

**Voces:** VIOLENCIA FAMILIAR - PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES - ALIMENTOS PROVISORIOS - MENORES - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - RESPONSABILIDAD PARENTAL - TENENCIA DE HIJOS MENORES - PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO - FAMILIA - DERECHO A LA IDENTIDAD - DERECHOS DEL NIÑO - DERECHO A SER OÍDO - ABOGADOS - MEDIDAS CAUTELARES

**Título:** Medidas cautelares que atañen a niñas, niños y adolescentes en materia de violencia familiar

**Autor:** Bentivegna, Silvina A.

**Fecha:** 4-mar-2016

**Cita:** MJ-DOC-7455-AR | MJD7455

**Producto:** MJ

**Sumario:** *I. Introducción. II. Los alimentos provisorios. III. El cuidado personal provisorio. IV. El derecho de comunicación provisorio. V. Medida proteccional -excepcional- de abrigo. El abogado del niño. VI. Conclusión.*

---

Por Silvina A. Bentivegna (\*)

«Un proceso judicial por violencia familiar debe ser justo, donde la palabra del niño sea tomada en consideración, constituyendo el eje central del proceso y no una foja más de este».

## I. INTRODUCCIÓN

Las leyes de protección contra la violencia familiar han ido incrementando progresivamente y adaptándose a las diversas circunstancias imperantes en la problemática, con el fin de abarcar diversos escenarios.

En tal sentido, cuando los actores involucrados en la escena de la crisis familiar son los niños, conforme las leyes de protección contra la violencia familiar y las leyes en materia de infancia y adolescencia, el magistrado tiene la potestad de adoptar todas aquellas medidas de protección que considere pertinentes a fin de ampararlos.

De manera tal, siguiendo el lineamiento de la Ley bonaerense 12.569, en su inc. n, del art. 7, dispone que el juez podrá dictar «toda otra medida urgente que estime oportuna para asegurar la custodia y protección de la víctima», y con el mismo criterio la Ley 26.485 (1) dispone, en su

inc. a.7, del art. 25, «... ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer». Destaco, a su vez, que la modificación a la ley bonaerense por la Ley 14.509 (2) mantuvo incólume el artículo ya mencionado. De este modo, en el ámbito bonaerense, el juez disponía de un mayor criterio a fin de dictar una medida de protección, ya que la norma expresamente lo disponía. Si bien se considera que el juez tiene amplias facultades para adoptar toda medida, la Ley 24.417 (3) solo las enunciaba. A continuación, voy a abordar las medidas de protección en materia de infancia, las cuales los jueces y órganos administrativos podrán adoptar a fin de resguardar a las niñas, niños y adolescentes inmersos en una situación de maltrato familiar.

## II. LOS ALIMENTOS PROVISORIOS

En el marco de los procesos por violencia familiar, cuando se encuentren involucrados en las actuaciones los hijos del progenitor denunciado, el juez podrá disponer la fijación de una cuota alimentaria a fin de que este pueda satisfacer el deber asistencial alimentario que tiene para con sus hijos. Dicha responsabilidad parental surge a su vez del art. 646 del nuevo Código Civil y Comercial (CCivCom).

En el orden de las leyes de violencia familiar, la Ley 24.417 en su art. 4, inc. d, así lo establece. Por su parte, en el orden bonaerense, la Ley 12.569 ampara dicha medida en su art. 7, inc. g, en el sentido de que el magistrado interviniente deberá resolver de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición ordenará la fijación de una cuota alimentaria provisoria si correspondiese. La Ley 26.485, con criterio análogo, dispone dicha medida alimentaria en su art. 26, inc. b.5, en el sentido de que los magistrados sin perjuicio de las medidas establecidas en el inc. a del mismo artículo, en los casos de violencia doméstica contra las mujeres, podrán ordenar cuando se trate de una pareja con hijos, la fijación de una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia. En efecto, si bien las leyes de protección contra la violencia familiar contemplan la posibilidad de que la Justicia fije una cuota alimentaria, dichos alimentos tienen como fin tuitivo afrontar los gastos imprescindibles durante el lapso en que se sustancien las medidas de protección que se hubieren dispuesto en las actuaciones.

