

# LOS “ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN ESPECIAL”

Por Gustavo Carranza Latrubesse\*

Sumario: 1.- La realidad, disparador de las ideas. 2.- La Ley de salud mental. 3.- El imperio de los traficantes de drogas. 4.- La suspensión del ejercicio de la patria potestad. 5.- La protección de los derechos del niño. 6.- La finalidad de los “EEE”. 7.- El Anteproyecto de creación de los EEE, presentado al H. Senado de la Nación. 8.- Algunas conclusiones.

Síntesis: La observación de la realidad es el primer paso para la búsqueda de las soluciones. Están en juego, de un lado, la dignidad de la persona humana y el interés superior del niño y, del otro, la seguridad pública. Darle prioridad a ésta, olvidando las dos primeras, se muestra como un pragmatismo ‘desalmado’ frente a quienes sufren su impotencia para resguardar la seguridad, la salud, la libertad, el presente y el futuro de sus hijos.

Abastrac: Observing reality is the first step in finding solutions. At stake are, on the one hand, the dignity of the human person and the best interests of the child, and on the other, public safety. Giving priority to the latter, while neglecting the first two, reveals itself as a "heartless" pragmatism in the face of those who suffer from their powerlessness to safeguard the safety, health, freedom, present, and future of their children.

Palabras de interés. Drogadicción. Protección de la salud. Interés superior del niño. Seguridad pública, Financiación de los sistemas de protección.

**1.- La realidad, disparador de las ideas.** No soy psicólogo ni siquiatra ni sociólogo y, seguramente, desconozca los fines reales de esas y otras ciencias, vinculadas a la solución de los problemas que aquejan a la comunidad. Soy, apenas, un abogado, con especialidad en Derecho de daños y en Derecho privado, defensor de los derechos humanos de los que tanto se habla, pero no siempre se respetan ni se aplican las soluciones que el caso impone. Seguiré defendiendo los derechos humanos con los que la Convención ADH y otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, conforman la Ley Suprema de la Nación; aunque, debo decirlo, mi desilusión por quien fue creada, como órgano autónomo de la OEA, ‘para’ la defensa de aquéllos en el continente americano, la CIDH, haya desviado su Norte y, hora es, de apartarla de su frustrado destino y habilitar, de una vez, el acceso irrestricto a los estrados de la Corte IDH, derogando, por consenso de partes, el art. 61.1, de la Convención, asegurando, así, la presentación directa de las víctimas ante la Corte IDH (*locus standi* y *ius standi*). En este sentido, la con-

sideración de la víctima como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos, fue admitida por la Corte IDH, en el Caso “Garzón Guzmán y otro c. Ecuador”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sent. N° 434, de 01/02/2021, párr. 22; Caso “Furlán c. Argentina”, Sent. N° 246, de 31/08/2012, párr. 53; y Caso “Moya Solís c. Perú”, Sent. N° 425, de 03/06/2021, párr. 32. En el Caso “Casa Nina”, con cita del Caso “Cinco Pensionistas c. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sent. N° 98, de 28/02/2003, párr. 155, y Caso “López y otra c. Argentina”, Sent. N° 396, de 25/11/2019, párr. 196, repite esa condición de sujetos del Derecho internacional de los derechos humanos. También, se ha declarado única titular del orden público internacional de los derechos humanos, aunque, cuando le pedí, por nota fundada, que se avocara a mi causa N° 10.087, del registro de la Comisión IDH, a efecto de que se ocupara de la investigación del incumplimiento de sus recomendaciones, me remitió a la propia CIDH, por aplicación del art. 61, CADH; círculo vicioso que muestra la debilidad del sistema. Quien defendió con sostenido ahínco la derogación de ese art. 61, fue Cançado Trindade, otrora presidente de la Corte IDH, en sus conferencias y seminarios.

Mi relación con algunos clientes, por compartir sus necesidades y defender sus anhelos, me ha llevado, en varios casos, más por el tiempo de los eternos e interminables litigios (tres que superan los 25 años), a que me consideren ‘de la familia’. Accedí así, al conocimiento de que, en una de las familias, los padres luchaban contra la adicción a las drogas de su hija mayor, ya estudiante universitaria. Era menester protegerla de las drogas a la que accedía y de las ‘amistades’ que frecuentaba, así que hice una fundada presentación a una señora juez de familia, a quien los padres suplicaron su intervención para someter a su hija a algún protocolo de cura de sus adicciones. Rechazó la demanda con el argumento de que la afectada era ya mayor de edad, aunque menor de 25 años, que supone la extensión de la obligación alimentaria de los padres en los casos de estudiantes universitarios. Y, como si esa edad fuera un límite para el amor, el derecho y el deber de defender a sus hijos, no sólo del ataque de otros sino de sí mismos. Por suerte, esa juez, seguramente madre, ha dejado de ser juez de la provincia del Chubut.

Es probable que, de esa situación, surgiera en mi la necesidad de buscar una solución ‘legislativa’, que permitiera poner a resguardo los dos aspectos de la antinomia dignidad y derechos-seguridad pública, en las antípodas de una sociedad con problemas de notoria decadencia moral y de recursos escasos. O, tal vez, fuera aquel impulso de mi juventud, cuando designado Fiscal con competencia múltiple a los 25 años recién cumplidos, generé una fuente de trabajo para los internos de

la cárcel de encausados (llamada “Depósito de encausados”), y logré que se dictara un Decreto por el Poder Ejecutivo provincial, estableciendo allí un reglamento de trabajo y destino de los ingresos obtenidos por los trabajadores encausados. No sé si el decreto sigue vigente, pero sí sé que hasta 25 años después, siguió funcionando aquella fuente de trabajo. Hoy por hoy, se discute que los condenados deban o no ser sometidos a tareas obligatorias, lo que no es posible discutir, pues la Convención ADH lo permite y tiene jerarquía constitucional (Art. 6.3, ‘a’).

**2.- La Ley de salud mental.** Con el N° 26.657, nominada “Derecho a la Protección de la Salud Mental”, fue sancionada en 25 de noviembre de 2010 y promulgada el 2 de diciembre de 2010, dejando a salvo la mayor protección que las provincias y la CABA pudieran generar en sus respectivas legislaturas. Diría que se trata de una temática que genera competencias concurrentes en Nación y provincias. Son de interés inmediato los arts. 1° y 4° de la Ley.

