- c) la implementación de tratamientos específicos;
- d) el apoyo y sostén a los denunciantes, familiares y terceros; y
- e) el acceso de la problemática a organismos internacionales.

La aplicación de estas directrices es muy dificultosa porque las dos primeras chocan con otros principios de raigambre constitucional y las restantes colisionan con la situación socio-económica y la falta de especialización profesional.

Analizaremos ahora estos principios:

- a) *Principio de no victimización*: Esta directriz colisiona con el derecho de defensa del acusado en sede penal (artículo 18 de la CN) y ha sido muy dificultoso el camino tendiente a su reconocimiento. La Corte Suprema de Justicia de la Nación con un criterio pro victimológico, rechazó la enésima declaración de un niño presuntamente víctima de incesto paterno a la edad de cuatro años.<sup>16</sup>

La juez de instrucción había resuelto cuando el niño tenía 8 años volver a citarlo, para recibirle una nueva declaración testimonial y un nuevo peritaje psicológico, con el fin de establecer la verosimilitud del relato. La madre, en su carácter de querellante, se opuso a ello,

<sup>15</sup> Seguimos a Viar, Juan Pablo y Lamberti, Silvio. “Maltrato infantil intrafamiliar. Los derechos del niño-niña en el derecho comunitario y en el derecho judicial”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, N° 24, 2004, p. 118 y ss.

<sup>16</sup> Causa 42394, autos “M. A. y otros s/ Abuso deshonesto-Recurso de hecho”, en obra citada, nota 11, p. 118.

aduciendo el grave daño psicológico que este tipo de medidas ocasionaba a su hijo, al obligarlo a recordar una y otra vez la situación traumática vivida, con el efecto postraumático y el estado de estrés generado. Destacó la innecesariedad de la medida, ya que su hijo había concurrido en diez ocasiones a fin de someterse a declaraciones testimoniales y revisiones ante el Cuerpo Médico Forense y equipos especializados, la última de las cuales había ocurrido apenas dos meses antes de la citación actual. El Fiscal esgrimió los mismos argumentos. La juez rechazó estos argumentos, sosteniendo que las medidas ordenadas no importaban una nueva victimización del niño.

La Corte Suprema nacional acogió los argumentos del Procurado General de la Nación y de la madre del niño, revocando el fallo cuestionado.

La importancia del fallo radica en:

- 1) Es el primer precedente en que la CSJN amplía su doctrina de derechos humanos reconociendo que los sucesivos peritajes constituye una *revictimización*;
- 2) Fue un fallo suscripto por ocho de los nueve miembros;
- 3) Otorgó un aval jurisprudencial a los informes emitidos por los equipos especializados y a los marcos teóricos con los que trabajan, esto es el *corpus* teórico derivado de las investigaciones específicas en el campo de la violencia familiar y el maltrato infantil, adoptando una metodología acorde con el objetivo primario de preservar la integridad física y psíquica de las víctimas, anteponiéndola a cualquier otra consideración de orden teórico-técnico;
- 4) En cuanto al niño víctima, la Corte adopta la postura, según la cual es necesario no adoptar actitudes que importen su desvalorización o generen un nuevo maltrato, ahora institucional;
- 5) Reconoce que someter a la víctima a sucesivas pericias y declaraciones testimoniales pueden generar una victimización sobre el niño, situación ya planteada desde el derecho<sup>17</sup> y la psicología;<sup>18</sup>
- 6) Y por último reconoció la operatividad a los principios de la CDN, lo que trae como consecuencia que en sede penal el derecho de defensa en juicio del victimario encuentra su límite en el derecho de igual jerarquía constitucional de protección al niño/a.
  - b) *Principio de protección a la intimidad*: Este principio ha sido utilizado para limitar el derecho de libertad de expresión. La jurisprudencia ha sentado una recta doctrina legal aplicable a los casos de familia, a saber:
    - La Sala G de la CNA en fallo del 7-12-99 aceptó el pedido de la cautelante a fin de “evitar que el derecho a la intimidad de sus hijos menores pueda verse virtualmente afectado, ante la posibilidad que propicia en general la labor informativa de la prensa y que, en definitiva, directo o indirectamente incursiona en el terreno familiar, proceder que puede redundar negativamente sobre la salud psicofísica y espiritual de los menores [...] Corresponde tener en cuenta que las personas, por el sólo hecho de su existencia, tienen la protección del derecho que se manifiesta en diversas formas; ante todo por ciertos atributos jurídicos, que se estiman inseparable de ellas, o sea, los derechos a la personalidad, al nombre, al estado, la capacidad y el domicilio. Innatos del primero son el derecho a la vida, al honor, a la libertad

<sup>17</sup> Rosanski, Carlos Alberto. “El testimonio de la niña abusada en el juicio oral”, en *Evaluando acciones, Impulsando proyectos*. Bringiotti, María Inés y Lamberti, Silvia. Asapmi. El Aleph, Buenos Aires, 2002.

<sup>18</sup> Baita, Sandra. “Impacto de los procesos legales en niños víctimas de abuso sexual”, en *Bioética y Bioderecho. Cuestiones Actuales*. Blanco, Luis (compilador). Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2002.

e integridad (conf. entre otros Borda, Guillermo Tratado [...] Parte General T 1, p. 301 y ss). Por otra parte, decididamente vinculado con la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Ley 23849 (conf. ADLA p. 363; arts. 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) que con toda amplitud primordialmente tiene por objeto el interés superior del niño, en particular la protección de injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, su domicilio, su correspondencia, ni ataques a su honra y a su reputación (arts. 3, 16, 24, 27,39 y concordantes; conf. asimismo Cifuentes, Santos: La intimidad y el honor de los vivos y de los muertos ED 162- 404)".<sup>19</sup>

- Con análoga base constitucional y comunitaria, a los que se agregaron fundamentos de sociología jurídica, un fallo de primera instancia ha señalado que “el alcance de la reserva que pesa sobre el trámite de expedientes en los que se ventilan cuestiones de familia (art. 64 inc. b RJN) se refuerza en aquellos casos en los que están en juego cuestiones atinentes a personas menores de edad, cuyo interés superior importa entre otros aspectos la necesidad de no difundirlas públicamente. De no ser así, su intimidad –derecho de raigambre constitucional y comunitaria– queda expuesta y vulnerada, aun en aquellos casos en los que sus propios padres, tutores o guardadores sean quienes se ocupen de darle difusión, pese a la obligación de cuidar de la privacidad de sus representados [...] Lo expuesto resulta no sólo de la revalorización de la infancia y de la adolescencia que caracterizó el derecho comunitario del siglo XX, sino de la protección a la intimidad que a esas etapas dicho derecho les garantiza y que como normas constitucionales han sido receptadas por el estado argentino. Es con este alcance con el que deben interpretarse los preceptos constitucionales referidos a la cuestión, dando preeminencia al derecho a la intimidad de las personas menores de edad frente a la libre expresión de los adultos (arts. 14, 19,31, 33 y 75 inciso 22; artículo 3 inciso 1, 4 y 16 CD y arts. 12 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica) (LL1994-B 1615). No se trata entonces de cortarles el derecho constitucional a la libre expresión, sino de evitar que- por su sola invocación- se hagan públicas cuestiones relativas a la actuación judicial en un caso que involucra a niños y/o adolescentes, máxime cuando aquellos tienen a su alcance las vías procesales adecuadas para la revisión, control e impugnación de los actos de los magistrados, funcionarios y demás auxiliares de justicia”.<sup>20</sup>

Esta corriente jurisprudencial es alentadora, pues se dirige a resguardar la intimidad de niñas/os y adolescentes, evitando la difusión de su identidad y de fragmentos de los hechos que se ventilan en los expedientes judiciales. Estos fallos demuestran el límite al derecho de libre expresión frente al derecho a la intimidad de niñas y niños que encuentra fundamento en la necesidad de privilegiar el *interés superior del niño*. El *interés superior* apunta en esta materia, a preservar la intimidad de las personas de los/as niños y niñas maltratados. Esta intimidad fue expuesta ante jueces, abogados, peritos, consultores técnicos, partes durante el trámite del proceso y no merece una difusión masiva pues sería generadora de una nueva victimización.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal por acordada N° 2 de agosto de 1981, recordó a los magistrados la obligación insoslayable de *procurar proteger la reserva y la discreción respecto de aquellos actos que por íntimos y personalísimos*

<sup>19</sup> “B.A. y B. J. y otros s/ Medidas Precautorias”, en obra citada, nota 11, p. 120. También Sala C, fallo del 3-10-1996 “PVA”, LL 11-6-1997.