El deber asistencial alimentario encuentra su amparo legal a su vez en el interés superior del niño, contemplado en un primer momento por la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 3, en el sentido de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, una consideración primordial a que se atenderá será el «interés superior del niño», asegurando al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. De modo concomitante, la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 7, refiriéndose a la responsabilidad familiar, estipula que el padre tiene la responsabilidad y obligación en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Se debe tener radical cuidado en temas como el que se aborda en el particular, en considerar que la fijación de una cuota alimentaria provisoria en el marco de las actuaciones por violencia familiar, es complementaria de la medida de protección. Por ello, si se formula una denuncia por violencia familiar y se solicita exclusivamente la fijación de una cuota alimentaria, apareja como consecuencia el rechazo de la denuncia y, como tal, se deberá petitionar por la vía y forma correspondiente trabándose la acción de alimentos en el ámbito bonaerense o capitalino solicitando la mediación previa. El espíritu de una denuncia por violencia familiar es que cese

el riesgo imperante en el núcleo familiar y no fijar una cuota por alimentos.

Alguna doctrina (4) ha dicho que en el marco de la violencia familiar, la acreditación de la verosimilitud del derecho, para que se otorguen los alimentos provisorios, será menor que en otros supuestos (v.gr., juicio de alimentos o de divorcio), pues, en este caso, se requiere mayor celeridad para otorgarlos.

La jurisprudencia (5) se ha pronunciado al respecto, estimando que el plazo de la duración de estos alimentos se extenderá mientras dure la exclusión o la prohibición de reintegro a la vivienda en que el agresor habitaba con el grupo familiar, dado que al restaurarse la convivencia familiar, este los volverá a prestar en especie.

Por su parte, dada la urgencia de esta medida y lo transitorio de esta, las pruebas concretas de las necesidades insatisfechas y de las posibilidades económicas del agresor de dar cobertura a ellas, configuran materia propia del juicio de alimentos que eventualmente la víctima pudiere promover (6).

Es sabido que los alimentos aseguran la existencia física, el crecimiento y la educación de los niños, y una separación en el marco de una situación de violencia familiar trae aparejada, muchas veces y en la mayor cantidad de casos, una disminución del nivel de vida del núcleo familiar, generándose que algunos gastos se dupliquen y otros sean prescindidos directamente. Sin dejar de mencionar aquellas mujeres que ingresan junto a sus hijos a los refugios para mujeres víctimas de violencia familiar o bien hogares de medio camino.

La separación produce un impacto económico en la familia que afecta a ambos padres, pero sin lugar a dudas, en mayor medida a la mujer, la cual trabaja a fin de mantener a sus hijos y dedica además su esfuerzo personal al cuidado estos. En suma, es la madre quien muchas veces y estadísticamente en mayor medida, alimenta, educa, en suma, cría a su hijo en las condiciones en que pueda, siendo el progenitor muchas veces, quien se desentiende de su deber como tal.

Concomitantemente, el incumplimiento alimentario con relación a los hijos menores de edad daña el desarrollo psicofísico de ellos, vulnerando sus derechos y garantías.

La falta de responsabilidad del progenitor perturba severamente la formación del niño, además de perjudicar su proyecto de vida. En otros términos, la evasión alimentaria no solo priva al niño de los recursos materiales, sino que lo afecta psíquicamente, ya que siente que el progenitor se ha desinteresado de su persona.

En el marco de las actuaciones por violencia familiar, el progenitor denunciado va a estar privado del ejercicio de la responsabilidad parental. Así lo establece la nueva ley civil en su art. 700, inc. c, para el caso de que se ponga en peligro la salud física o psíquica del hijo, pero se debe tener en cuenta que dicha privación no acarrea que el progenitor se desentienda de su obligación alimentaria sobre la base del ejercicio de la responsabilidad parental, la cual subsiste.