El art. 1°, dispone:

*“La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.*

Desde que la cuestión de la protección de la salud no es de aquellas específicamente delegadas a la Nación, es de toda evidencia que, en un concierto de colaboración entre el ente federal y las provincias (‘concertación’), puedan existir regulaciones sólo diferenciadas por la intensidad de la protección que destinen al cumplimiento de los fines previstos; remito, por razón de brevedad, a los argumentos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN y CS), en la causa “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (CS, 04/05/2021, *Fallos* 344: 809), donde la Corte sostuvo que siempre debe ceñirse a la lectura más estricta en lo que hace al orden competencial. Dijo allí que:

“Tal mandato interpretativo emana de la premisa que ensayó Alberdi y se recita en la jurisprudencia históricamente, esto es, que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos (arts. 75 y 121 de la Constitución Nacional; Juan Bautista Alberdi, *Derecho Público Provincial Argentino*, Buenos Aires, Ciudad

Argentina, 1998, p. 146. Asimismo, causa “Blanco”, Fallos: 1:170, entre muchas otras hasta la más reciente “Cablevisión S.A.”, Fallos: 329:976). El concepto fue repetido en la causa “Alpha Shipping c/ Tierra del Fuego” (CS, 07/04/2023, Fallos 346:103).

El art. 4, dispone:

*“Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud”.*

Es también de mucho interés el art. 7, inc. ‘1’, en cuanto reconoce:

*“Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación”.*

Retenga el lector estas disposiciones, a la hora de opinar sobre la reducción de la edad de imputabilidad pues, según ellas, estaremos -el Estado Nacional- condenando a ‘enfermos mentales’ a quienes el Estado debe consideración como persona titular de dignidad y de derecho a gozar de un buen sistema de salud.

La ley de protección de la salud mental de la provincia del Chubut, Ley I N° 384, no hacía referencia específica a la problemática de las adicciones, disponiendo su art. 1°, que:

*“Créase el marco jurídico para las acciones y actividades del campo de la salud mental incluyendo los tres sub- sectores: público, privado y de la seguridad social en relación con la promoción de la salud mental, la prevención de las problemáticas psico-sociales, el tratamiento integral y la rehabilitación de las mismas, basado en un modelo de orientación comunitaria”.*

De todos modos, proclama el respeto de la dignidad del enfermo, el control de la autoridad de aplicación de las instituciones creadas para la atención de las personas afectadas en su salud mental, la necesidad de especialistas que deben dictaminar en los procesos judiciales, así como determinar la necesidad de las internaciones, tomando el alta médica como un “acto terapéutico” (art. 30).

Esta ley fue reformada por la Ley I N° 648, de Creación del Órgano de Revisión Provincial de Salud Mental, sancionada en 21/03/2019 y promulgada en 09/04/2019; Boletín Oficial de 12/04/2019, que modifica los arts. 1° y 6°, en una extensa relación, de la que rescato, del primero, el punto 5, que establece:

*“5. Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud”.*

Es de interés, también, el punto 13, del art. 6, que la nueva ley reforma:

*“Las niñas, niños y adolescentes con padecimiento mental, gozarán de los derechos enunciados en la presente ley, además de los establecidos en la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en la Ley III N° 21 (antes 4347) de Protección de la Niñez, Adolescencia y Familia, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y demás tratados y reglas internacionales que protegen el derecho de las personas del mencionado rango etario”.*

Como he sostenido en otros trabajos de doctrina, la aplicación ‘de los derechos’ de la Ley 26.061 que, muchas veces, se ha considerado reglamentaria de la Convención sobre los derechos del niño, aunque se ha violado ominosamente en la ley 27.610, contiene la primera y más clara acción popular en protección de los derechos de los niños, toda vez que concede a cualquier persona el ejercicio de acciones administrativas y judiciales para exigir a los funcionarios el cumplimiento de sus obligaciones y el respeto de los derechos de los niños. La CSJN ha reconocido esa acción como derecho de todo ciudadano de interponer acciones administrativas y judiciales ante la inobservancia de los deberes del Estado (CS, 11/02/2020, “Internas de la Unidad 31 del SPF s. Hábeas corpus”, *Fallos* 343:15).

La Constitución del Chubut, mi provincia de elección, contiene catorce (14) referencias a la salud lo que es destacable, pues, el debido proceso, sólo registra dos (2), en el título y en el texto del art. 44; y la propiedad, tiene nueve (9) referencias, en los títulos y en los textos de sus disposiciones. El art. 18, referido a los derechos, en su punto 2., refiere a la protección de la salud; el art. 33, refiere a los consumidores y usuarios, confiriéndoles legitimación en la relación de consumo, para protección de la salud con relación a la calidad de los bienes y servicios; el art. 36, asegura a los veteranos de guerra facilidades para el acceso a la salud, al trabajo y a una vivienda digna; el art. 66, punto 8., impone a los habitantes, cuidar su salud y la de sus semejantes, en cuanto les sea posible, como un bien social; el art. 72, relaciona la política de salud, de la que destaco dos puntos de interés; el 1., apunta al *“derecho al mantenimiento, protección y mejoramiento de la salud de su población y a la atención de quienes se encuentren transitoriamente en su territorio”*. Este último me trae reminiscencias de mi época de

Fiscal en Comodoro Rivadavia, donde en su Hospital Regional se atendía personas que venían de Chile en procura de salud; una de esas, cometió un delito grave en la ciudad y fue detenido y alojado en el ‘Depósito de encausados’; padecía de tuberculosis, en grado tan avanzado, que la medicación que se le suministraba ya no le hacía efecto, y constituía un factor de alto riesgo en la población carcelaria, supernumeraria en relación a la capacidad del pabellón en que se alojaba. Produje prontamente su acusación, obtuve su condena y gestioné, con éxito, su extradición a su país de origen; siempre me quedó ese sabor amargo que deja el cumplimiento de obligaciones que no pueden eludirse.

Otro punto de interés de este artículo, es el 7., que dispone “*Promover la solidaria participación de la sociedad en su conjunto para el logro de la excelencia en la atención de la salud*”. El art. 73, se refiere a los recursos en materia de salud, “*como logro de un nivel de vida ascendente y a la salud como condición necesaria en la búsqueda del máximo bienestar para el mayor número de individuos*”.

La nueva Ley I N° 684, incorpora en la precedente, el art. 34 bis, que crea el Órgano de Revisión Provincial con el objeto “*de defender y monitorear el cumplimiento de los derechos humanos de las personas con padecimientos mentales y/o consumos problemáticos*”.

En síntesis, la provincia del Chubut ha avanzado en la protección de las personas afectadas en su salud mental, comprendiendo las consecuencias de las adicciones, particularmente en los niños, lo que genera cierta contradicción en los fines de protección de la colectividad, cuando, en el orden federal, se postula la reducción en la edad de imputabilidad penal.

La CChu ha previsto, en dos (2) artículos, la protección de la niñez; el art. 27, impone a la familia asegurar prioritariamente la protección integral del niño. Y, al Estado, en forma subsidiaria, el desarrollo de acciones específicas en caso de niñez sometida a cualquier forma de discriminación, ejercicio abusivo de la autoridad familiar, segregación de su familia o de su medio social inmediato. Y el art. 74, instrumenta regímenes de previsión y seguridad social en favor de la niñez desvalida. Cuando se refiere a las ‘acciones específicas’, debe leerse, a mi criterio, las ‘acciones positivas’ que la CN impone al Congreso Nacional, “*dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*” (art. 75, inc. 23. CN; énfasis mío).