<sup>20</sup> Juzgado Civil de Primera Instancia N° 25 fallo 25-9-2001, en nota 11, p. 121.

*resulta más conveniente que escapen al conocimiento general prematuro, resguardando un eventual perjuicio irreparable para los individuos y para la sociedad toda.*

En materia penal está la Ley 20056 que prohíbe en todo el territorio del país la publicación de episodios relacionados con menores de 18 años de edad que estén incurso en delitos y contravenciones, o que sean víctimas de ellos, o que se hallen en estado de abandono o peligro moral o material, o cuando con la publicidad se exhiba al menor, o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera tal que puedan ser identificados. Esta norma persigue un fin tuitivo evitando que del conocimiento de ciertos hechos pueda derivarse el agravamiento al daño que la víctima menor de edad ha sufrido.<sup>21</sup>

A estos fundamentos debe agregarse el del artículo 16 de la Constitución Nacional que permite a los jueces tomar las medidas que estimen idóneas para proteger la intimidad de los niños/as contra toda injerencia incluyendo las de carácter precautorio. Aún cuando estas soluciones son para el caso particular, llenan un vacío en la doctrina judicial atinente a los derechos humanos de las personas de niños/as víctimas de maltrato intrafamiliar, pudiendo ser citadas como antecedente.<sup>22</sup>

c) *Implementación de tratamientos específicos*: Este tópico es novedoso y suerte la directriz del derecho comunitario, pues la Constitución Nacional y sus sucesivas reformas nada preveía. En este sentido el artículo 19 de la CDN establece como medidas de protección al niño maltratado “procedimientos eficaces con el objeto de proporcionarle la asistencia necesaria tanto a su persona, como a quienes cuidan de él”. Dicha norma concuerda con el artículo 39 del mismo cuerpo legal en cuanto dispone “la adopción de todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social del niño víctima de cualquier clase de abuso”. Lo expuesto tiene su correlato con la necesidad de tender al interés superior del niño. En este sentido las leyes proteccionales de violencia familiar se caracterizan por el reconocimiento de la especificidad de la problemática y la implementación de tratamientos especializados que prevén.

En nuestro país son cada vez menos los servicios de violencia familiar dependientes de la salud pública y los existentes están superados por las demandas de tratamientos provenientes no sólo de los sistemas judiciales, sino también de los particulares. En cuanto a las obras sociales y a las medicinas prepagas, carecen de la prestación de esta especialidad.

d) *Apoyo y sostén para denunciantes, familiares y terceros*: En cuanto a la faz proteccional de los terceros es una novedad incluida en el texto constitucional argentino a través del derecho comunitario. Si bien esta temática ha tomado vida propia mediante el artículo 19 CDN, lo cierto es que las leyes de violencia se muestran poco proclives a brindar protección, dejando descansar la temática en normas de fondo, es decir, en el CC artículo 1071 y en el CP en el artículo 34 inciso 4.

e) *Acceso a organismos internacionales*: Esta vía está prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos e implementada mediante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. 33 a 73).

<sup>21</sup> Ver Zannonni, Eduardo y Biscaro, Beatriz. *Responsabilidad de los medios de prensa*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 188. Bidart Campos, Germán. “Identidad, filiación y privacidad de una menor en su juicio de filiación paterna: Nada de vedetismo informativo”. ED 145-415.

<sup>22</sup> Cámara Nacional Civil, Sala C “PVA”, ya citada. Ver el dictamen del defensor de menores de Cámara y la nota al fallo de Ekmekdjian, Miguel Angel: “El derecho a la intimidad. La Convención sobre los Derechos del Niño. El orden jerárquico de los derechos y la libertad de prensa”. LL del 11-6-1997.

La CDN no incluye norma que habilite el acceso a dichos organismos internacionales, pese a ello, pueden intervenir, pues el maltrato infantil intrafamiliar viola los derechos humanos, que es uno de los pilares sobre los que se asienta el actual texto de la CN (art. 75, inc. 22).

Esta intervención se refuerza pues la Convención de la mujer (Ley 24632) habilita la protección internacional en el Capítulo IV, sin distinguir si es adulta, niña o adolescente, En consecuencia aplicando el principio de igualdad ante la ley las víctimas “niños” también pueden acceder a dicha instancia supranacional.

## 7. Violencia y Estado

En cuanto a la responsabilidad del Estado, es deber de este de asegurar que no queden impunes los responsables de la violencia. Sin embargo, las políticas e inercia del Estado a menudo conducen a que las violencias cometidas en la esfera doméstica sean toleradas e incluso contribuyen a su supervivencia. Los Estados tienen un doble deber según el derecho internacional en materia de derechos humanos. No sólo se les exige que no cometan violaciones de esos derechos, sino que también se les pide que las prevengan y que tomen medidas para hacerles frente.<sup>23</sup>

## 8. Normativa provincial

En el mes de noviembre de 1997 se sancionó en nuestra provincia la Ley 11529 llamada de violencia familiar, que vino a sumarse a una tendencia generalizada en la legislación, dando respuesta a la invitación formulada por el legislador nacional.<sup>24</sup> La norma asimismo, se encuadra dentro de la obligación asumida por el Estado en diversos tratados internacionales que gozan hoy de rango constitucional en razón de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional.

Desde otro lugar vemos que el maltrato infantil involucra dos normativas, la ley de violencia familiar y la ley de protección integral de niños/as y adolescentes. La primera fue sancionada con anterioridad a la segunda, por eso, no se complementan entre sí, apareciendo el interrogante de si se debe conjugar el sistema administrativo-judicial de la Ley 26061 con el exclusivamente judicial de la ley de violencia familiar, situación que vamos a dilucidar a lo largo de este análisis.

### 8.1. Conceptos Previos

La Ley 11529 no define la *violencia*, sino que establece las personas que están comprendidas:

Artículo 1: “Quedan comprendidas en las disposiciones de la presente ley, todas aquellas personas que sufriesen lesiones o malos tratos físicos o psíquicos por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar”, pero sí lo hace el decreto reglamentario 1745/2001:

“Artículo 1: A título enunciativo y a los fines de la aplicación de la Ley 11529, violencia familiar es toda acción u omisión ejercida por un integrante del grupo familiar contra otro que produce un daño no accidental en lo físico, psíquico, sexual o patrimonial.

Se entiende por violencia física toda acción u omisión que arriesga o daña la integridad corporal de una persona. Se entiende por violencia psicológica toda acción u omisión

<sup>23</sup> Innocenti Digest. *La violencia doméstica contra mujeres y niñas*. UNICEF, N° 6, Florencia, Italia, junio de 2000.

<sup>24</sup> Artículo 9 de la Ley 24417.

destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, emocional, la autodeterminación o el desarrollo personal.

Se considera comprendida, dentro del alcance de la violencia psicológica, el incumplimiento del deber o del derecho de un adecuado contacto con los hijos no convivientes, medie o no resolución judicial previa. Así también, la negativa a brindar información sobre la identidad de una persona por parte de un familiar o presunto familiar.

Se entiende por violencia sexual toda acción que obliga a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales con la persona que despliega la acción o con un tercero, mediante el uso de la fuerza física, amenaza, chantaje, soborno, manipulación o cualquier otra conducta que anule o limite la voluntad personal.

Se entiende violencia patrimonial toda acción u omisión que implique perjuicio, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos, destinados a satisfacer necesidades que conlleven un riesgo de daño inminente en la salud física o psíquica o la vida de algún miembro del grupo familiar. Queda comprendido dentro del alcance de violencia familiar el incumplimiento de los deberes de asistencia alimentaria”.

Como podemos observar, el decreto reglamentario, optó por incluir en el concepto de violencia la mayor cantidad de conductas con la finalidad de evitar la incertidumbre que muchas veces se produce cuando la conducta de que se trata no está tipificada en la norma o la definición que ésta da es ambigua. Esta es una diferencia con al ley nacional de violencia 24417 que optó por no dar un concepto de violencia ni realiza una enumeración de los distintos comportamientos configurativos de la misma, dejando a cargo del juez determinar en la práctica qué circunstancia de hecho importan situaciones de violencia.