### III. EL CUIDADO PERSONAL PROVISORIO

Las leyes de protección contra la violencia familiar amparan la posibilidad, cuando hay hijos menores de edad, de decretar provisoriamente el cuidado personal en favor de una de las

partes. Así lo consagra la Ley 24.417 en su art. 4, inc. d; en el orden bonaerense la Ley 12.569 ampara dicha medida en su art. 7, inc. h, en el sentido de que el magistrado interviniente, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y, con el fin de evitar su repetición, ordenará, en caso de que la víctima fuere menor de edad o incapaz, su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, si dicha medida fuere necesaria para su seguridad psicofísica y hasta tanto se efectúe un diagnóstico de la situación. Agrega dicha norma que la guarda se otorgará a integrantes del grupo familiar o de la comunidad de residencia de la víctima. Atendiendo a su opinión y el derecho del niño a ser oído.

La Ley 26.485, en sentido análogo, dispone dicha medida en su art. 26, inc. b.6, en el sentido de que los magistrados -sin perjuicio de las medidas establecidas en el inc.a de ese mismo artículo-, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, podrán -en caso de que la víctima fuere menor de edad, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente- otorgar su guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

En este sentido, el nuevo Código Civil y Comercial establece que, por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio del cuidado personal se puede atribuir a solo uno de los progenitores, o establecerse distintas modalidades. A su vez, el magistrado podrá atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones.

Empero, si bien el magistrado deberá a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo a ambos progenitores con la modalidad indistinta, ello no será viable en las situaciones de maltrato familiar.

Debemos tener en cuenta que, si bien la nueva ley civil contempla el ejercicio compartido del cuidado personal -antiguo ejercicio de la tenencia-, dicho cuidado se verá restringido en aquellos supuestos de castigos corporales en cualquiera de sus formas, los malos tratos y en suma cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los hijos.

En efecto, soy del criterio de que la tenencia física conjunta y la residencia de los niños debe ser distribuida de manera igualitaria entre ambos progenitores, pero cada caso debe ser analizado y resuelto de acuerdo con sus propias posibilidades, teniendo en cuenta siempre el interés del niño.

En tal sentido, teniendo en cuenta el criterio sentado, considero que el cuidado personal no debe ser prioridad de uno de los padres, sino un derecho de ambos, pero y fundamentalmente, «un derecho del hijo», el cual debe ser ejercido por ambos. Como la nueva ley civil legisla sobre el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, así lo hace también respecto del cuidado personal. La bifurcación en otorgar a uno la tenencia y al otro progenitor un régimen de comunicación es un contrasentido para el hijo, quien a partir de una separación, debe transitar en un nuevo cambio, un nuevo estado de familia, generando en él particularmente después de una crisis signos de daños y sufrimientos.

Estimo que la tenencia o cuidado personal no debe concebirse como un premio al mejor de los padres. Se debe tener en cuenta que los hijos necesitan el contacto con ambos padres, siempre teniendo en cuenta -y lo recalco- si este no es perjudicial para su sano crecimiento, maduración y desarrollo como niño. El interés superior del niño debe apuntar hacia la

conservación y atracción de ambos padres, a fin de que ambos se asuman como tales, que la estabilidad del hijo no sea estar siempre con uno de los padres y bajo la misma pauta, contando con la presencia y cuidado de ambos padres, siendo necesario un modelo parental de ambos para que el niño se identifique con ambas figuras.

Empero, en el tema que nos ocupa -la violencia familiar-, el progenitor denunciado va a estar privado del ejercicio de la responsabilidad parental. Así lo establecía el Código de Vélez y lo establece la nueva ley civil en su art. 700, inc.c, «por poner en peligro la salud física o psíquica del hijo», pero debemos tener en cuenta -y lo reitero- que dicha suspensión no acarrea que el progenitor se desentienda de su obligación alimentaria sobre la base del ejercicio de la responsabilidad parental, la cual subsiste.

Durante el período de vigencia de la medida cautelar dispuesta por el magistrado, el cuidado personal será ejercido unilateralmente por uno de los progenitores (teniendo en cuenta las aristas del proceso), resguardando de esta manera, y conforme el criterio ya sostenido por esta parte el interés superior del hijo (7), encontrando posteriormente posibles soluciones a la problemática que esta situación pueda presentar.