Estas acciones positivas que, en gran medida se desarrollaron en la Ley 26.061, constituyen un valladar infranqueable a todo intento de afectar la necesaria protección del niño con medidas como la reducción de la edad de imputabilidad penal. No está demás recordar que, la Convención de los derechos del niño, mereció una reserva interpretativa de Argentina, conforme a la cual es niño toda persona, desde su concepción hasta los 18 años cumplidos. Este criterio, a que se ha obligado Argentina ante la comunidad internacional, tiene su correlato en el art. 19, CCCN, que considera la personalidad jurídica desde la concepción. Y, puede y debe sostenerse, su vigencia al más alto nivel jurídico, pues tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). La Convención americana sobre derechos humanos en el art. 4.1, establece sobre el derecho a la vida:

*“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”* (énfasis mío).

No desconozco que ha habido interpretaciones, incluso de la CIDH, que han sostenido que, en los estudios preparatorios de la Convención, no estaba previsto acordar esa calidad de persona al *nasciturus*. Pero la CIDH recibe subvenciones de los Estados e instituciones de elevado poder económico y, penosamente, puede ‘acomodar’ sus criterios a esos intereses. Frente a ello, sostengo con vigor, como lo ha hecho la CSJN, que el art. 27, CN, es el valladar infranqueable que protege el interés público de la Constitución (llamado también principio de reserva nacional) (CS, 2017, “Fontevicchia y D’Amico, Oficio de la Secretaría de DDHH”, *Fallos* 344:47, Cons. 19º; y doctrina de *Fallos* 317:1282).

La Convención ADH, también protege el derecho a la salud (art. 5); el PIDESyC (art. 12, inc. ‘c’) y PIDCyP (art.6, inc. 1), relacionados por la CSJN en *Fallos* 326:4931).

El CCCN contiene disposiciones de aplicación a este estudio, relativos a la salud y en función del interés de las personas menores de edad. El art. 26, en lo que aquí compete considerar, dispone:

*“La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.*

*Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.*

*A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.*

No olvido el famoso fallo de la CSJN, dado en la causa “Saguir y Dib” (CS, Fallos 302:1284) donde una menor de edad decidió donar un riñón a su hermano, de lo que dependía su vida; la Corte, además de requerir la pertinente información médica acerca de las consecuencias para ambos hermanos, se persuadió de que la decisión de la donante conllevaba muy sólidos argumentos, especialmente sostenidos en la relación espiritual y afectiva con su hermano, con lo que la Corte autorizó el trasplante teniendo en claro que se trataba, también, del derecho a la vida. Otros pronunciamientos de la Corte respetaron la autonomía personal, como en el caso “Bahamondez” (CS, 06/04/1993, Fallos 316:879); la consideración del “hombre como eje y centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (CS, “Campodónico de Beviacqua”, Fallos 323:3229; 324:3569); el derecho a la salud como necesario soporte del derecho a la vida (CS, “Cisiloto”, Fallos 320:112); y la excelente sentencia dada en la causa “Chamorro” (CS, 01/04/2008, Fallos 331:453), que estaba relacionada con las obligaciones de las asociaciones mutuales y las equiparó con las entidades de medicina prepaga, en tanto se trataba de una ‘empresa’ y había mediado un pago previo como socio de la asociación mutua (cuotas), criterio sostenido por el juez Lorenzetti; dijo allí:

“El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional” (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte).

El art. 42, CCCN, en disposición que no parece propia de un Código Civil, establece que:

*“La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades*



*establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato”.*

El art.59, regula el consentimiento informado que comprende la posibilidad de decidir sobre la aplicación de procedimientos determinados ante una enfermedad terminal (el llamado encarnecimiento terapéutico). El art. 60, prevé dejar directivas en caso de padecer enfermedades, aunque tiene por no escritas las prácticas eutanásicas. El art. 138, prevé la curatela, con el alcance de que la principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. El art. 403, inc. ‘g’, prevé como impedimento matrimonial la falta permanente o transitoria de salud mental, aunque se admite la dispensa judicial, con dictamen médico y de un equipo interdisciplinario (art. 405). En el caso de divorcio, la atribución del hogar conyugal depende, entre otras circunstancias, del estado de salud (art 443). El art. 1738, sobre el alcance de la indemnización de daños, prevé entre las circunstancias a evaluar, la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Es de interés el art. 32, CCCN, que establece:

*“Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes” (el subrayado me pertenece). Se prevé allí la designación de ‘apoyos necesarios’, ordenada en el art. 43; dice:*

*“Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.*

*Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.*

*El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la*

*condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.*

En un interesante fallo de la CSJN, que anula el dictado por la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia, que había emitido una medida de prueba de oficio a fin de determinar el costo efectivo de las prestaciones de salud que requería la hija menor del accionante, en la que se demostró que dicho costo implicaba un sacrificio económico que no podía ser afrontado por el grupo familiar y pese a que había ordenado a la obra social hacerse cargo del 100 % del valor de las prestaciones, la Cámara se desentendió luego de la prueba por ella ordenada, estableciendo valores inferiores a los fijados en la sentencia de primera instancia, declarando la Corte la nulidad por el vicio de *reformatio in peius*. Lo interesante del fallo es que se impuso a la obra social hacerse cargo de la cuantía de las prestaciones necesarias para atender las discapacidades padecidas por la menor (CS, 04/07/2023, “A., S. H. c / OSFATLyF”, *Fallos* 346:730).

En un caso anterior, resuelto en el mismo fuero, se cuestionó si la Obra Social del Poder Judicial de la Nación debía afrontar la totalidad de las erogaciones necesarias para atender la discapacidad del niño, hijo de la accionante, o, en su caso, limitada a los topes arancelarios previstos en el Nomenclador de Prestaciones Básicas, que ha recibido numerosas actualizaciones. La Procuración General reconoció, invocando decisiones de la propia Corte, que el derecho a la salud está ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente en favor de los niños y de las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, CN; arts. 10, inc. 3, y 12, PIDESyC; arts. 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 23 y 24, CDN; arts. 4, inc. 1, y 19, CADH; art. 24, inc. 1, PIDCyP). Sobre esa base normativa, de jerarquía constitucional, la CSJN ha declarado que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país (CS, “Martin”, *Fallos* 327:2127, y “Lifschitz”, *Fallos* 327:2413). Sostuvo la Procuración que es obligación de todas las prestadoras de salud hacer su máximo esfuerzo por satisfacer el derecho a la salud de los niños con discapacidad, por lo que la demandada debía brindar una cobertura integral de las prestaciones que sus afiliados requieren en virtud de su discapacidad, con cita de *Fallos* 327:2127; y “Segarra”, *Fallos* 331:1449. Sostuvo también la Procuración, con cita de la CSJN, que no era irrazonable reglamentar los valores reembolsables, pues, de lo contrario, el principio de solidaridad se volvería ilusorio (CS, “Melich”, *Fallos* 325:977; CS, “Viton de Borda”, *Fallos* 327:3256); y que la aplicación de topes, también fue aprobada por la Corte (CS, “G., M.E.”, *Fallos* 334:1869). En síntesis y con razón, a mi juicio, sostuvo que no es admisible que

se desvirtúe la finalidad protectoria del régimen que reglamenta, sino que debe ser razonable, lo cual significa que debe atender a los fines que contempla y no ser descalificable por razón de inequidad (CS, “Vizzoti”, *Fallos* 327:3677, Cons. 6º y 7º, y CS, “Reynoso”, *Fallos* 329:1638). Estaba allí en consideración el interés superior del niño (CS, “Guckenheimer”, *Fallos* 324:122; 327:2413), entre otras circunstancias, como la necesidad de las prestaciones y la capacidad de pago del afiliado. Desde que ésta, constituía un impedimento para la continuidad del tratamiento, los topes arancelarios resultaban irrazonables.