La doctrina ha venido sosteniendo que las leyes de protección a la violencia, no están destinadas a cualquier situación violenta, sino que debe tratarse de “una relación de abuso crónica, permanente o periódico, no estando incluidas en la definición las situaciones de maltrato infrecuentes o esporádicos”. Parece acertada la limitación establecida, puesto que la relación familiar, debe sortear situaciones conflictivas que a veces resultan ser violentas, sin que esos hechos estén incluidos en la ley de protección a la violencia. Por otro lado, hay hechos de tal envergadura y gravedad que sin necesidad de reiteración o cronicidad, tipifican la situación familiar como violenta, ya que su repetición pondrá en peligro la salud e incluso la vida de la víctima, que merecen ser protegidas por la ley en estudio.

*Grupo familiar:* la ley entiende por tal “la surgida del matrimonio o uniones de hecho, sean convivientes o no, comprendiendo ascendientes, descendientes y colaterales” (art. 1), cuando se refiere a los parientes es sin límite de grado, sean consanguíneos o afines.

En conclusión quedan comprendidas todas las agresiones cometidas entre ascendientes, descendientes, colaterales, ya sea que residan en el mismo hogar, como en domicilios distintos, incluyendo a la esposa, la concubina, separada o no. También están comprendidas aquellas parejas unidas por vínculos sentimentales: ejemplo noviazgos.

## 8.2. Naturaleza del proceso de violencia

Un posible camino para intentar mejorar el sistema judicial parece ser aquel que aboga por la prevalencia de la inmediatez y la oralidad, el activismo judicial repotenciado, el

ensanchamiento del elenco de los legitimados y la ampliación de la protección cautelar a los fines de evitar el riesgo de una sentencia justa pero ineficaz.<sup>25</sup>

En este sentido la doctrina ha comenzado a elaborar el concepto de **procesos urgentes** como género que comprende en su seno a las medidas cautelares, pero también a otro tipo de soluciones diferenciables y con caracteres propios, como son las resoluciones anticipatorias y las medidas autosatisfactivas.<sup>26</sup>

Parte de la doctrina<sup>27</sup> sostiene que el único objeto de estos procedimientos es la prevención o cesación de un daño, independientemente de los reclamos que las partes puedan formular en otros procesos de conocimiento. La característica de estos procesos urgentes es el principio de celeridad, que obliga a reducir el conocimiento y a postergar la bilateralidad a fin de obtener una tutela eficaz.

En este contexto se deben ubicar las leyes de violencia familiar, pues se crea un procedimiento judicial especial cuya finalidad es intervenir a fin de evitar abusos y malos tratos.

### 8.3. La presentación

El artículo 2 de la ley en estudio, establece que “las presentaciones autorizadas por esta ley, pueden efectuarse en forma verbal o escrita” ante el juez interviniente o el juez competente, facilitando el acceso a la justicia a la persona que está siendo víctima de una situación de maltrato.

La reglamentación aclara que se entiende por presentación “poner en conocimiento del juez, cualquiera sea su competencia, o del Ministerio Público, el hecho o situación de violencia”.

Es una demanda *strictu sensu*, pues entre otras cosas, el actor no está obligado a señalar cuál es la medida que el juez debe tomar, solamente pide protección. La ley santafesina reconoce un “*jus postulandi* (aptitud técnica para formular postulaciones en sede judicial) del agredido para presentarse derechamente ante los estrados judiciales, sin que sea menester asistencia jurídica-técnica alguna. A pesar de los loables propósitos del legislador que apuntó a desembarazar de todo obstáculo a la presentación del agredido, la asistencia letrada, provenga de donde fuera (el Ministerio Público, un cuerpo de abogados creado al efecto, letrados de la Defensoría del Pueblo, etc.) no sólo cumpliría con la función de encuadrar jurídicamente de manera correcta la cuestión, sino que también funcionaría a modo de contención de la víctima. De otro modo, muchas veces ocurrirá que ésta se presenta ante el juez con toda la carga psíquica de la agresión sufrida y el juez se verá en la obligación de adoptar actitudes apaciguadoras con distracción de sus tareas jurisdiccionales específicas”.<sup>28</sup>

Asimismo la ley en su artículo 11 dice expresamente “En todas las cuestiones de procedimiento no previstas en la presente ley, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimientos de la provincia de Santa Fe” que en su artículo 31 establece la obligatoriedad de hacerse representar por apoderado inscripto en la matrícula, excepto cuando actúe

<sup>25</sup> Saux, Edgardo Ignacio. “Reflexiones sobre la condición posmoderna y sus proyecciones jurídicas”. JA 1995-II-953.

<sup>26</sup> De los Santos, Mabel. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”. JA 1997-IV-800.

<sup>27</sup> Morello, Augusto Mario. “La cautelar satisfactiva”. JA 1995-IV-414. De los Santos, Mabel. “La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados procesos urgentes”. JA 1996-I-633.

<sup>28</sup> Peyrano, Jorge. “Anotaciones provisorias a la Ley 11529 de Protección contra la violencia familiar”, en *Revista de doctrina y jurisprudencia*, N° 35. Santa Fe, 1998, p. 161.

con firma de letrado, con el objeto de que la parte esté debidamente asistida y se vea resguardado su derecho de defensa, a la vez que las normas del debido proceso.

Si bien es factible la presentación sin patrocinio letrado, se considera que las presentaciones siguientes deben ajustarse a las normas procesales.<sup>29</sup>

### 8.3.1. Forma

El artículo 2 establece que “las presentaciones autorizadas por esta ley, pueden efectuarse en forma verbal o escrita”, pero como dice Peyrano las postulaciones verbales también deben realizarse con intervención actuarial, por lo que el secretario del juzgado se verá obligado a producir un informe cuando se lo requieran.<sup>30</sup>

Los *caracteres del trámite* son:

- los procesos serán reservados, con excepción del agresor, sus representantes legales y los expertos designados por el juez;
- la presentación es gratuita, es decir no se abonarán sellados ni boletas de aportes al Colegio de Abogados y a la Caja de Jubilaciones;
- si se trata de menores intervendrá en su nombre y representación el Asesor de Menores, quien deberá tomar conocimiento directo y personal del niño/a/adolescente artículo 149 inciso 3 Ley 10160 reformado por Ley 11452.<sup>31</sup>

### 8.3.2. Ante quién se debe formular la presentación:

- 1) Ante cualquier juez;
- 2) Ante el Ministerio Público:
  - Fiscales,
  - Defensores Generales,
  - Defensores Zonales.

Si se inicia ante el Ministerio Público, se deberá ingresar la presentación por Mesa de Entrada única, realizándose el sorteo de forma inmediata a fin de determinar el Juzgado donde tramitar. Se debe incluir el nombre completo y el domicilio tanto de la víctima como del agresor, estableciéndose la relación que las une (sea de parentesco o de afecto). Si es posible se debe agregar la prueba que se tuviere, por ejemplo, testigos, periciales médicas o psicológicas.

El decreto reglamentario establece que “(e)ntiéndese por juez interviniente el primer juez que interviene ante el hecho de violencia presentado, el que podrá tomar medidas preventivas. En las localidades en las que no existan tribunales competentes en materia de familia, deberá asegurar el cese de la situación de violencia previo a la remisión de las actuaciones al juez competente”, y la ley dice: “Será juez competente a los fines de la aplicación de la presente ley, el de trámite de los tribunales colegiados de Familia y donde éstos no estuvieren constituidos, el juez con competencia en cuestiones de Familia”. Esta disociación se justifica, en la existencia de una geografía muy extendida.

<sup>29</sup> Lamberti, Silvio y Sánchez, Aurora. “Régimen jurídico de la violencia familiar. El sistema de la Ley 24417 y su decreto reglamentario” en *Violencia familiar y abuso sexual*. Lamburti, Silvia y otros. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998, ps. 98 y 163.

<sup>30</sup> Peyrano, Jorge. *Ob. cit.*, p. 164.

<sup>31</sup> Artículo 149: Les compete, inciso 3, “en todos los casos deberán tomar conocimiento personal del menor, de sus representantes legales o guardadores y oír a los mismos cuando lo soliciten”.