#### IV. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PROVISORIO

En los procesos por violencia contra las mujeres, las niñas, niños y adolescentes se da la necesidad, cuando hay hijos menores de edad involucrados en la escena familiar, de desvincularlos del victimario temporariamente, atento al riesgo existente para con la integridad psicofísica del menor como persona.

Las leyes de protección contra la violencia familiar amparan la posibilidad de que el magistrado suspenda en un primer momento el régimen de comunicación y posteriormente disponga una vinculación paterna-filial. Así lo dispone la Ley 24.417 en su art. 4, inc. d, en cuyo caso el magistrado podrá decretar provisoriamente el derecho de comunicación con los hijos. Contrariamente, la ley bonaerense en su art. 7, inc. i, dispone que el magistrado interviniente deberá resolver de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición, la suspensión provisoria del régimen de visitas, como puntualiza la normativa; el derecho de comunicación se verá suspendido en vistas a restablecerse. En análogo sentido, la Ley 26.485 en su art. 26, inc. b.7, dispone que sin perjuicio de las medidas establecidas en el inc. a del mismo artículo, en los casos de violencia doméstica contra las mujeres, el magistrado podrá ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas. Es claro que la necesidad de desvinculación del niño respecto a su victimario es necesaria, ya que previene la recurrencia y el agravamiento del riesgo con el hijo, resguardando su integridad psicofísica como tal. En la generalidad, la desvinculación es llevada a cabo de manera abrupta y, para cuando se decide que debe restablecerse, la práctica revela un daño agregado al ya sufrido por el maltrato, que está ligado al daño en el apego (8).

En efecto, cuando la medida autosatisfactiva de prohibición de acercamiento y/o contacto es dejada sin efecto en el marco del proceso, de modo tal que ya no hay un sustento jurídico para mantenerla, se genera una paradoja, al no existir impedimento de contacto, el magistrado restablece el derecho de comunicación del progenitor sobre el que recaía la medida de protección -exclusión, prohibición de acercamiento- con el hijo. La separación generó un daño en el vínculo, y se requiere un trabajo previo para guiar la relación porque, con el transcurso del tiempo, ni el adulto ni el niño están preparados para el reinicio de la interacción. El conflicto de lealtad en el niño, después de tanto tiempo de ausencia, es de proporciones gigantescas

(9).

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en su art. 9 dispone: «1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, exceptuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares; por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño... 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...».

El nuevo Código recepta dentro de los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos en su art. 652 el derecho y el deber de fluida comunicación en este sentido. Dice así: «En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo». Este derecho y deber de comunicación se encontraba legislado en el viejo art. 264, inc. 2, del Código de Vélez, en el sentido de que el ejercicio de la responsabilidad parental correspondía en casos de separación de los padres al progenitor que ejerciera legalmente la tenencia -cuidado personal-, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada supervisión con aquel.

Es sabido que el derecho de comunicación es un deber de los padres y un derecho del hijo. La jurisprudencia (10) se ha pronunciado al respecto en el sentido de que el derecho del padre de visitar a sus hijos, cuando ellos viven con la madre que tiene su guarda, es asimismo su deber jurídico: la frecuentación del padre tiene por objeto precisamente asegurar que los menores mantendrán su contacto paterno, indispensable para su formación, corrección, vigilancia y educación. Asimismo, se sostuvo que el derecho de comunicación «solo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral» (11).

De tal modo que este derecho ínsito en la relación paterno-filial será restringido o en su caso suprimido cuando de su ejercicio se derive un perjuicio manifiesto para el hijo, como aquellas causas derivadas del maltrato y abuso intrafamiliar, y de esta manera se resguarda la salud mental y física del niño involucrado en la situación conflictiva, en pos de su interés superior.

La vinculación paterno-filial encuentra relación con el derecho a preservar las relaciones familiares, uno de los elementos constitutivos de la identidad (12), el cual se encuentra legislado en el art. 11 de la Ley 26.061, en el sentido de que los niños tienen derecho a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, salvo -establece la norma- en los casos de excepción prevista en la ley civil.