La CSJN, previa declaración de que los derechos conferidos en la CN no son absolutos, y sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, sostenido en numerosas sentencias, en tanto no sean anulados en su esencia (CS, *Fallos*: 172:21; 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11), no aceptó el dictamen de la Procuración y anuló el fallo, ordenando se dictara uno nuevo. En esa decisión influyó que los padres hicieran uso de pasajes aéreos, estadías en hoteles y recurrencia a prestaciones no previstas, apareciendo razonable su sentencia.

**3.- El imperio de los traficantes de drogas.** Tanto en la ciudad de Córdoba como en el conurbano bonaerense (el AMBA), los traficantes de drogas se mueven con libertad, donde el negocio de la droga va encontrando sus mejores clientes en la juventud. En Córdoba hubieron varios cambios en la conducción de la Policía y en los directivos del sistema penitenciario, que generaban, en la cárcel de Bower, sus mejores negocios; se habían puesto allí a los zorros a cuidar a las gallinas. La población duda y con razón, de que la política, no tenga ‘algo que ver’ con el desarrollo de esa clase de infame criminalidad. En Comodoro Rivadavia, donde pasé los últimos cincuenta y nueve (59) años, baste preguntarle a un taxista donde están las ‘cocinas’ de la droga, y le darán la dirección exacta. En Córdoba, un padre y una madre claman a la Policía para que detenga a sus respectivos hijos, para que no los maten o no maten ellos a otras personas; nunca antes se me había ocurrido ver un ejemplo tan claro de aquella expresión que dice, de los hijos, que son una flecha disparada sobre la que no se tiene posibilidad de modificar su destino. Un sacerdote, brega por mantener un grupo ya numeroso de chicos para resguardarlos de los que buscan soldaditos. Así las cosas, no tiene ningún sentido bajar la imputabilidad de los 16 a los 14, ni a los 12 ni a los 10, porque, sobre todo a éstos, se los copta más fácilmente.

De tal modo, a mi modesto juicio, la solución no está en legislar sobre las consecuencias, sino que es menester operar sobre las causas. Cuando los padres, por la razón que sea, no pueden gobernar la conducta de sus hijos, empieza el tremendo drama de las conductas antisociales, que se inician con los pequeños hurtos a las propias familias y, cuando el ‘paco’ ha quemado su cerebro no hay amor que les imponga frenos. Y ahí tenemos un enfermo mental al que la ley que nos rige manda cuidarlos.

**4.- La suspensión del ejercicio de la patria potestad.** Sabido es que, tanto en nuestro Derecho civil argentino, como en el Derecho continental europeo, los actos dañosos de los hijos deben ser reparados por sus padres. Así, el art. 1903, CC español, en su segundo párrafo, establece que “*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda*”. Y, en el mismo artículo, en su último párrafo, se dice que “*La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*”. Según indica Reglero Campos, los jueces españoles nunca atienden esta excusa, y hacen responsables a los padres por los hechos de sus hijos.

Me permito un derrape hacia el tema de la responsabilidad civil, sólo para indicar que las situaciones previstas por el CC español, están reguladas en el Capítulo II, que se refiere y denomina “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, de modo que, además de atrapar, como principio general, el hecho de ‘todo’ el que causa un daño mediando culpa o negligencia, comprende los casos especiales en donde se responde por el hecho de ‘otro’, que no sólo incluye el responder por los hechos de los hijos sino por los dependientes, de los directores de establecimientos educativos por los hechos de los alumnos durante su estancia en el establecimiento, donde el factor de imputación no es la culpa sino que es ‘objetivo’; es decir, que se funda en la garantía, en el riesgo, en la equidad, en la mala elección (Gómez Calle, Esther, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, de L. Fernando Reglero Campos (Coord.), Thompson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 513 y n. 183, con citas de las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1977, RJ 1977, 1654, y 28 de junio de 1997, RJ 1997, 5810).

Como el ejercicio de la patria potestad, en orden a sus deberes y facultades, permite a los padres “*en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos*” (art.

154, últ. párr., CC español), tendrían allí una excusa para mostrar que hicieron todo lo posible para enderezar la conducta de sus hijos.

Para la casación francesa, la responsabilidad de pleno derecho incurrida por los padres y madres según los fundamentos del art. 1384, párr. 4 y 7, del Código Civil francés, por los hechos dañosos causados por sus hijos menores que habitan con ellos, no están subordinados a la existencia de una falta del menor. Esto quiere decir, que la responsabilidad de los padres, por los hechos de los hijos que habitan con ellos, es objetiva. El párr. 4º, dice: *“El padre y la madre, en tanto que ejercen la patria potestad, serán solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos”*. Y, el párr. 7º, establece: *“La responsabilidad anteriormente mencionada tendrá lugar, a menos que el padre, la madre y los artesanos prueben que no pudieron impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad”*. La responsabilidad es, también, objetiva (con base en la garantía) y permite la prueba de la no culpa, para exonerarse.

Para no abundar, el régimen de la responsabilidad paterna, ha sido prevista en los arts. 1755 y 1756, CCCN, en los siguientes términos:

*“1755.- Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643.*

*Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.*

*Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos”*.

*“1756.- Otras personas encargadas. Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo.*

*Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia”*.

Desde que la responsabilidad de que aquí trato, es la de los padres por los hechos dañosos de sus hijos, en la finalidad de los EEE, que he proyectado, está prevista sólo en función de la situación que impele a los menores a ocasionar daños a terceros, sea a su propiedad o por daños físicos a las personas. Tomo como

fundamento sustancial, el legado de la lúcida jurista cordobesa, Matilde Zavala de González, en sus varias obras sobre el Derecho de daños, en una de las cuales dijo:

“Los niños deben ser amparados, inclusive ante las contingencias derivadas de sus propias travesuras, porque ignoran los peligros y poseen un sentimiento de alegre y desinteresada omnipotencia y desenfreno; no son accidentes, sino infortunios que pueden ser anticipados, y son sus guardadores adultos los encargados de fijar límites y de cuidar que no sean traspasados” (citada y aplicada por la CNCiv., Sala B, 28/09/2021, “M., J. G. y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, elDial.com - AAC85A, publicado el 15/11/2021, Buenos Aires).