### 8.3.3. Legitimados para efectuar la presentación

En primer lugar debemos distinguir entre los legitimados para comunicar y aquellos que son parte en el proceso.

Los legitimados para efectuar la presentación están mencionados en el artículo 3 de la ley en estudio:

- servicios asistenciales públicos o privados, ejemplo: dispensarios, hospitales, sanatorios, consultorios;
- servicios sociales;
- servicios educativos públicos o privados, ejemplo: la dirección de la escuela, la maestra, profesores;
- los profesionales de la salud: médicos/as, psicólogos/as, psiquiatras, enfermeras;
- cualquier funcionario que en razón de sus funciones accedan al conocimiento de una situación de violencia familiar: están comprendidos todas las personas dependientes de la Administración Pública que tomaren conocimiento de los hechos en razón de su desempeño.

Éstos, una vez asistida la víctima, deberán efectuar la presentación ante el Ministerio Público.

Si la presentación fuera realizada por una persona física, perteneciente a alguno de los servicios legitimados, podrán solicitar que la presentación verbal sea con reserva de su identidad, a los efectos de preservar su integridad y la de su grupo familiar.

La obligación de comunicar no viola el secreto profesional, ya que el artículo 156 del CP establece pena para quien en razón de su estado, oficio, empleo o profesión o arte revelare un secreto profesional que pueda causar daño, pero exige para la tipificación de la figura delictual que se revele **sin justa causa**, por lo tanto, cuando se comunica un hecho de violencia, se lo hace **con causa justificada**.

El ordenamiento penal establece sanciones cuando no se realiza la denuncia por parte de los funcionarios públicos, por ejemplo, incumplimiento de los deberes de funcionario público, considerando otros autores que además debería facultarse al juez competente en materia de familia para imponer una multa a quienes no denuncian estando obligados a hacerlo, sobre todo cuando se trata de niñas y niños.<sup>32</sup>

La razón de esta legitimación, surge por las particularidades que presenta esta problemática, puesto que en muchas ocasiones el afectado es invadido por el miedo y se ve imposibilitado de ejercer su derecho de poner en conocimiento de las autoridades pertinentes la violencia que padece.<sup>33</sup>

La legitimación para denunciar no hace al denunciante parte en el proceso, ya que esta calidad sólo está reservada a la víctima y al agresor, sus representantes legales y el Ministerio Público, en su caso.<sup>34</sup>

La reglamentación a este artículo incorpora la reserva de la identidad de todos aquellos que están legitimados para poner en conocimiento del Tribunal una situación de violencia, debiendo extenderse una constancia escrita: “Toda persona que conozca una situación de

<sup>32</sup> Di Lella, Pedro y Di Lella, Pedro (h). “La ley de protección de la violencia familiar de la Provincia de Buenos Aires”. JA, 2001-II-1269.

<sup>33</sup> Castro, Alicia y otros. “Aplicación de la Ley 24417 en los Juzgados de Primera instancia con competencia en familia y asesorías de menores de la Capital Federal”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Nº 12. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 189.

<sup>34</sup> Di Lella, Pedro y Di Lella, Pedro (h). “La ley contra la violencia familiar de la provincia de Buenos Aires”. JA 2001-11-1258.

violencia familiar podrá ponerla en conocimiento de los legitimados a realizar la presentación según el Artículo 3 de la Ley. Si la presentación fuera realizada por una persona física perteneciente a alguno de los servicios legitimados para hacerla, podrá solicitar que la presentación verbal sea con reserva de su identidad, a los efectos de preservar su integridad y la de su grupo familiar. A fin de salvar su responsabilidad el tribunal o los jueces extenderán una constancia escrita para su uso privado”.

Esta disposición no existe en la ley nacional de violencia, siendo un ejemplo que debe ser seguido.

#### **8.4. Las medidas autosatisfactivas y la Ley 26061**

Un posible camino para intentar mejorar el sistema judicial, parece ser aquel que aboga por la prevalencia de la intermediación y la oralidad.

El maltrato infantil involucra las dos normativas, la ley de violencia familiar y la ley de protección integral de niños/as y adolescentes. La primera fue sancionada con anterioridad a la segunda, por eso, no se complementan entre sí, apareciendo el interrogante de si se debe conjugar el sistema administrativo-judicial de la Ley 26061 con el exclusivamente judicial de la ley de violencia familiar.

Para dilucidar ese interrogante debemos primero establecer la naturaleza de las medidas autosatisfactivas y de las medidas de protección y las medidas excepcionales.

Las *medidas autosatisfactivas* son aquellas por las cuales los justiciables hacen un requerimiento al órgano jurisdiccional que se agota con su despacho favorable, en supuestos en los que ocurre una situación de “urgencia” que reclama una rápida solución jurisdiccional.<sup>35</sup>

Con respecto a las *medidas de protección*, tienen por objeto la preservación y/o restitución a las niñas, niños y adolescentes del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias (art. 34, Ley 26061). El artículo 36 dice que son todas aquellas acciones que no impliquen privación de la libertad.

Son *medidas excepcionales* aquellas cuyo elemento tipificador es la separación del niño, niña y adolescente de su familia de origen y su ubicación en otro ambiente familiar.

Se considera que se dan tres tipos de situaciones fácticas que darán lugar a la separación de una niña o niño de su familia:<sup>36</sup>

- I) aquellas que instan la separación transitoria, por lo cual, a la luz del derecho de vivir y/o permanecer en la familia de origen, se deberá focalizar la intervención hacia el reintegro o regreso del niño, niña y adolescente a su familia en sentido amplio, de conformidad con el artículo 7 del decreto reglamentario 41/2006, es decir, abarcativo de los progenitores, algún miembro de la familia ampliada o referente afectivo;
- II) aquellas situaciones excepcionalísimas que dan lugar a la decisión de separar en forma permanente al niño/a de su núcleo familiar (por ejemplo abuso sexual, abandono de una niño o niña en la vía pública);
- III) los supuestos que comienzan siendo de separación transitoria, pero en los que la provisionalidad se sostiene en el tiempo, culminándose en una separación permanente a través de la figura de la adopción (artículos 311 y siguientes del CC).

<sup>35</sup> Peyrano, Jorge. “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas”. LL 1998-A-968.

<sup>36</sup> Gil Domínguez, Andrés; Farná, María y Herrera, Marisa. “Las medidas excepcionales previstas en la Ley 26061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. LL del 26/9/2007 p. 1 y siguiente.

El artículo 39 del decreto ley 415/2006 establece que la garantía del interés superior del niño/a y adolescentes posibilita la separación o no permanencia en el medio familiar cuando se verifiquen “circunstancias graves que amenacen o causen perjuicios a la salud física o mental de la niña, niño y adolescentes y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño”. Esta aclaración tiene por objeto erradicar prácticas judiciales o administrativas revictimizantes, cuando sin adoptarse otras medidas para garantizar el alejamiento del agresor, sea el niño /a quien termine separado de su grupo familiar.<sup>37</sup>

Entre las medidas autosatisfactivas y las medidas excepcionales existen diferencias importantes, que nos van a permitir elegir, cual sistema es más conveniente para los casos de violencia contra niños/as y adolescentes:

1) Las medidas autosatisfactivas de la Ley Violencia Familiar (LVF) son resueltas por el juez interviniente, en cambio las medidas excepcionales son dispuestas por el órgano administrativo y la actividad judicial surge en una segunda etapa, para ejercer el control de legalidad de las medidas de separación adoptada;

2) Las medidas autosatisfactivas no tienen un plazo fijado por la LVF, mientras que las medidas excepcionales tienen un plazo de duración que “no puede exceder de 90 días [...] y deberá quedar claramente consignado al adoptarse la medida” y cuando sea necesario prorrogarla, pues persisten las causas que le dieron origen, deberá:

- a) fijarse un nuevo plazo de duración que no debe superar los noventa días;
- b) se deberá notificar a las partes el acto fundado por el cual se decide la prórroga;
- c) será susceptible de control judicial formal y sustancial.

3) Las medidas autosatisfactivas tienden a poner fin a situaciones de violencia familiar contra niñas, niños, adolescentes y adultos, mientras que las excepcionales se refieren a situaciones en que los damnificados son niños/as y donde los adultos son los autores de los hechos de violencia.