En efecto, el vínculo paterno-filial representa a su vez, un derecho constitucional del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño lo consagra en su art. 8, inc. 1, que dispone que «los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...». La identidad de una persona está constituida por varios elementos, entre ellos, la preservación de las relaciones familiares. Pero dicha relación puede verse deteriorada por determinadas circunstancias que lleven a la ruptura del vínculo afectivo para con el hijo.

Si bien -como ya mencioné- el derecho de comunicación en el marco de los procesos por violencia familiar es fijado por el magistrado de manera abrupta, soy del criterio que el niño debe ser oído atendiendo a su interés superior conforme lo consagra el art.12 de la mencionada Convención en este sentido: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional». A su vez, la Ley 26.061 en sentido análogo lo consagra en su art. 3 junto al interés superior del niño: «A los efectos de la presente ley, se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley... Debiéndose respetar: b. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta...».

De tal manera, el niño como sujeto pleno de derechos, debe expresar su opinión, y dicha opinión deberá ser tenida en cuenta por el magistrado a fin de resolver la cuestión de fondo. Caso contrario -como ha sostenido la doctrina (13)-, tal derecho a ser oído se transformaría en un acto procesal intrascendente, que se agotaría con recoger la voluntad del niño en el expediente judicial. El verdadero sentido y alcance del derecho a ser oído está representado por la participación activa del niño en las cuestiones que a él conciernen.

En efecto, sumado a ello se consagra la capacidad progresiva del niño, ya que se le brindaría la oportunidad de que intervenga en las cuestiones que le conciernen, reconociendo por lo tanto activa participación en la toma de decisiones.

Empero, teniendo en cuenta la normativa vigente en la materia, soy del criterio de que el magistrado debe respetar la voluntad del niño, a fin de determinar, conforme su opinión, la petición del progenitor garantizando y teniendo como eje central de esta manera su derecho a ser oído, su voluntad. Sorteando con este proceder magras y nocivas decisiones, las cuales son impuestas en contra de su voluntad, generando por lo tanto un daño en su estructura psicofísica al imponer un vínculo afectivo, el cual se encuentra ausente.

## V. MEDIDA PROTECCIONAL -EXCEPCIONAL- DE ABRIGO. EL ABOGADO DEL NIÑO

La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (14) tiene por objeto la protección integral de sus derechos, garantizando al propio tiempo el ejercicio, disfrute pleno, efectivo y permanente de ellos. Tales derechos se sustentan en el principio del interés superior del niño entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en dicha ley. Otro de los principios consagrados en la mentada ley es el principio de la capacidad progresiva y el derecho del niño a ser oído.

Ahora bien, dicha ley en su Título III contempla el Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes mediante el cual se incluyen las Medidas de Protección Integral de Derechos y las Medidas Excepcionales.

Las primeras medidas son aquellas emanadas del órgano administrativo competente local (15) ante la amenaza o violación de los derechos de los niños, con el objeto de preservarlos,

restituirlos o reparar sus consecuencias. Dicha amenaza o violación podrá provenir de la acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, responsables, o de la propia conducta del niño.

Dicha ley contempla un aspecto muy importante a mi criterio, como es que no se autoriza la separación del niño de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización por la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de los niños, ya sea circunstancial, transitoria o permanente.

Empero, las medidas de protección de derechos tienen como fin tuitivo la preservación o restitución a los niños, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

En efecto, existe una prioridad en su aplicación dándose preferencia a aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a los niños. En caso de que la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección se focalizarán en programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

En lo atinente a las «medidas excepcionales» a que hace referencia la ley en estudio, son aquellas que se adoptan cuando los niños estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como fin tuitivo la conservación o recuperación del niño en el ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Es la autoridad local de aplicación (16) quien decidirá y establecerá el procedimiento que hay que seguir, debiendo estar jurídicamente fundado, notificando fehacientemente dentro del plazo de 24 horas, la medida adoptada al magistrado a cargo del Juzgado de Familia competente, quien -en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes- dentro del plazo de 72 horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de dicha medida. Una vez resuelta esta, el magistrado a cargo deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que esta implemente las medidas pertinentes. Estas son limitadas en el tiempo y solo se podrán prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

En el ámbito bonaerense, la Ley 12.398 tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de sus derechos y garantías.