El art. 643, CCCN, permitiría a los padres prestar expresa conformidad a la custodia de sus hijos, que presentan problemas con la ley, en favor de los EEE. La norma establece:

*“643.- Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades”.*

La factibilidad de esa delegación voluntaria y, aunque no lo fuera, o lo fuera por las circunstancias derivadas de la conducta de los hijos, pondría a salvo a las familias de la responsabilidad civil por los daños causados, que no es la finalidad del instituto proyectado sino una razón más de su existencia; pero, le daría a los niños la posibilidad de liberarse de sus adicciones, recobrar su salud y su cordura y emprender la lucha por la vida en base a su esfuerzo y sacrificio personal. El Poder Judicial estaría autorizado a disponer la internación necesaria, se haya producido ya o esté el menor en trance de padecer una enfermedad mental, producto de sus adicciones, pues, como ha dicho la CSJN, es más que lícito y necesario, agrego de mi coleteo, “buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos” (CS, 21/03/2023, “Zárate c. SENASA”, Fallos 346:200; 331:2925; 339:1423; 343:1332).

En la ciudad de Córdoba hay un caso paradigmático de un menor de quince (15) de edad, que lleva en poco tiempo decenas de delitos cometidos, generalmente de hurtos y robos, que es detenido por la Policía e, inmediatamente, puesto en libertad y remitido a la custodia de sus padres. Lo importante del Anteproyecto es que, de sancionarse, el juez no lo pondrá en libertad, sino que ordenará su reclusión en un EEE, donde será evaluado médica, psicológica y siquiátricamente, para determinar el origen de su conducta antisocial y, de sus resultados, se podrá decidir sobre su futuro. Cuando se roba o mata padeciendo adicciones, es un enfermo mental quien actúa de ese modo, con lo que la evaluación previa que propongo implicará el sometimiento a la autoridad del EEE, hasta la determinación de la causa de su conducta y, si adquiere la mayoría de edad, el juez que ordenó su internación dispondrá de la formación de la causa penal, con intervención del MPF y de la Defensa, siempre que no se haya logrado la superación del problema.

El CCCN prevé la designación de apoyos, personas que deberían asumir la protección de los incapaces y la custodia de sus bienes, como ya he indicado. Pero en este tipo de adicciones, que enferman la mente, sólo una institución, con prestadores de servicios profesionales multidisciplinarios, pueden tratar con el amor que se debe a los enfermos, las adicciones, completar la educación, interesarlos en la práctica de un oficio, y a socializarse y compenetrarse en el deber de respeto de los derechos de los demás. Condenar penalmente a los menores es cerrarles para siempre un futuro, pues las cárceles sólo enseñan de soledad, de padecer los abusos de los más fuertes, de acumular odios generalizados a la sociedad. Pedí al H. Senado de la Nación que me enviara el Anteproyecto de ley del Poder Ejecutivo para la rebaja de la edad de imputabilidad, pero nada he recibido hasta ahora. No obstante, se han publicado algunas razones que fundarían el proyecto, de las cuales rescato la que siento como la más importante de todas; se reconoce allí que:

“Es de público conocimiento que el crimen organizado se aprovecha de niños y adolescentes para delinquir sin restricciones, evadiendo así la responsabilidad penal. Nuestro compromiso es proteger la vida, la libertad y la propiedad de los argentinos. Los criminales ya no podrán valerse de menores como medio para violar la ley. Quien tenga la osadía de empuñar un arma y arrebatarse una vida, debe enfrentar la ley y la justicia”.

Es decir que, más allá de las buenas intenciones, y sabiendo que los menores son ‘víctimas’ del crimen organizado; que si ellas, las víctimas, hurtan, roban y matan lo hacen para proveerse de drogas y han perdido ya los frenos inhibitorios

naturales por los que el ser humano conoce la diferencia entre el bien y el mal, su solución inmediata es enviarlos a las cárceles. Me parece que en esto hay un gran desatino, que pone en crisis todo el Derecho que he relacionado antes; los tratados internacionales de jerarquía constitucional; las leyes internas, sobre los derechos de los niños (Ley 26.061); las leyes y políticas públicas sobre salud mental; hasta las reglas del derecho a la defensa en juicio porque esos menores, aprovechados por el crimen organizado, serían condenados en lugar de ser protegidos de sí mismos y por sus adicciones a las drogas, que generan, en procesos de corto plazo, la enfermedad mental, de la que no se vuelve sin tratamiento adecuado. El CPrP del Chubut, invoca y ordena aplicar los tratados internacionales, en los arts. 1, 6, 21, 161 y 402, declarando, el primero, que son directamente operativos y *“son de aplicación directa y prevalecen sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa e informan toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal”*.

Y, el último (art. 402), establece:

*“El niño o adolescente gozará de todos los derechos y garantías previstos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales incorporados a ella, la Constitución de la Provincia del Chubut [artículo 50], este Código y normas especiales”*.

La Ley N° 3062 de la Provincia de Santa Cruz, sancionada en 11 de junio de 2009 y promulgada por Decreto N° 1474, de 29 de junio de 2009, publicada en el Boletín Oficial el 11 de agosto de 2009. Destaco de allí parte del art. 4, que establece:

*“4.- Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter provincial.*

*En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.*

*Toda acción u omisión que irrazonablemente se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica: a) Protección y auxilio en cualquier circunstancia; b) Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o*



*públicas; c) Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; d) Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice; e) Preferencia de atención en los servicios esenciales”.*

**5.- La protección de los derechos del niño.** Como es sabido, en la reserva interpretativa de la Convención de los derechos del niño (CDN), Argentina se comprometió ante la comunidad internacional a respetar que la condición de niño se adquiere desde la concepción y hasta el cumplimiento de los 18 años de edad. El art. 19, CCCN, dispuso que:

*“Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.*

Esta norma no ha sido derogada, pero sí, violentada por la ley 27.610 de IVE, juntamente con la CDN, de la CADH y del art. 75, inc. 22, CN, la Ley 26.061 y de la jurisprudencia inveterada -hasta allí- de la CSJN, que postulaba la protección del derecho a la vida como la primera obligación del Estado. El interés superior del niño, aparece protegido en numerosas disposiciones del CCCN, entre ellas, los arts. 26 (ejercicio de derechos de menores); 64 (apellido de los hijos); 104 y 113 (tutela); 595, inc. ‘a’, 604, 621 y 627 (adopción); 639, inc. ‘a’ (responsabilidad parental); 671, inc. ‘b’ (deberes de los hijos); 706, inc. ‘c’ (procesos de familia); 2634 (emplazamiento filial); 2637 y 2639 (adopción dispuesta en el extranjero); y 2642, (sobre desplazamiento, retención o sustracción de menores) y varias decenas de normas vinculadas a niños. La enfermedad mental tiene dos referencias en el CCCN: la del art. 45, que permite declarar la nulidad de los actos anteriores al dictado de la sentencia que declara la incapacidad, cuando la enfermedad mental era ostensible y, el 46, que se refiere a los actos anteriores a la sentencia de incapacidad de la persona fallecida, si la enfermedad mental surgía del acto celebrado.