Frente a estas diferencias, en respuesta al interrogante de cuál sistema aplicar, entiendo que ante situaciones de maltrato grave debe intervenir el juez, pues cuenta con el imperio *juris*, pudiendo ordenar medidas urgentes. De este modo, las medidas autosatisfactivas de la LVF constituyen verdaderos actos jurisdiccionales, por lo tanto, en cabeza del Poder Judicial, no siendo de aplicación las medidas excepcionales de la Ley 26061.

## 8.5. Medidas autosatisfactivas. Tipos

Al tomar conocimiento de los hechos denunciados el juez interviniente podrá optar por alguna de las medidas previstas en el artículo 5 de la ley, sin perjuicio de la obligación de disponer una posterior audiencia. Es la propia ley la que permite al juez dictar la medida autosatisfactiva sin mayores requisitos que la propia denuncia y sin que a ella deba concurrir la verosimilitud en el derecho invocado.

El decreto reglamentario refiriéndose al artículo 5 establece: “Hasta tanto no cese la situación de violencia, el juez interviniente deberá prever que las citaciones a las partes para

<sup>37</sup> Lerner, Gabriel. “La redefinición de las funciones de las organizaciones administrativas y judicial en la protección de los derechos de los niños en la Ley 26061”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Nº 35. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 29.

comparecer ante el juzgado, sean efectuadas de tal forma que impidan la coacción física y/o moral del presunto agresor sobre la presunta víctima”.

Elas son:

- 1) Excluir al agresor del hogar;
- 2) Prohibir el acceso del agresor a determinados lugares (hogar, escuela, lugar de trabajo, etcétera);
- 3) Disponer el reintegro al hogar de la persona que se tuvo que retirar como consecuencia de la agresión;
- 4) Determinar provisoriamente la cuota alimentaria;
- 5) Determinar provisoriamente la custodia de los hijos/as menores de edad;
- 6) Fijar el derecho de comunicación
- 7) Recabar informes;
- 8) Podrá ordenar la reparación o restitución al estado anterior de las cosas dañadas por los hechos de violencia (decreto reglamentario).

El juez interviniente debe remitir en forma inmediata las actuaciones al juez competente. ¿Quién es el juez competente? El juez de trámite de los Tribunales Colegiados de Familia en las jurisdicciones en donde estuvieren constituidos y en los lugares donde no los hubiere será competente el juez que tuviere a su cargo las cuestiones de familia.

La segunda parte del artículo 5 establece: “El juez tendrá amplias facultades para disponer de las precedentes medidas enunciativas en la forma que estime más conveniente con el fin de proteger a la víctima, hacer cesar la situación de violencia, y evitar la repetición de hechos de agresión o malos tratos. Podrá asimismo, fijar a su arbitrio y conforme a las reglas de la sana crítica el tiempo de duración de las medidas que ordene, teniendo en cuenta el peligro que pudiera correr la persona agredida, la gravedad del hecho o situación denunciada, la continuidad de los mismos, y los demás antecedentes que se pongan a su consideración. Posteriormente a la aplicación de las medidas urgentes antes enunciadas, el juez interviniente deberá dar vista al Ministerio Público y oír al presunto autor de la agresión a los fines de resolver el procedimiento definitivo a seguir”.

La fijación del tiempo de duración de la medida es de carácter facultativo para el juez. Hay autores<sup>38</sup> que sostienen que el plazo debe ser breve, puesto que durante la vigencia de la medida se estarían suspendiendo derechos fundamentales que exigen su restablecimiento tan pronto como pueda ser posible. “El plazo existe para investigar la existencia del hecho y determinar si hay o no certeza suficiente para disponer una medida autosatisfactiva o, en su caso, la sentencia que corresponda”.<sup>39</sup>

El decreto reglamentario establece: “Hasta tanto no cese la situación de violencia, el juez interviniente deberá prever que las citaciones a las partes para comparecer ante el juzgado, sean efectuadas de tal forma que impidan la coacción física y/o moral del presunto agresor sobre la presunta víctima. Dentro de las medidas enunciadas el juez podrá ordenar la reparación o restitución al estado anterior de las cosas dañadas por los hechos de violencia”.

<sup>38</sup> Sojo, Agustín. “Cambio de tenencia a través de medidas cautelares y autosatisfactivas”, en *Revista de Derecho de Familia*. N° 39. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, marzo/abril 2008, p. 168.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

Pasaremos ahora a ver alguna jurisprudencia sobre las medidas autosatisfactiva: “La **exclusión de la vivienda** del maltratante o la inclusión de las víctimas del maltrato familiar, a la persona que se encuentre en condiciones más desfavorables para conseguir albergue, tutelándose primordialmente al núcleo integrado por el progenitor y los hijos a su cargo. Es que para que se cumpla con la finalidad de la Ley 24417 y no se someta a quienes han sufrido violencia a una doble victimización corresponde, dentro del marco del proceso, asegurar una vivienda donde aquéllos puedan habitar y desarrollarse, como también la fuente de trabajo mediante la cual la madre procura el sustento de sus hijos. De otro modo se violentarían normas constitucionales, como la CDN<sup>40</sup> (en el caso existía un kiosco que siempre atendió la pareja, no habiéndose acreditado que hubiere otra persona titular ajena al grupo familiar).

¿Puede el agresor solicitar su reintegro del domicilio del que ha sido excluido? Puede hacerlo dentro del mismo proceso, probando que ha cesado el estado de riesgo. Para acreditar ese extremo debe acreditar que se ha sometido a algún tipo de terapia, así lo ha dicho el Tribunal de Familia de Formosa: “El excluido mejoraría su posición jurídica y lo que es más importante, la relación vincular y afectiva con su familia, si asistiera a los grupos de autoayuda, no sólo de AA, sino de la Fundación Resurgir, que trabaja con hombres maltratadores. Es que la clave de bóveda de la ley es la recuperación de la paz familiar a través del auxilio de las ciencias que pueden tratar y curar o mitigar las causas de la violencia familiar”.<sup>41</sup>

En cuanto a la **prohibición de acercamiento** un juez de primera instancia prohibió el acercamiento del varón al domicilio de su cónyuge y sus hijos, el hombre apeló la medida fundándose en que se impedía el ejercicio de su profesión, o sea, restringía su garantía constitucional a trabajar. El tribunal de apelaciones aclaró que la condena debía interpretarse de la siguiente manera: la prohibición es de acercarse con intención de contactarse con las personas mencionadas, sin que ello signifique obstruir al demandado el normal desempeño de su actividad profesional en el radio vedado a su ingreso.<sup>42</sup>

El inciso 4 del artículo 5 de la ley en análisis se refiere a la **fijación de alimentos**. Es criticada la inclusión de este reclamo dentro de las medidas autosatisfactivas, por ello, si el reclamo fuera sólo alimentario, la petición es extraña a la LVF. En cambio si está enmarcada como complemento de la exclusión, el juez debe fijarlos, puesto que si no lo hiciera sería inviable la medida del inciso 1 del artículo 5, pero se debe “dejar al prudente arbitrio judicial determina en qué casos la fijación de alimentos debe o no completar su decisorio”.<sup>43</sup>

Otra de las medidas establecidas es la custodia y el régimen de comunicación, y en ese sentido se ha resuelto “que no corresponde decidir en forma definitiva cuestiones vinculadas con el cambio en el ejercicio de la tenencia de los niños; pero ello no obsta a que se acceda a lo solicitado por el defensor de menores en cuanto a que se disponga con carácter preventivo y transitorio que la abuela paterna ejerza el cargo de guardadora de ellos hasta tanto aparezcan salvados los innumerables escollos que trasunta la relación entre ambos padres, dado que es imprescindible mantener un fluido contacto de los niños y sus padres, también corresponde fijar un régimen de visitas que así lo permitan”.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> CNC, Sala H 16-7-1997. LL 1998-B-246. La negrita es mía.

<sup>41</sup> Tribunal de Familia de Formosa, 4-9-98 LL Litoral, 1999, p. 69 y ss.

<sup>42</sup> CNC, Sala C 18-5-2000. ED 191-133.

<sup>43</sup> Di Lella, Pedro y Di Lella, Pedro (h). *Ob. cit.*, p. 1264.

<sup>44</sup> CNC, Sala C, 6-7-2000, ED 1991-108.

