



Villa la Angostura, 8 de Septiembre del año 2023.-

Para resolver en este expediente caratulado: "N. V. M. S/MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES (M. E. - N. M.)" Expte N° 14862/2023.

ANTECEDENTES:

El presente expediente se inició en fecha 23/08/2023 atento que por mesa de entradas se recepcionó informe de guardia y Resolución Administrativa de la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 2302 correspondiente al expediente interno N° 278, por medio de la cual se dispuso como Medida de Protección Excepcional de Derechos el alojamiento del joven N. V. M. DNI N° ... en el Refugio de Niños, Niñas y Adolescentes por el plazo de 90 (noventa) días.

Exponen que la medida de protección excepcional fue dispuesta por razones de urgencia derivadas de una situación de guardia acontecida el día 20/08/2023, a razón de que el joven habría sido parte de un robo en la localidad, por lo cual los profesionales de la Dirección de Protección Integral de Derechos se apersonaron a la Comisaria N° 28 con el objetivo de realizar la evaluación de riesgo. De la misma surgió la ausencia de referentes adultos que puedan funcionar como garantes del bienestar del joven, por lo que se dispone su ingreso al Hogar Casa Refugio.

En efecto, en fecha 23/08/2023, se resolvió que previo a analizar la legalidad de la medida se procedería de conformidad con el Art. 51 de la Ley N° 2302, evaluando las intervenciones previas, los familiares y referentes efectos que pudieran asumir el cuidado del joven. En su mérito, se dispusieron fechas de audiencias con el joven y sus progenitores, se requirió a la Autoridad Aplicación que acompañe evaluación profesional que fundamente la adopción de la medida, informes psicosociales y evaluación de la familia extensa. Con el mismo objeto, se dio intervención al Sr.



Defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente y se le requirió que acompañe informe de las actuaciones realizadas.

Consecuentemente, en fecha 24/08/2023 la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente acompañó copia de sus intervenciones, de las cuales se aprecia que se realizan intervenciones desde el año 2021 tanto en referencia a V. como de su hermana N., y que ha tenido intervención tanto la SENAF de San Carlos de Bariloche como la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 2302 local.

Las constancias de las audiencias celebradas con V., el Sr. M. N. B. -quien se presentó con el patrocinio letrado de la Dra. Ailin Blanco y el Dr. Sebastián Leguizamón en fecha 04/09/2023- y la Sra. E. M. obran a hojas 79, 91 y 93 respectivamente, de las cuales surge el deseo del joven de retornar la convivencia con su progenitora.

Los informes requeridos a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 2302 obran a hojas 80/83 (constancia de entrevista por la Sra. E. M. (- progenitora el niño-), a hojas 97/103 en la que se evalúan los referentes afectivos del joven, configurándose su progenitora como la principal referente para ejercer las cuidados del joven, pregonando que aún las entrevistas no son suficientes, por lo que se realizaran encuentros supervisados y entrevistas periódicas.; y a hojas 10/112 informe ampliatorio en el que se sugiere la posibilidad del egreso de Valentino con su progenitora a la localidad de Bariloche.

De dichos informes se dio vista al Sr. Defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente, quien solicitó rechazar el cese de la medida de protección excepcional dispuesta - informada telefónicamente a dicha dependencia- atento que excede las competencias del organismo, y considera necesario que la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 2302 realice un abordaje integral de V. como de su hermana N., sugiriendo prorrogar la medida por un mínimos de 30 (treinta) días. Por último, expone la necesidad que los equipos psicosociales del



Hospital tengan un rol activo atento el consumo problemático de los jóvenes.

Consecuentemente, en fecha 06/09/2023 se recepcionó por mesa de entradas informe confeccionado por la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 2302 en el que se pone en conocimiento el cese de la medida de protección dispuesta, egresando el joven del Refugio a los fines de retomar la convivencia con su progenitora. Asimismo, se acompaña "Acta de consentimiento" en que el joven se compromete a cumplir con las reglas y límites acordados con su progenitora, quien ejercerá con responsabilidad el cuidado y bienestar del mismo, junto con la colaboración del progenitor, quien debe respetar las disposiciones que la misma sugiera.