El interés superior del niño tiene siete (7) referencias en la CDN; el art. 3, dispone:

*“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

El art. 9.1, es de interés para la sostenibilidad del anteproyecto, pues dice:

*“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, 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 éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”* (el subrayado es mío).

En igual sentido, el art. 37, inc. ‘c’, que dispone:

*“c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”* (subrayado mío, porque esas circunstancias pueden estar motivadas en el abandono del menor o de la incapacidad o desidia de los padres de ocuparse con eficacia de sus necesidades) .

La CSJN ha desarrollado una doctrina que define la interpretación que cabe aplicar al principio del interés superior; transcribo algunas de esas decisiones. En un caso de guarda de menor, en sentencia moderna, la CSJN dijo:

“Los niños tienen derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer, de modo que, ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los infantes debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en el proceso.

El interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias comprobadas en cada asunto, en consecuencia, su configuración exigirá examinar en concreto, por un lado, las particularidades del caso para privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que **contemple del mejor modo la situación real del infante**, y por el otro, cómo se ven o se verán afectados sus derechos por la decisión cuestionada y por la que corresponda adoptar” (CS, 20/04/2023, “D., H. c. y otros s/ Guarda con fines de adopción”, *Fallos* 346:287).

“De los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos, más aún cuando se

trata de niños o personas con discapacidad” (CS, *Fallos* 342:459, voto de la juez Medina; el subrayado es mío).

“El Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, **que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones** por todos los departamentos gubernamentales (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño)” (CS, *Fallos* 323:3229; énfasis mío).

En materia de discapacidad de niños, sostuvo la CSJN, que:

“Las normas de las convenciones internacionales reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que **requiere una mayor protección por parte del Estado**, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (artículos 3°, 6°, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 4°, 7° aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061). Dichas normas están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social” (CS, *Fallos* 341:1511; énfasis y subrayado míos).

“La protección y asistencia universal de la infancia discapacitada, constituye una política pública, en tanto consagra ese mejor interés cuya tutela encarece -elevándolo al rango de principio-, la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3 y 24 de dicho pacto y art. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional)” (CS, *Fallos* 332:1394; 327:2127; 326:2906).

“Los menores, con quienes respecto de su atención y asistencia integral corresponde equiparar a los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, **requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces**” (*Fallos* 327:2413).

**6.- La finalidad de los “EEE”.** La finalidad del Anteproyecto, como se verá en el punto siguiente, es sustraer a los niños que tienen problemas de adicciones y otros generados en conductas ilícitas, de las garras de las mafias del comercio de las drogas peligrosas, que destruyen en poco tiempo su libre albedrío. Además de ese rescate necesario, ordenado por las leyes vigentes, ayudarlos a completar sus estudios primarios, formarlos en la práctica de algún oficio y hacerles comprender la necesidad de que deben respetar el aforismo de que el derecho de cada uno termina donde empieza el de los demás. En el Siglo del conocimiento y de la inteligencia artificial, sin una formación o capacitación laboral que les permita su subsistencia por medios lícitos, serán menos de lo que son ahora, la mano de obra barata de los gerentes de las mafias, meros robots, instrumentos del mal por decisión y motivación, ajenas a su interés y albedrío. Es deber de la comunidad y, en especial, del Estado que se ha obligado a garantizar su educación, su seguridad y su salud, protegerlos con todos los recursos a su alcance; con los que ya existen y no funcionan adecuadamente, y con los que sean necesarios para que la garantía tenga utilidad y efecto. Mi propuesta es sólo eso; pero, tal vez, el clamor de los que sufren llegue a quienes deciden y los EEE, u otros que se imaginen, puedan cumplir su finalidad. Y es urgente proteger nuestra juventud, que ya viene alterada por las prácticas corruptas de los populismos hasta ahora gobernantes, asidos a la idea de que se puede vivir, como sus padres, a costilla de los que trabajan y merced a las mentiras de los que les prometieron felicidad sin esfuerzo. Es el gran cuento del horizonte prometido, sin saber, que se aleja al mismo tiempo y en la misma medida en que, hacia él, se avanza.

**7.- El Anteproyecto de creación de los EEE, presentado al H. Senado de la Nación.** Ingresado por correo electrónico al domicilio electrónico de la Presidencia del H. Senado de la Nación, en viernes 08 de marzo de 2024. Lo adjunto para el necesario conocimiento de los eventuales lectores pues, de la confrontación de las ideas, debe salir la regulación más sabia, la más equilibrada frente a la comunidad general y la más justa. Esta es mi pequeña llama con que pretendo encender otros fuegos.

## **ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN ESPECIAL**

Artículo 1º. Créase, en todo el territorio de la Nación, Establecimientos de Educación Especial, con el objeto de satisfacer, prioritariamente, los siguientes fines:

La internación de todo menor de edad (Convención sobre los derechos del niño y Ley 26.061) que se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

- i) Tenga o haya tenido, con anterioridad o después de la vigencia de esta norma, problemas de conducta frente a la ley, haya sido o no, sometido a proceso penal o cualquier otro procedimiento policial o judicial, sea o no considerado reiterante;
- ii) Se encuentre en condición de calle;
- iii) Haya escapado a la autoridad de sus padres, habite o no con ambos o alguno de ellos; o se encuentre actualmente sujeto a procedimientos de recuperación de adicciones;
- iv) Padezca adicciones a drogas sicotrópicas o peligrosas, que le disminuyan o hagan perder el natural discernimiento, intención y libertad;

El internado quedará sujeto a la jurisdicción y competencia judicial que haya dispuesto la internación, quedando suspendido el ejercicio de la patria potestad por sus padres, sin perjuicio de la sujeción a las obligaciones que les impone la ley;

El menor internado será sometido de inmediato y de acuerdo a los procedimientos aconsejados por la ciencia médica, al tratamiento de recuperación integral de su salud, la liberación definitiva de las adicciones nocivas que padezca, e inducido a desenvolver su conducta en favor de su bienestar personal y en el respeto de los derechos de los demás;

Su escolarización inmediata, con arreglo a su situación educativa y a las potencialidades que demuestre;

El aprendizaje de un oficio que le permita asegurar un medio de supervivencia y satisfacción de sus necesidades, cuando llegue a su mayoría de edad o, cumplidos los tratamientos del caso, se lo entienda capaz de comportarse con respeto de su cuerpo, de su salud y del derecho de los demás.

Artículo 2°. Un órgano o ente, constituido por médicos especialistas en adicciones a drogas peligrosas, siquiátras, sicólogos y/u otros profesionales que se determine en vía reglamentaria, determinarán si el menor, sujeto a internación, está en condiciones para recuperar su libertad ambulatoria, y de desenvolverse en el medio social con libre albedrío y responsabilidad. Su decisión podrá ser revisable, con carácter restrictivo, por vía judicial.