Dicha ley otorga intervención directa al órgano judicial en situaciones de violencia, reconociendo a la Justicia como autoridad competente para dictar medidas apropiadas a fin de paliar situaciones adversas, cuidando proteger el interés superior del niño; tanto por tratarse de medidas de corte judicial como para evitar una superposición de funciones, con la disfuncionalidad y desgaste de recursos materiales y humanos que ello provoca.

Contempla a su vez, el principio del interés superior del niño entendiéndolo como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad,



para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad. Dicha ley, al igual que la Ley 26.061, consagra la circunstancia de que la ausencia o carencia de recursos materiales del padre, madre, tutor o guardador, sea circunstancial, transitoria o permanente, no constituye causa para la exclusión del niño de su grupo familiar, o su institucionalización.

La ley en estudio contempla principios interpretativos, tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Res. 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Res. 45/113 de la Asamblea General, y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD), Res. 45/112.

Ahora bien, dicha ley contiene en su Título II, Capítulo I, el Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos de los Niños. Se trata de un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino.

En tal sentido, la ley en estudio establece que, en cada municipio, la autoridad de aplicación debe establecer órganos desconcentrados denominados Servicios Locales de Protección de Derechos. Estos desempeñan la función de facilitar que el niño que tenga amenazados o violados sus derechos, pueda acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad. Dicho servicio debe buscar la alternativa que evite la separación del niño de su familia o de las personas encargadas de su cuidado personal, aportando directamente las soluciones apropiadas para superar la situación que amenaza con provocar la separación.

Las Medidas de Protección Integral de Derechos contempladas en dicha ley son aquellas que disponen los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos cuando se produce, en perjuicio de un niño, la amenaza o violación de sus derechos o garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos.

Empero, las medidas de protección de derechos son limitadas en el tiempo, se mantienen mientras persistan las causas que dieron origen a la amenaza o violación de derechos o garantías, y deben ser revisadas periódicamente de acuerdo con su naturaleza.

Bajo ningún concepto -con el mismo criterio que la Ley 26.061-, una medida de protección de derechos va a significar la privación de libertad ambulatoria del niño.

En efecto, se aplican prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tienen por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a todos los niños.

En caso de que la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección se fundamentarán en programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo -incluso

económico-, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

Una vez comprobada la amenaza o violación de derechos, se adoptarán, entre otras, las siguientes medidas: a. Apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b. Orientación a los padres o responsables; c. Orientación, apoyo y seguimiento temporarios a la niña, niño, adolescente y/o su familia; d. Inclusión del niño, niña o adolescente y la familia, en programas de asistencia familiar; e. Cuidado del niño, niña o adolescente en el propio hogar, orientado y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño a través de un programa; f. Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño, niña o adolescente o de alguno de sus padres, responsables o representantes; g. Permanencia temporal, con carácter excepcional y provisional, en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud.

En este punto corresponde hacer alusión a la figura de la medida de abrigo. Se trata de una medida de protección excepcional de derechos, que tiene como objeto brindar al niño un ámbito alternativo al grupo de convivencia cuando en este se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos, hasta tanto se evalúe la implementación de otras medidas tendientes a preservarlos o restituirlos.

En efecto, la aplicación de la medida de abrigo -siempre se hará en resguardo del interés superior del niño- es de carácter subsidiario respecto de otras medidas de protección de derechos, salvo peligro en la demora.

En tal sentido, la familia ampliada u otros miembros de la comunidad vinculados con el niño, serán considerados prioritarios al momento de establecer el ámbito alternativo de convivencia.

A su vez, el niño tendrá una participación activa en el procedimiento y, de acuerdo con su edad y grado de madurez, se le debe informar que tiene derecho de comparecer con asistencia letrada -en este sentido alude la norma a la figura del abogado del niño- sobre la naturaleza de la medida que se va a adoptar y se debe garantizar su intervención en la definición de las alternativas de convivencia, con especial consideración de su opinión al momento de tomar la decisión.