En efecto, pasan las actuaciones a despacho para resolver.

FUNDAMENTOS DE LA DECISION

II. Entiendo que para resolver corresponde atender las cuestiones planteadas por las partes de forma separada. Además el presente caso debe ser analizado a la luz de diversos Instrumentos Internacionales, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, ejerciendo el denominado "Control de Convencionalidad" ello en el marco de las facultades y competencias que me corresponden como Jueza.

a) **Sobre las facultades del órgano de aplicación de la Ley 2302 para disponer el cese de las medidas excepcionales.**

En primer lugar corresponde abordar la cuestión planteada por la Defensoría de los Derechos de los Niños y Adolescentes entorno a la falta de facultades del Órgano de Aplicación de la Ley 2302 para disponer el cese de una medida excepcional.

El interrogante aquí planteado se centra en si el cese al igual que la adopción y modificación de medidas excepcionales constituyen actos administrativos con control de legalidad judicial o si son en sí actos jurisdiccionales sin contralor.



Adelanto que la discusión se encuentra superada en el orden nacional. Además la doctrina ha señalado insistentemente la pervivencia de prácticas reñidas con los estándares aplicables a la materia.

La cuestión fue ampliamente abordada en la decisión adoptada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta Asesora de Menores e Incapaces N° 1 por los Menores D. C/ D., C. - D., O. E. S/Privación Patria Potestad, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta - Sala V, 24/05/16 por la cual se revocó la sentencia de grado y dispuso que el Ministerio de Primera Infancia, a través de los organismos y programas pertinentes, evalúe e implemente las estrategias a seguir a fin de propiciar medidas tendientes a determinar si es posible la restitución de los niños a su familia de origen. La

Cámara entendió que la separación de los niños de sus padres, no ha respetado los principios de excepcionalidad y legalidad en relación a las pautas impuestas por la Ley N° 26.061 y *"que ha sido llevado a cabo por el Tribunal de la anterior instancia a través de un proceso de protección de niños, excediendo la competencia que el ordenamiento jurídico le atribuye, sustituyendo indebidamente al órgano administrativo"*.

En este punto también cabe citar lo decidido por la Cámara de Familia de Mendoza, que al considerar que un juzgado de primera instancia carecía de jurisdicción para adoptar medidas de protección y control en relación a una problemática familiar en la que se encontraban en juego derechos de niños, con base en el principio de desjudicialización previsto en la ley 26061, dispuso el cese de la intervención judicial directa y, que se extraiga compulsas de las actuaciones para ser remitidas a la autoridad de aplicación de la mencionada norma, a fin que ésta -en ejercicio de su competencia funcional-, sea quien evalúe y



defina el tipo de abordaje a realizar en función de los derechos vulnerados y las políticas, programas y efectores disponibles. (Sentencia del 16/12/14, "B.A.Y.A. - A.D. y C.A - Med. Tut."; <http://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones-familia-local-mendoza-baya>; cita Id SAIJ: FA14190026).

En el mismo orden, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe estimó que "no resulta una derivación razonada del derecho vigente la convalidación por la Alzada de la decisión de baja instancia que se hallaba viciada por su exceso, en tanto el Juez de Menores, en el marco de las medidas excepcionales y violando el principio de congruencia, había decidido derechamente la pérdida de la patria potestad de los progenitores de los niños y el otorgamiento de éstos en guarda preadoptiva, truncando la actividad del órgano administrativo competente, y vedándole de tal suerte la posibilidad de adoptar políticas tendentes a la solución del conflicto dentro de un ámbito de contención familiar, donde se otorgara primacía y se fortaleciera el rol de la familia para la efectivización de los derechos de los menores (fin tuitivo consagrado por la ley 26.061)" (R., M. y otros s/ medidas excepcionales- expte. 100/09 s/ recurso de inconstitucionalidad, 23/07/2013, publicada en: LLLitoral 2013 (octubre), 991; DJ 22/01/2014, 18; Cita LL online: AR/JUR/46307/2013).