Artículo 3°. Constatada la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor, el juez interviniente dispondrá la intervención inmediata del órgano referido en el art. 2°, y dispondrá preventivamente, la internación del menor en el Establecimiento que corresponda, a cuyas resultas dispondrá su situación definitiva.

Artículo 4°. Llegado el menor internado a su mayoría de edad legal, quedará liberado del Establecimiento de Educación Especial, sin perjuicio de la posibilidad que exista de sometimiento a un patronato especial.

Artículo 5°. La creación de los Establecimientos de Educación Especial a que se refiere la presente ley, se financiará del siguiente modo:

Con los aportes del Tesoro Nacional;

Con el resultado de la ejecución de los bienes que se lleve a cabo contra los condenados por sentencia firme, por delitos de tráfico de drogas, cualquiera sea la

jurisdicción en la que hubieran sido condenados. A este fin, no será necesario que, previamente, se hubiera dispuesto de la pérdida de dominio de los titulares de dichos bienes, decomiso u otra medida similar. Serán de aplicación las normas previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación y las del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, previstas para los supuestos de responsabilidad por daños derivados de actos ilícitos, y las pertinentes correspondientes al juicio ejecutivo, respectivamente; a cuyo fin se concede la acción y vía ejecutiva para la ejecución aquí prevista. Esta acción, no admite excepción procesal ni sustancial alguna, bastando, al efecto, la condena penal, la acreditación de la titularidad de los bienes sujetos a ejecución y la inexistencia de constitución de bien de familia, inscripta con anterioridad a la comisión de los hechos constatados en la sentencia de condena penal. A ese fin, derógase el derecho real de habitación del cónyuge o pareja conviviente del condenado, respecto del inmueble asiento del que fuera el hogar conyugal;

Las donaciones que se efectúen para su aplicación al cumplimiento de los fines de los Establecimientos de Educación Especial.

Artículo 6°. Será juez competente para entender en la ejecución de los bienes de los condenados por delitos de tráfico de drogas, el de la situación de los bienes, si se tratara de inmuebles; en su defecto el juez federal de primera instancia de la jurisdicción del tribunal que emitió la condena.

Artículo 7°. Será órgano de aplicación el Ministerio del Interior, y la dependencia que el mismo determine en cada caso, según la situación territorial del tribunal que dictó la condena. Dicho Ministerio otorgará los poderes judiciales a los letrados que deban intervenir en los respectivos procedimientos; a tales efectos, podrán intervenir los fiscales y funcionarios del Ministerio Público Fiscal, que correspondan a la jurisdicción aludida.

Artículo 8°. El derecho a la salud y seguridad del menor, tendrá preferencia a su derecho a la libertad ambulatoria.

Artículo 9°. De forma.-

## **FUNDAMENTOS**

Desde la lejana, en tiempo y distancia física, Grecia, el sabio Aristóteles enseñaba que la educación de los hijos era tan importante para la *Polis*, que no podía ser dejada en manos de los padres. Hoy, esa sabia recomendación que, de muchas maneras, nuestra sociedad cumple, se ve atenaceada por otra dolorosa circunstancia que es la invasión de las drogas peligrosas, aun en la más tierna juventud, que pone en discusión, no solo la responsabilidad del Estado sin cuya participación, sea por omisión o por acción de los elementos inorgánicos que lo invaden (políticos y policías corruptos), genera un permanente atentado a la seguridad de la vida de todos, pues, el adicto, hoy mata sin razón, aun luego de conseguir el medio económico para satisfacer su imperiosa necesidad de droga.

Sabemos de padres desesperados que claman por la intervención de las autoridades, para que sus hijos no maten ni mueran con motivo de su adicción; el amor de una madre que ruega esa intervención, pues su hijo adicto, no respeta su autoridad y ha perdido los frenos inhibitorios frente al delito. Un nieto asesina a su abuela para robarle dinero para adquirir droga. Ya no tiene límites porque ya ha perdido su libre albedrío; su discernimiento, intención y libertad no le pertenecen, destruidos por la incontinencia de la droga. Un padre que denuncia a su hijo, que está robando y escapa por los techos, rogando a la Policía que lo detengan, que no lo maten. Estas noticias nos desgarran el corazón a todos y, desde que se repiten día a día, se hace imposible vivir con el horror a cuestas, que se esconde y acecha en cada portal. Salir de casa es una aventura de muy impredecible resultado.

Hace muchos años que vengo pensando en cómo solucionar el horror que nos afecta. Me atrevo, hoy, a elevar a la consideración del H. Senado de la Nación este Anteproyecto, porque creo que podrá ser mejorado con el saber, la experiencia, la prudencia de todos. Y, según creo y hago constar de modo expreso, se debe atacar donde a los traficantes duele más, disponiendo la ejecución de sus bienes para resarcir, de algún modo, el daño que su infame delito irroga a la sociedad entera.

Por cierto, la vida es el primer derecho que el Estado debe asegurar a sus administrados; vida, salud, seguridad y educación son fines fundamentales a preservar en toda sociedad civilizada.

Cuando los padres son incapaces de gobernar la conducta de sus hijos, no tiene razón de ser mantener la patria potestad que la ley les otorga. Ni tampoco es práctico aplicarles la responsabilidad por los hechos ilícitos y dañosos de sus hijos, cuyas conductas le es imposible conducir y gobernar; agravaría la desgracia de la familia, sin solucionar el problema principal, que impone, de un lado, abolir el acceso a las drogas mediante las políticas públicas adecuadas, pertinentes y eficaces y, de otro, intentar recuperar a las víctimas del infame negocio del tráfico de drogas. Y digo más, el Estado debería estudiar la forma de imponer a los Estados productores de drogas, cuyas fronteras compartimos, restricciones que afecten sus intereses patrimoniales. Alguna vez he soñado con amenazar de bombardear sus campos de cultivo como, se dice, hacen ciertas oficinas secretas de Estados poderosos del continente. Por ahora, impele la protección de las víctimas y, según creo, la internación obligatoria en los Establecimientos de Educación Especial, puede ser un medio adecuado para ello.

El H. Senado y la H. Cámara de Diputados sabrán coordinar las disposiciones legales existentes (Leyes 22.803 y sus reformas, y con el art. 33, de la ley 26.061), pues es la impotencia de los padres conducir la conducta de sus hijos, lo que los aleja del teatro familiar. La evolución de su salud determinará si procede o conviene la vinculación con el núcleo familiar y el modo en que deba desenvolverse. No se trata de judicializar la pobreza, pues el niño que delinque no lo hace para asegurar su supervivencia, sino para lograr la adquisición de la droga de la que es dependiente. En una investigación reciente, hecha en la provincia de

Córdoba, se determinó que sólo dos personas de las 750 detenidas por delitos cometidos, no tenía rastros de droga en su sangre. Ello evidencia, en gran medida, que el acicate de la delincuencia no es la necesidad alimentaria, sino la del sustituto de la droga. La información pública, insistente y detallada, sobre los perjuicios del consumo de droga es necesaria; pero la defensa de la vida, de la salud, de la seguridad y educación de las víctimas de las drogas, menores de edad, es imprescindible y de ejecución inmediata.