Durante la aplicación de la medida, el organismo administrativo trabajará para la revinculación del niño, niña o adolescente con su familia de origen; evaluará la implementación de otras medidas tendientes a removerlos obstáculos que impedían la debida protección de los derechos del niño, guardará de mantener la unidad entre hermanos, facilitará el contacto con la familia de origen y buscará la ubicación del mejor lugar para cada niño cerca de su domicilio.

La medida excepcional solo será respetuosa del interés superior del niño si es adoptada frente a la imposibilidad de exclusión del hogar de aquella persona que causare daño al niño. Por ello, ante la amenaza o violación de derechos provenientes de situaciones de violencia intrafamiliar -aunque no constituya delito-, el organismo administrativo deberá comunicar la situación al Juez de Familia y remitir los antecedentes del caso en un plazo no mayor de 24 horas, a fin de que la autoridad judicial proceda a la exclusión del agresor. Ante la imposibilidad de proceder a la exclusión, el juez resolverá junto con el Servicio de Promoción y Protección de Derechos interviniente, la medida excepcional que corresponda y de ello se notificará al Asesor de Incapaces.

El plazo de duración máxima de la medida no podrá exceder los 180 días. Una vez vencido el plazo, se deberá proceder de conformidad con lo regulado por la ley respectiva.

En caso de que aun antes del vencimiento del plazo, las medidas de protección fracasaren por incumplimiento o por motivos imputables a los progenitores, tutores o familiar a cargo, o se advirtiere la existencia de cualquier situación que coloque al niño en estado de vulnerabilidad de sus derechos, el organismo administrativo deberá informar dicha situación al magistrado en asuntos de familia y solicitará -si correspondiere- la declaración de la situación de adoptabilidad.

En tal sentido, el Servicio de Promoción y Protección de Derechos deberá comunicar la resolución en la que estima procedente la medida de abrigo, dentro de las 24 horas, al asesor de incapaces y el magistrado en asuntos de familia competente. El Juez deberá resolver la legalidad de la medida en un plazo de 72 horas. En todo momento, se garantizará el derecho del niño a ser oído. En efecto, cualquier consenso que pudieren manifestar los progenitores al tiempo de ser adoptada la medida en sede administrativa, carecerá de toda entidad a fin de enervar el posterior control judicial sobre su legalidad.

En el marco de los procesos judiciales que atañen a niñas, niños y adolescentes, se hace presente -como ya mencione en párrafos precedentes- la figura del abogado del niño, la cual representa los intereses personales e individuales de los niños, legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar, penal o administrativo que los afecte interviniendo en tal sentido en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor o Defensor de Menores Incapaces.

En efecto, conforme ambas leyes y teniendo en cuenta las garantías mínimas del procedimiento, se garantiza el derecho del niño a ser patrocinado por un abogado. En tal sentido, el art. 27, inc. c, de la Ley 26.061 lo preceptúa al establecer que el niño podrá ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. Por su parte, la Ley 14.568 (17), en su art. 1, establece que conforme el art. 12, incs. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y del art.27 de la Ley 26.061, se crea en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del «abogado del niño», quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

Conforme a dichas leyes, será obligatorio informar al niño de su derecho a ser legalmente representado por un abogado del niño.

El fin tuitivo de dicha figura es garantizar que en todo proceso -administrativo y judicial- en el que estén involucrados niños, se escuchen sus deseos, necesidades e intereses, y que esa voz sea oída y tenida en cuenta por las autoridades o magistrados en pos de ser plasmada en el proceso y en toda resolución a dictarse en él. Esto constituye el auténtico sentido y alcance de la participación activa del niño en las cuestiones que a él conciernen.

## VI. CONCLUSIÓN

Las leyes de protección contra la violencia familiar se ubican dentro de los procesos

considerados «urgentes», cuando en ellos se encuentran inmersos niños. Hemos visto que el magistrado deberá velar por sus derechos disponiendo las medidas legisladas en nuestro plexo normativo. Estas medidas resguardan sus necesidades primordiales y tienden a amparar su integridad psicofísica.