Las medidas del artículo cinco tienen el carácter de enunciativas, por lo tanto, los “magistrados podrán ordenar medidas que contribuyan a dar mejor solución al conflicto, ya sea al atacar la causa de la violencia o al prevenir futuros actos violentos. Para ello se puede recurrir a ordenar que la persona agresiva o todo el grupo familiar realicen tratamiento médico psiquiátrico o psicológico; también se puede impulsar la búsqueda de instituciones u organizaciones especiales, como alcohólicos anónimos, jugadores anónimos, mujer adictas”.<sup>45</sup>

También se ha sostenido que dado que la violencia importa “causa que entorpece gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podría, como medida conexas atribuir el ejercicio a uno de los padres, o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije que no podrá exceder de dos años”.<sup>46</sup>

## 8.6. Incumplimiento de las medidas impuestas por el Juez

Artículo 7: “Imposición de trabajos comunitarios. Ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta ley, o la reiteración de hechos de violencia por parte del agresor, el juez interviniente deberá –bajo resolución fundada– y sin perjuicio de las restantes medidas a aplicar, ordenar la realización de trabajos comunitarios en los lugares que se determinen. Dicha resolución será recurrible conforme lo previsto en el Código de Procedimientos Civil y Comercial. El recurso que se conceda lo será con efecto suspensivo”.

La ley introduce una nueva dimensión en cuanto a la protección de la violencia familiar al facultar al juez competente a aplicar sanciones al agresor frente al incumplimiento de las obligaciones impuestas o ante la reiteración de hechos de violencia. De esta manera el juez cuenta con la facultad de ordenar la realización de trabajos comunitarios si se dan los extremos requeridos por la norma.

La aplicación de este tipo de sanciones ha sido cuestionada por la doctrina, al entender que la aplicación de una sanción puede conspirar contra el interés familiar (art. 14bis CN) o el de los menores (art. 3 CDN), ya que en muchos casos la violencia se presenta en grupos familiares que afrontan serios problemas económicos o que cuentan con miembros que trabajan en condiciones muy precarias, con riesgo de perder sus empleos frente a la imposición de las sanciones, las que pueden llegar a insumirles un tiempo considerable.<sup>47</sup>

La norma podría haber establecido otros medios más eficaces, tales como la imposición de multas, la asistencia a programas educacionales o la difusión de los hechos denunciados con la finalidad de obtener una condena social.

## 8.7. El informe de evaluación del estado de salud del agredido

El artículo 4 de la ley establece que “el juez interviniente requerirá una evaluación sobre el estado de salud del agredido, a alguno de los médicos del consultorio médico forense o a los profesionales expertos que designen, haciéndole conocer expresamente que se trata de una de las situaciones contempladas en esta ley. En los lugares donde no existieren médicos forenses, la evaluación será reemplazada por los informes que hayan efectuado los centros asistenciales que atendieron a la persona agredida, o los que solicite el juez competente. El

<sup>45</sup> Bertoldi de Fourcade, María y Ferreyra de De La Rúa, Angelina. *Régimen Procesal del fuero de familia*. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 412.

<sup>46</sup> Di Lella, Pedro y Di Lella, Pedro (h). *Ob. cit.*, p. 1263.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

informe médico deberá realizarse dentro del plazo de tres horas –teniendo en cuenta la celeridad del caso– y contener la mayor cantidad de datos posibles a fin de una mejor evaluación de la situación de riesgo existente”. El decreto reglamentario aclara “que la evaluación a la que se refiere el primer párrafo del artículo 4 de la ley debe comprender el estado de salud física y psíquica como así también la situación social de la persona agredida. Los informes de los profesionales competentes que asistieron a la víctima y que acompañen la presentación, también serán considerados por el juez. El plazo para la presentación del informe médico previsto en el último párrafo del artículo 4 de la Ley 11529, deberá contarse desde el momento en que la víctima se pone a disposición del facultativo a los fines de la realización de la tarea de evaluación”.

Este diagnóstico tiene por objeto acreditar la verosimilitud de los hechos denunciados a fin de ilustrar al juez acerca de las causas de los mismos y del tratamiento que resulta más idóneo a la luz de la posible evolución que puedan tener. Por lo que se busca diagnosticar los daños psíquico, físicos, como así también la situación social de la víctima lo que incluye la situación de riesgo que pudiera existir.

Por otro lado el artículo 6 establece la asistencia especializada. “El magistrado interviniente proveerá las medidas conducentes a fin de brindar al agresor y/o al grupo familiar asistencia médica-psicológica gratuita a través de los organismos públicos y entidades no gubernamentales con formación especializada en la prevención y atención de la violencia familiar y asistencia a la víctima. La participación del agresor en estos programas será de carácter obligatorio, debiendo efectuarse evaluaciones periódicas sobre su evolución y los resultados de los servicios terapéuticos o educativos, a efectos de ser considerados y registrados como antecedentes”. El decreto reglamentario establece que a los fines de un mejor cumplimiento de lo establecido en el artículo 6 de la ley “se creará un ‘Registro Único de Organismos Públicos y Entidades No Gubernamentales destinados a brindar la asistencia especializada a la que refiere la Ley 11529 de Protección contra la Violencia Familiar’ existentes o a crearse, con la respectiva habilitación de la ley y sujeto a auditoria y supervisión, que dependerá de la Secretaría de Estado de Promoción Comunitaria o del organismo que la reemplace en estas funciones. La información sobre datos personales contenida en el mencionado Registro será de carácter confidencial y su utilización estará reservada exclusivamente al Poder Judicial o a los profesionales que intervengan en el tratamiento de las personas afectadas, previamente autorizada por el juez de la causa para acceder a dichos datos”.

La doctrina coincide con la obligatoriedad impuesta por la ley, así, Molina<sup>48</sup> entiende que “si de acuerdo con el informe de interacción familiar, el juez advierte la necesidad de que las partes hagan terapia, ésta debe ser impuesta, sobre todo si en el seno de ese grupo familiar existen menores o incapaces, ya que estos últimos exigen una intervención judicial preventiva y reparadora caracterizada por la mayor firmeza y eficacia posibles. En este sentido, los destinatarios de la indicación terapéutica deben advertir que sus inasistencias a la propuesta judicial pueden conspirar gravemente contra el futuro de la relación familiar”.

Finalmente el artículo 8 habla de los equipos interdisciplinarios: “Sin perjuicio de la actuación de los auxiliares de la justicia que se determinen en cada caso, el juez competente podrá solicitar la conformación de un equipo interdisciplinario para el diagnóstico y trata-

---

<sup>48</sup> Molina, Alejandro y Sanz, Diana. *Violencia y abuso en la familia*. Lúmen-Humanitas, Buenos Aires, 1999.

miento de la violencia familiar con el fin de prestar apoyo técnico en los casos que le sea necesario. El mismo se integrará con los recursos humanos, de la Administración Pública provincial y de las organizaciones no gubernamentales dedicadas al tema objeto de esta ley, que reúnan las aptitudes profesionales pertinentes”. El decreto reglamentario nos ilustra de la siguiente manera: “Los equipos interdisciplinarios deberán funcionar abarcando todo el territorio de la Provincia de Santa Fe, aun fuera de los contornos edilicios del Poder Judicial del cual, no obstante, serán auxiliares ante un caso concreto y de urgente solución y que requiera de su actuación inmediata en la interdicción de la violencia. Los mismos estarán formados por profesionales especializados en las disciplinas jurídicas, médicas, psicológicas, sociales y educativas”.

## 9. Chicos en banda

Cada vez que se habla de violencia o delincuencia adolescente-juvenil, cobran espacios las representaciones más estereotipadas de los jóvenes autores de delitos: se dice que son violentos, peligrosos, que son deliberadamente malos, drogadictos, incorregibles y una larguísima lista de atributos negativos que convocan “al horror y al espanto” antes que a la empatía y la comprensión. También por cierto circulan otras lecturas más teñidas de información, que ubican a los adolescentes y a los jóvenes como un contingente cada vez más grande de excluidos, de vulnerables, de desesperanzados.