**8.- Algunas conclusiones.** No es mi finalidad ni deseo, descalificar la concreta y clara preocupación del Gobierno Nacional por la actuación de menores que, sin lugar a dudas, asuelan las comunidades de ciudades importantes, como las de Córdoba, Rosario y otras del AMBA, y ponen en riesgo el desenvolvimiento normal de los habitantes de esas ciudades, toda vez que, según clara jurisprudencia de la CSJN, intérprete final y soberana de los derechos, garantías y libertades de los habitantes, la seguridad pública es deber esencial del Estado.

Pero, estamos frente a un problema social que pone en peligro a toda la comunidad, a partir del aprovechamiento de menores de edad como víctimas del infame negocio de la droga, donde las adicciones se transforman en enfermedad mental, de la que no se vuelve sin cuidados especiales. La Corte IDH, tomando también decisiones del Comité del Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, ha calificado al derecho a la salud, como:

“La Corte ha señalado que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Así, todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral” (Caso “Rodríguez Pacheco y otras c. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sent. N° 504, de 01/09/2023, párr. 113).

Nuestra CSJN ha indicado, siguiendo dictámenes del MPF, que “El derecho a la salud —reconocido expresamente en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, garantiza al paciente el acceso al tratamiento médicamente adecuado para la patología que padece” (CS, Fallos 323:1339; 329:2552).

La expresión contenida en el art. 2, punto 1, del PIDESyC, “*hasta el máximo de los recursos de que disponga*”, debe desplazar la contingencia ‘muchas necesidades, recursos escasos’; esta realidad no debe ser una excusa para no asegurar a las víctimas de la delincuencia organizada, los menores cuyas adicciones los llevan a dañar a sus propias familias, a organizar un sistema de protección con la amplitud que impone la Corte IDH, como he indicado en la cita del Caso “Rodríguez Pacheco”. Desentenderse de la solución necesaria, según los



finde de las leyes que nos rigen, limitándose a la reducción de la edad de imputabilidad penal es, sin duda, un recurso ‘más económico’, que poner en funcionamiento un sistema integral de protección que permita reponer a las víctimas de aquella delincuencia, en el estándar social de un Estado de Derecho en que se postula la libertad y la justicia.

Ha escrito Graciela Medina, con razón, que:

“si no se incorpora la perspectiva constitucional y se adoptan nuevas formas de argumentar y de probar en la toma de decisiones judiciales que se comprometan los derechos humanos básicos de los vulnerables, seguimos fracasando en la lucha por la igualdad real ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarlas se ignora tanto la perspectiva de género como la vulnerabilidad específica de ancianos, niños y discapacitados, se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso” (*Tratado de la Vulnerabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2017).

El Preámbulo de la CDN sostiene que el niño requiere de “cuidados especiales”, y el art. 19, dispone que debe recibir “medidas especiales de protección”. Sabido es que esta CDN tiene jerarquía constitucional y una ley reglamentaria (la 26.061, que otorga acciones administrativas y judiciales para asegurar su cumplimiento), tiene vigencia. Me pregunto, cuando la criminalidad organizada reclute soldaditos, cada vez más jóvenes e indefensos, para cumplir sus fines ilícitos (ajustes de cuenta, cuidado de cuevas, amedrantamientos con disparos sobre las viviendas de disidentes que se animan a serlo, etc., etc.), si el Estado habrá de reducir la edad de imputabilidad penal a 12, 10, 8 años, o si, recién entonces, abordará las soluciones atendiendo a sus causas y consecuencias y no sólo a la protección de la seguridad pública.

En la sentencia del Caso “Suárez Peralta c. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sent. N° 261, de 21/05/2013, es por demás relevante destacar el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en cuyo párr. 7, sostuvo la necesidad de:

“un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado”.

Y, en el párr. 41, recordando la sentencia unánime dictada en el Caso “Acevedo Buendía y otros c. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 198, de 01/07/2009, párr. 100, con el siguiente texto:

“100. Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos)”, sostuvo que:

“41. Esta interpretación de la Corte IDH, adoptada por unanimidad de votos, constituye un precedente fundamental para la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, al expresar que frente a los derechos derivables del artículo 26 es posible aplicar las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana”.

Entre otras sentencias de la Corte IDH, que declaran la responsabilidad de los Estados de crear y supervisar medios de atención al derecho a la salud de las personas, ha dicho que:

“121. La Corte ha manifestado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Para todo ello, se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas” (Corte IDH, Caso “Albán Cornejo y otros c. Ecuador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 171, de 22/11/2007, párr. 121; Caso “Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana”. Fondo, Rep. y Costas, Sent. N° 251, 24/10/2012, párr. 108 (grupos vulnerables); Caso “Gonzales Lluy y otros c. Ecuador”. Exceps. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 298, de 01/09/2015, párr. 194 (acceso a medicamentos a grupos vulnerables); Caso “Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) c. Perú”. Exc. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 394, de 21/11/2019; Caso “Vera Rojas y otros c. Chile”. Exc. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 439, de 01/10/2021, párrs. 89 y 90, y sus citas (Derechos a la vida, vida digna, integridad personal, salud, seguridad social, niñez y prohibición de discriminación, en relación con la obligación de regular, fiscalizar y supervisar los servicios de salud, como obligación pública), entre varias otras.

Para concluir, sin dejar de destacar la preocupación del Gobierno por la seguridad y la vida de los habitantes, me permito citar la conclusión que, sobre la base de un estudio sobre la administración de justicia de menores, su autor, Bruce Abramson (“La Justicia de menores: el hijo no deseado de la responsabilidad del Estado”, cit. en *Investigaciones. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Doctrina*, Año 2001-3, pág. 474), sostiene:

“no cabe esperar ningún progreso significativo en la prevención de la delincuencia juvenil cuando el Estado no pone verdaderamente ningún empeño en abordar las injusticias sociales más profundas que subyacen a la sobrerrepresentación de los grupos pobres y marginados en las prisiones”.

Y, según creo, ese será el destino de las pequeñas víctimas de la delincuencia organizada, sino se atiende a su protección, en lugar de punir su involuntaria conducta.-

\*Abogado (UC Córdoba). Especialista en Derecho de Daños (U Belgrano, Buenos Aires). Magister en Derecho privado (U Palermo, Buenos Aires). Doctorando (U Salamanca, España). Ex fiscal con competencia múltiple (Poder Judicial de Chubut). Ex juez de primera instancia (Poder Judicial de Chubut). Ex Profesor por concurso en Derecho Comercial (UNP ‘San Juan Bosco’, Comodoro Rivadavia). Publicista. Ex asesor en el Senado de la Nación y en el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Defensor de Derechos Humanos. Miembro correspondiente por Chubut en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.