Cabe tener en cuenta que la ciencia jurídica también es una producción histórico social que va de la mano con los diversos cambios de paradigma. No antecede a lo social sino que surge de su demanda. En este sentido, la ley viene a complementar el orden de las representaciones sociales. Desde el derecho aparece una respuesta que viene a introducir algo de lo que en lo social surge como en falta.

Al respecto cabe recordar que la ley 26.061 implementó en nuestro país el llamado "paradigma de la protección integral



de derechos", dejando de lado el denominado "de la situación irregular". Asimismo, que en su art. 76 deroga la ley 10903, de Patronato de Menores, que en virtud de su art. 4 brindaba sustento normativo al instituto procesal de protección de menores, al establecer que el patronato del estado nacional o provincial se ejercía por medio de los jueces nacionales o provinciales.

Desde 1919 rigió la Ley de Patronato, N° 10.903, por la cual los niños en situación de abandono, riesgo material o moral, víctimas de violencia o en general formando parte de "malas familias", "familias mal constituidas" o, por decirlo de otro modo, familias que no se adecuaban al modelo médico legal, eran considerados *menores* en situación irregular y, por lo tanto susceptibles de tutela por parte del Estado a través del juez que, con su facultad discrecional absoluta venía a ocupar el lugar del padre que no había. Se trató de una forma positivista, adultocentrista y patriarcal de instalar institucionalidad, con el objetivo de lograr el control social de la pobreza.

La intervención en este marco fue depositada entonces en el Poder Judicial. Se trató de una intervención que, con posterioridad, puede leerse de carácter estigmatizante, arbitraria, asistencial y a criterio del juez.

Ahora bien, la Convención Internacional de los Derechos del Niño es receptada en la Ley Nacional 23.849 en el año 1990, con lo que la Ley de Patronato entra en definitiva contradicción, ya que desde esta Convención, el niño es concebido como sujeto de derechos y, por lo tanto, merecedor de valores como el respeto, la dignidad y la libertad, como personas por las que el Estado debería velar en forma particular por sus derechos, haciendo primar las capacidades individuales y marco familiar para ejercer sus derechos civiles.

Se proponen entonces políticas sociales preventivas y de



promoción, cuya finalidad es evitar la separación del niño de la familia y de este modo, la judicialización y la internación en instituciones. En este sentido, se manifiesta por ejemplo Silvina M. Basso ("Ley 26.061: las medidas excepcionales de protección de derechos y los procesos de protección de persona", publicado en: DJ 12/03/2008, 667).

Tal como lo señala Silvia Eugenia Fernández, la filosofía de todas las leyes de protección se estructura sobre el reconocimiento de los niños como

«sujeto de derechos» y titulares de los mismos, proporcionando herramientas para su tutela, plasmando en el plano legal un cambio radical al paradigma de la minoridad -tributario hasta entonces del sistema «tutelar» de los «incapaces»-, descendiendo al ámbito de las normas locales una nueva cosmovisión de la infancia, ya forjada constitucionalmente, nutrida por la ideología y postulados de la CDN y demás documentos internacionales en materia de niñez.

Advierte asimismo que estas leyes realizan en el plano infraconstitucional la doctrina que dimana de la CDN: «doctrina de la protección integral» de derechos, conforme a la cual se desplaza la visión anteriormente encaramada desde la observación de la «situación irregular» y el concepto de «riesgo» como término de calificación para determinar la intervención jurisdiccional «tutelar» en ejercicio del llamado Patronato del Estado.

Enseña que con las leyes de protección se produce entonces un quiebre en el paradigma paternalista estatal, exigiéndose la erradicación de ciertos «modos de intervención tutelares», dirigidos por un Poder Judicial con facultades prácticamente omnímodas y arbitrarias y desconocimiento de los derechos y garantías que presiden el debido proceso adjetivo constitucional. Y agrega que en el ámbito nacional dicho proceso tutelar era sostenido por la ley 10.903 que permitía



la «disposición» de los menores a los fines de su «protección y tutela» judicial.