## 10. La cultura de la marginalidad

El incremento de la marginalidad, como consecuencia de la larga etapa de vaciamiento económico y político que ha padecido nuestro país, profundizó una división ancestral y creó casi de la nada, a dos sujetos sociales perfectamente diferenciados pero no del todo antagónicos: **el integrado** y **el marginal**. El primero de ellos, defendiendo a ultranza a la propia sociedad que lo posterga y manipula, reprocha al segundo su condición y exige a las “fuerzas públicas” que se lo reprima. “Los ciudadanos respetuosos de la ley, concientes de su mejor actitud social, se sienten justificados al condenar el comportamiento del delincuente y exigir su castigo. Racionalizan su actitud sobre la base de que mientras ellos padecen frustraciones en bien de la comunidad, el delincuente gratifica sus deseos en detrimento de sus conciudadanos. Pasan por alto el hecho de que, al obedecer las leyes de la comunidad, la vida les resulta más satisfactoria y que a la larga el propio delincuente sufre a causa de su comportamiento antisocial en mayor grado que la sociedad. Más aún: probablemente no saben que la delincuencia es una enfermedad de la sociedad como el cáncer, por ejemplo, lo es al individuo”.<sup>49</sup>

Este clamor vengativo de los “civilizados” no suele prosperar, sin embargo, con los llamados “delincuentes de cuello blanco”, aquellos que se tutean con el poder y que se valen de él para eludir a la justicia.

El sociólogo Fernando de Madariaga sostiene que en la Argentina hubo, durante los últimos gobiernos militares una pauperización extrema de inmensos grupos sociales que aún no se recuperaron. Eso acabó formando lo que podríamos llamar “*cultura de la marginalidad*”. En esos grupos se perdieron los paradigmas y se tomó como modelo la impunidad. Así decayó la moral, y el delito se hizo una pauta de conducta cotidiana.

<sup>49</sup> Friedlander, Kate. *Psicoanálisis de la delincuencia juvenil*. Paidós, México, 1987.

Se hace también imprescindible a esta altura, reconocer que los mandatos sociales han distorsionado la mismísima ética humana y que nos han hecho cómplices, conscientes e inconscientes, de una clase muy particular de delitos. Es así como, por ejemplo, el hombre de nuestros días parece contemplar, sin indignación ni planteamientos morales de ninguna especie, las oscuras maniobras de la administración pública y privada; las sobrefacturaciones practicadas por ciertas multinacionales; las usuras legalizadas en forma de créditos impagables y el vaciamiento furtivo de las empresas.

El argentino medio disfraza el término “soborno” con el eufemismo “coima” y sorteja sin remordimientos las trabas legales sobornando a pequeños y grandes funcionarios. Algo similar ocurre con los consabidos “favores” que determinados hombres y mujeres consumen para alcanzar mejores posiciones y éxitos rápidos. A nadie puede escapar que esta actitud se encuentra íntimamente emparentada con la prostitución común y corriente, aunque, naturalmente despenalizada.

El lamentable y muy argentino “no te metás” oculta tras de sí una efectiva complicidad con la corrupción y el delito cotidiano. Porque quienes en conocimiento de hechos denunciables, no lo denuncian, terminan cayendo en lo que legalmente se denomina “encubrimiento”.

Desde los pequeños chantajes hasta los crímenes ecológicos existe una variada gama de delitos aceptados por nuestra sociedad. El joven delincuente, más que un antagonista, es un hijo parido por esa sociedad que lleva sus mismos rasgos y repite, aunque precipitadamente, sus mismos defectos.

Quienes reclaman por la persecución y, en algunos casos, inclusive por el exterminio de estos delincuentes de poca monta que se atreven a desafiar el sistema social y que permanecen fuera del mecanismo productivo, se convierten en jueces y verdugos sin saber que ellos también llevan consigo el germen de la enfermedad que dicen combatir.

Pedro David en su libro “Sociología Criminal Juvenil”, nota una enorme similitud entre el hombre de negocios y el delincuente. Pero, lo importante, es destacar que existen valores subterráneos, valores que la gente practica en secreto, que tiende a disimular en su conducta pública, cada individuo tiene una moralidad privada y otra para la sociedad. Las famosas “bicicletas financieras”, las solapadas evasiones fiscales y hasta las especulaciones con el dólar son síntomas de esta especie de doble juego que practican los ciudadanos respetables. David descubre que existe una correspondencia entre los valores del delincuente juvenil y los que internaliza la sociedad. Lo único que difiere es que estos valores son expresados por los delincuentes juveniles en circunstancias y oportunidades no adecuadas y hace referencia a las demostraciones de masculinidad, el deseo de aventura, el rechazo a la disciplina del trabajo y otros elementos comunes, tanto para la “conducta desviada” como para la conducta convencional.

La mayoría de los especialistas en la temática de infancia y adolescencia coinciden en señalar que los factores determinantes de la delincuencia juvenil suelen bajar en una escalera: la sociedad ejerce presión sobre la familia y ésta sobre sus integrantes, es decir, sobre el individuo.

Enrique De Vedia advierte que los últimos 56 años de interrupciones constitucionales en la vida de los jóvenes argentinos “terminó por convulsionar la célula familiar hasta convertirla en eyectora o expulsora de hijo/as, quienes no encuentran en su propio ámbito un contexto, un campo propicio para su desarrollo. La suma de todas estas cuestiones produce en los/as niños/niñas/adolescentes sensaciones de angustia, desesperación y frus-

tración que los lleva a buscar nuevos caminos fuera del contexto familiar. Caminos que pueden ir hacia el consumismo, supliendo la vocación de ser por la vocación de tener, pero que también puede ser hacia la droga y el delito.

La experiencia recogida en los institutos correccionales, en los juzgados y en los consultorios, dice que el 80% de los jóvenes que llegan a delinquir proviene de lo que se denomina “hogares desquiciados”. También los teóricos de la delincuencia juvenil corroboran estos datos de la realidad nacional. “En todo problema del menor transgresor, infractor con conducta antisocial, axiológicamente se debe ver un hecho antecedente que es el de su familia enferma”.

En los casos de familias subculturizadas y carenciadas económicamente, el niño/a desde muy temprana edad, debe ir a trabajar y debe vivir en un mundo promiscuo, atendiendo a pautas de moral dudosa. En las clases media y alta, con mayores elementos materiales, el niño/a suele adolecer de la debida atención, la comprensión y el diálogo con sus progenitores, en una edad en que ello resulta sumamente importante. En todos estos casos, el denominador común está dado por el hecho de que el niño/a resulta ser un emergente social de una familia que, se podría afirmar, está enferma.

En momentos en que el joven requiere consolidar su identidad con buenos lazos e imágenes parentales, se encuentra a la deriva y sin el debido ajuste interno que haga a su formación. Entonces buscará en jóvenes que se encuentran en similares o peores condiciones una identificación que “pueda llevarlo a un estado de peligrosidad social, proyectándose hacia la conducta desviada”.

Estas posturas teñidas de información ubican a los jóvenes y adolescentes como un contingente cada vez más grande de excluidos, de vulnerables, de desesperanzados.

La sensación que tengo es que respecto de los jóvenes y la violencia ya está todo dicho, y cualquier referencia suena a lugar común donde sólo se puede decir con palabras distintas o construcciones más ingeniosas, las mismas pocas referidas a las mismas crudas realidades, más crudas por aquello de pensar de que los/as niños/as y jóvenes—como nos supieron decir alguna vez— eran el futuro de la patria.

Mal momento éste para contextualizar la realidad de la infancia, la adolescencia y la juventud, mal clima éste del termómetro social regido por el déficit cero, los pronósticos del *default*, o sea, en esa disyuntiva donde el enfermo debe decidir si prefiere morir de cáncer o de lepra, pero en donde nunca aparece la cura o el restablecimiento como alternativa de futuro.

En este clima social de malestar, donde los actos de atropello y violencia son el desayuno cotidiano, donde es la excepción y no la norma, el encuentro con conocidos que no hayan sido victimizados por la violencia por la “inseguridad” de los pequeños delitos callejeros, es difícil sostener, aun desde la reflexión científico social, argumentos que vayan a contramano de las percepciones colectivas. Sin embargo, mi pretensión es salir del lugar común de reafirmar que los adolescentes y los jóvenes son cada vez más violentos, y empiezan a manifestarlo a edades cada vez más tempranas, con actos cada vez más preocupantes en término de riesgos para sí o para tercero, y contribuir a instalar la visibilidad de la otra cara de la moneda: la de cómo los/as niños/as y adolescentes y jóvenes pertenecientes al contingente de los ya excluidos, son victimizados y vulnerados sus derechos por aquellas instancias que fueron creadas para protegerlos, para tutelarlos, o eventualmente corregirlos, pero en todos los casos para prepararlos para un futuro normal o normalizado en la sociedad.