Dichas medidas podrán ser decretadas conforme su carácter instrumental, «inaudita pars», teniendo en cuenta por lo tanto, sus presupuestos específicos de procedencia.

A todas luces, podemos observar que en esta clase de procesos, se requiere la toma de decisiones urgentes, procurando solucionar coyunturas de modo autónomo mediante la actuación de la Justicia, dependiendo, en tal sentido, del criterio del magistrado a fin de dictar la medida, cuyo dictado sea en pos del interés del niño, donde la palabra de este sea tomada en consideración, conforme a su madurez intelectual y su capacidad progresiva. Garantizando en tal sentido, un proceso judicial justo donde sus palabras, creencias, opiniones y pareceres, sean tomados en cuenta por el magistrado.

En los procesos por violencia familiar, cuando en sus fojas se asoma la mirada del niño marcada por el maltrato, por ser testigo / víctima de la violencia perpetrada en sus hogares, los magistrados deberán velar por sus derechos personalísimos. Estos han sido vulnerados, quebrantados, avasallándolos, proyectándose en tal sentido un abanico de medidas, las cuales los jueces tendrán la obligación de adoptar a fin de resguardarlos, protegerlos, restituyendo la calma en el núcleo familiar. Teniendo en miras siempre -y lo recalco- un proceso judicial justo, donde la palabra del niño sea tomada en consideración, constituyendo el eje central del proceso y no una foja más de este.

-----

(1) Ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Sancionada el 11/3/2009. Decr. Regl. 1011/2010. B. O.: 20/7/2010.

(2) Ley 14.509. Sancionada el 29/11/2012. B. O.: 3/6/2013.

(3) Ley 24.417 de Protección contra la Violencia familiar. Sancionada el 7/12/1994. B. O.: 3/1/95. Decr. Regl. 235/96 BO: 8/3/96.

(4) MEDINA, Graciela: Visión jurisprudencial de la Violencia Familiar. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 225.

(5) CNCiv, Sala A, 13/4/99, ED, 184-213.

(6) CNCiv, Sala A, 13/4/99, ED, 184-213.

(7) Destaco, en este punto el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño que preceptúa el derecho del menor «a tener relaciones personales y contacto con ambos padres de modo regular, salvo, si ello es contrario al interés superior del niño», como se presenta en las situaciones abusivas y maltrato familiar.

(8) SANZ, Diana: «Obstáculos empíricos, conceptuales...», p. 147, en LAMBERTI, Silvio: Maltrato infantil y riesgo del compromiso profesional. Universidad, 2002.

(9) SANZ, Diana: «Obstáculos empíricos...», p.147, en LAMBERTI, Silvio: «Maltrato infantil y riesgo...», op. cit.

(10) C. Nac. Civ., sala A., 26/6/85, LL 1985-E-151, íd., sala C., 25/10/94, JA 1996-III, síntesis, p. 163, N.º 21.

(11) C. Nac. Civ., sala B, 10/4/97, JA 1998-II-476.

(12) SOLARI, Néstor: «La autodeterminación del niño en el régimen de visitas», p. 93. JA 2006-III, fascículo N.º 8.

(13) SOLARI, Néstor: «La autodeterminación...», op. cit, p. 95.

(14) Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

(15) Consejo de Derechos del Niño, Niña y Adolescente, mediante las Defensorías Zonales. Organismo responsable de adoptar dichas medidas en el ámbito capitalino.

(16) Me remito a lo expuesto en la cita anterior.

(17) Decr. 42/14 del 9/1/14. Publicación del 6/2/14. BO N.º 27.234.

(\*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Especialista en Violencia Familiar y Abuso Sexual. Docente, UBA. Excoordinadora del Refugio de Mujeres y Niñas/os en situación de Trata con fines de explotación sexual dependiente del GCABA. Letrada adjunta de Casa Refugio para Mujeres en Situación de Violencia «Mariquita Sánchez» del GCABA. Letrada patrocinante de la Fundación Salud Activa. Abogada fundadora de Bentivegna Estudio. Disertante en congresos y seminarios. Autora de publicaciones sobre temas de su especialidad.