Lo cierto es que el cambio de paradigma trajo aparejado también un nuevo diseño de competencia en la materia, asignando a las autoridades administrativas de aplicación nacional y local, la responsabilidad de diseñar y desarrollar políticas públicas; la implementación de medidas de protección integral de derechos y, las denominadas medidas excepcionales de protección de derechos, reservando al Poder Judicial el control de legalidad de este último

tipo de medidas (Famá, María Victoria - Gil Domínguez, Andrés - Herrera, Marisa: "Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", LL 29/06/2007 , 1 y, LL 2007-D , 876; Basso, Silvina M.: "Ley 26.061: las medidas excepcionales de protección de derechos y los procesos de protección de persona, publicado en: DJ 12/03/2008 , 667; Burgués, Marisol B. - Lerner, Gabriel: "alcances, límites y delimitaciones de la reglamentación de la ley 26061. Desafíos pendientes", JA 2006-III-1270).

Conforme a lo expresado, se estima que sólo en situaciones de especial gravedad podrían recurrirse a ellas extremando el carácter cautelar y provisorio de la medida, pero para luego dar paso a las medidas protectorias de la ley 26061 y no a un proceso judicial de guarda, de privación de la responsabilidad parental u otro que implique soslayar dichas medidas.

Por tales fundamentos y a partir de una interpretación hermenéutica y complementaria de las normas que constituyen el Sistema de Protección Integral, considero que el Organismo competente para la adopción y cese de medidas excepcionales es la Autoridad de Aplicación de la Ley 2302 y 26.061 y no esta Magistrada como pretende el Sr. Defensor porque al involucrar derechos fundamentales de NNA y como cualquier acto o decisión



administrativa requieren de un control de legalidad que sería de imposible incumplimiento si la adopción de una medida excepcional y el control de esta recaen en un mismo organismo. Agregó que la distinción entre medidas integrales y excepcionales que también efectúa el Sr. Defensor, resulta ser propio de la Ley nacional 26.061, que se regulan en los arts. 33 a 38 y en los arts. 39 a 41 respectivamente, de la Ley 26061, no así en la Ley 2302.

Por otra parte, el Art 607 del Código Civil y Comercial regula los supuestos que configuran la declaración judicial de situación de adoptabilidad de un NNyA como excepcionalidad a la regla de permanencia en su familia de origen o ampliada. Entre otros supuestos refiere en su inc. c) las medidas excepcionales tendientes a que el NNyA permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, **el organismo administrativo de protección de derechos del NNyA que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad.** Dicho dictamen debe comunicarse al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. (El resaltado me pertenece).

La norma es clara al legitimar a la autoridad de aplicación tanto para la adopción de las medidas excepcionales como para en caso de agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, formular un dictamen sobre la situación de adoptabilidad de NNA. En efecto lo coherente es que si tal Organismo es el competente para decidir sobre si un niño, niña o adolescente debe ser separado definitivamente de su familia de origen o ampliada sin posibilidad de revertirlo, también lo es para adoptar o cesar una medida de protección excepcional que justamente tiene la finalidad inversa, restituir los derechos que han sido vulnerados para reincorporar a los NNA a su entorno familiar.



Antes era el magistrado quien investigaba las situaciones de malos

tratos, negligencias graves y continuadas de los niños y disponía las medidas tutelares en su beneficio, con la colaboración del órgano Administrativo. A raíz del nuevo paradigma de abordaje de la niñez se desplaza al juez del centro de la escena. Se transforma la función integradora que tenían los Jueces de menores para pasar a tener una función de control frente a las medidas adoptadas por los Organismos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, a nivel local la Resolución nro. 308/20 del Ministerio de Desarrollo Social y Trabajo -como órgano de aplicación de la ley 2302- aprobó el "Protocolo de Medidas Excepciones de Protección de derechos de NNyA", adoptando la conceptualización de medida integral y excepcional antes descripta. Además en sus considerandos reiteran la legitimación del Ministerio de Desarrollo Social y Trabajo como autoridad de aplicación y en el párrafo siete afirman que dentro del ministerio funciona la Subsecretaría de Familia del que dependen los hogares de niños, niñas y adolescentes y el Instituto de Familias Solidarias **cuyos fines son el cumplimiento de las medidas de protección ordenadas por la autoridad de aplicación.**