Para que esta vulneración sistemática de derechos sea posible pese al avance de los dispositivos legales que han consagrado a la CIDN entre los tratados internacionales con rango constitucional, y a las leyes de reciente promulgación que van en dirección a la homologación de sus postulados, es necesario que confluyan otras condiciones y otros discursos, los que desmienten en su contenido, metamensajes y propuestas, el consenso alcanzado respecto de los/las niños/niñas y adolescentes como sujetos de derechos y titulares de garantías. La falta de políticas públicas de carácter universalista que pivoteen en la inclusión de la mayoría, la ausencia de partidas presupuestarias que respalden materialmente las buenas intenciones de algunos programas proyectados o en ejecución, la demonización de algunos adolescentes y jóvenes como sujetos nocivos y portadores de atributos peligrosos con los que ya nada puede hacerse más que librarse de ellos, son algunos ejemplos de las modalidades que asume el discurso contrainsurgente hacia los derechos de niños/as/jóvenes.

Tamar Piuch conjuga los conceptos de abandono y peligrosidad social en una ecuación que ayuda a entender mucho de lo que sucede con la población adolescente y joven. Dice que se configura en peligroso aquello que la red de servicios expulsó o lo que a ella escapa o resiste, en suma, todo lo que no es gobernable o subsumible a las reglas operativas de las agencias de control social. Muchas de estas cuestiones ingobernables aparecen como abandono en su doble fracaso, el doble fracaso del sistema que no puede, y en tal sentido demuestra los límites de su propia eficacia y la zona de resistencia a la intervención institucional, lo que ayuda a visualizar el abandono como peligrosidad social. Y añade, "(s)i el abandono reenvía a las responsabilidades del sistema asistencial y evoca el modelo tutelar; peligrosidad social reenvía al sistema penal y evoca el modelo de la custodia. De ese modo, cuando el acento se coloca al lado del abandono -caso de niños/as, o mejor dicho, de los menores, dicho esto con toda intencionalidad- la peligrosidad social es reelaborada en términos terapéuticos y reclama intervenciones custodiales sobre el territorio, pero cuando el acento se pone del lado de la peligrosidad social -como es el caso de los adolescentes y jóvenes- el abandono adquiere la característica indisolublemente asociada al estilos de vida, actitudes, subcultura, y conduce a reclamos y respuestas en términos de seguridad de las cuales es actor principal el sistema penal".

Se perfila un escenario donde, cada vez que se enfoca el tema de la violencia adolescente y juvenil, al igual que cuando se habla de seguridad-inseguridad urbana, se recorta el fenómeno a sus aspectos más escabrosos: la violencia se unilateraliza y la exclusión *aparece* como consecuencia y no como inherente, atravesando toda la realidad social, vinculando la inseguridad a la inseguridad social y por lo tanto a la ausencia de garantías, a la omisión de una política social de seguridad y garantías y extensivamente la generalización del desamparo. Así se invierten los riesgos: la población en riesgo social pasa a ser peligrosa socialmente, lo cual legitima estrategias de intervención social y política por parte de las agencias de seguridad circunscriptas casi exclusivamente a las agencias duras encargadas del mantenimiento del orden social (policía, justicia y cárcel) que re-legitiman su accionar a partir de la reproducción del fenómeno.

En esta reproducción, los *massmedia* desempeñan un importante papel ya que atribuyen carácter de verdad a los hechos violentos protagonizados por adolescentes y jóvenes que toman estado público, y que al circular se consagran simultáneamente como mercancía consumible en los circuitos mediáticos, generando verdaderas percepciones de alarma social y operando a su vez como sensores de la opinión pública.

Esta mirada fragmentada instala la convicción de que se debe legislar con urgencia sobre la responsabilidad penal juvenil, pero esta tarea es ímproba cuando no es precedida de un

debate serio que la inserte en un marco más global de un diseño de política pública de seguridad, en la cual la responsabilización penal juvenil sea un eje más en la cual no se reduzca la cuestión delictual como la única que debe ser atendida y donde la artillería de los debates no se agote en la cuestión de establecer cuál es la mejor edad a partir de la cual los adolescentes deben ser imputables.

En el caso de la violencia adolescente y juvenil la ausencia de información fidedigna redundante en un debate estéril donde el vacío de conocimiento se suple con sobredosis desinformativas que tienden a edificar la entidad y gravedad del fenómeno sobre la hipersensibilidad que despierta el horror.

Así, prevalece la reacción victimológica alimentada por la especulación y el impresionístico testimoniado por quienes han sufrido -o han tomado conocimiento cercano- de algún acto aberrante o lesivo, y de este modo lo que aparece con vigor es el *instinto de venganza*. Según Durkheim el *instinto de venganza* no es más que el instinto de conservación exagerado por el peligro, ya que constituye un verdadero acto de defensa, aun cuando sea instintivo e irreflexivo. Dice este autor, que no nos vengamos sino de lo que nos ha ocasionado un mal y lo que nos ha causado un mal siempre es un peligro. En este sentido la venganza sería un arma defensiva que tiene su valor, sólo que, según el autor es un arma grosera. Como no tiene conciencia de los servicios que automáticamente presta, no puede regularse en consecuencia, todo lo contrario se extiende un poco al azar, dando gusto a causas ciegas que la empujan y sin que nada modere sus arrebatos. Este discurso descripto, hace más de cien años sirve de andamiaje conceptual para conferir inteligibilidad a los discursos en boga sobre la seguridad que demonizan a los “menores” y que no miden proporcionalidad entre el daño que producen y el daño que se postula legítimo infligirles como reacción pública institucional.

Ello muestra otra versión de las acciones privadas, que de un lado son demonizadas como *violencia intolerable* y de otro, elevadas al rango de orden y justicia prescindiendo de la dimensión de violencia institucional que conllevan.

Estos discursos parecen desconocer que la historia de la pena ha sido una progresiva sublimación de ese instinto de venganza del que habla Durkheim que poco a poco ha sido civilizado o colonizado para el ejercicio del derecho. Louis Ferrajoli dice que la historia del Derecho Penal y la pena, puede ser leída como la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se da cuando la venganza fue regulada como derecho-deber privado, superando a la parte ofendida y a su grupo parental según los principios de la venganza de la sangre y la ley del talión.

El segundo paso, mucho más decisivo, se marcó cuando se produjo una disociación entre el juez y la parte ofendida de modo que la justicia privada –los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuenta– fue no sólo dejada sin tutela, sino también prohibida. El Derecho Penal nace en ese momento, o sea cuando la parte bilateral y la parte ofendida/ofensor, es sustituida por una relación trilateral que ve en una tercera posición, como imparcial, a una autoridad judicial.

Es verdad que cada vez que un juez aparece animado por sentimientos de venganza parciales o de defensa social –o bien el Estado deja un espacio a la justicia sumaria de los particulares– quiere decir que el Derecho Penal regresa a un estado salvaje anterior al nacimiento de la civilización.

Asentar las discusiones conceptuales sobre políticas públicas de seguridad en la reacción victimológica suscitada por una alarma social excesiva, no es más que alimentar el *instinto*

*de venganza* que devora o expulsa y vomita , según las acertadas metáforas que utilizó Levi Strauss en ocasión de estudiar la gestión de la diversidad en otras sociedades. En el caso de adolescentes y jóvenes es contribuir al efecto amplificado de su demonización y a las estrategias que le son propias: neutralización, incapacitación, exclusión, castigo, reclusión en el caso de los/as niños/niñas. Los efectos no son menos benevolentes, ya que la protección desprovista de garantías y de un horizonte de exclusión, también configura un escenario violento hacia el futuro. Oponer a los actuales debates sobre la violencia y la seguridad/inseguridad que involucran a niños/as/adolescentes y jóvenes, otro discurso anclado en el conocimiento del despliegue de las agencias de control social, es un imperativo para todos aquellos que creemos que es posible desde el saber, contribuir a exorcizar los fantasmas del miedo y a pensar con libertad, liberados del miedo a la inseguridad, del pánico y del instinto de venganza, para no ser presa fácil de propuestas que ofrezcan resolver el problema de la violencia a través de su eliminación... unilateral, lisa y llana.