El Artículo 36 de la Ley 2302 refiere que el Poder Ejecutivo, a través de su organismo especializado, promueve y articula las políticas públicas de protección integral de la niñez, de la adolescencia y de la familia, coordinando su accionar con los organismos estatales de cualquier jerarquía y con las organizaciones de la sociedad civil implicadas en la temática, de conformidad con dicha Ley.

Entre sus funciones de conformidad al Artículo 37 le corresponde: ... "2) *Intervenir en aquellas situaciones que impliquen perjuicio o abuso físico o psíquico, malos tratos, explotación o abuso sexual de niños o adolescentes, se*



encuentren o no bajo la custodia de los padres, de tutor o de guardador, para asegurar su protección; todo ello mediante la intervención del juez competente. En situaciones de urgencia el organismo competente podrá ejecutarlas con carácter preventivo debiendo dar cuenta al defensor de la Niñez y Adolescencia, e **intervención al juez competente**, dentro de las veinticuatro (24) horas de dispuesta. 3) Implementar programas y servicios alternativos a la institucionalización, a la que sólo podrá recurrirse en forma excepcional, subsidiaria y por el lapso más breve posible, debiéndose propiciar el regreso de niños y adolescentes a su grupo de pertenencia o medio familiar.”

La ley 2302 no especifica a qué se refiere con la intervención del

Juez competente, es decir no aclara si la adopción de las medidas es un acto administrativo con control de legalidad judicial (como si lo hace la Ley 26.061) o si es en sí un acto estrictamente jurisdiccional. Menos aún se refiere al procedimiento para el cese de las medidas excepcionales.

El art. 40 de la Ley 26061 también prevé que “**ARTICULO 40. – PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES.** Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33. **Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir,** acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. (...) ”. El resaltado me pertenece.

Por ello, no comparto la posición propiciada por la Defensoría de los Derechos de los niños y Adolescentes en cuanto que el



Órgano de Administrativo no cuenta con facultades para disponer el cese de una medida.

Justamente la línea directriz del sistema de protección diseñado específicamente por la Ley 26061, receptado en el año 2015 por el Código Civil Y comercial, en el art. 607 del CCC y concordantes, procura el retorno de los niños, niñas y adolescentes a la mayor brevedad posible al medio familiar y adjudicándole en dicha ejecución un rol preponderante al Órgano Adminsitrativo de Aplicación de la ley.

En esta línea el PROTOCOLO DE PROCEDIMIENTOS PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES diseñado a nivel nacional prevé en cuanto al cese que "Se priorizará el retorno de las niñas, niños y adolescentes a su medio familiar; cuando esto no sea posible, se contemplará el instituto de la adopción o estrategia acorde con el ejercicio de la autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes. Las condiciones para el cese de la medida de excepción deberán estar explicitadas y fundamentadas en los informes de intervención, enmarcando todo el proceso dentro de la línea de restitución de derechos. El Organismo de Aplicación de Protección de Derechos deberá notificar el cese de la medida de excepción al organismo judicial quien ejerce el control de legalidad de la misma. De resultar necesario, se contemplarán instancias de acompañamiento y/o fortalecimiento de las niñas, niños y adolescentes, posteriores al cese de la medida excepcional con el objetivo de afianzar la inclusión al medio familiar o comunitario o la concreción de su proyecto autónomo."

En cuanto al protocolo aprobado por la Resolución 308/20 del Ministerio de Desarrollo Social de Neuquén entiendo que guía la actuación de la Subsecretaría de Familia del Ministerio de Desarrollo Social de Neuquén -cómo órgano de Aplicación de la Ley 2302- en la actuación y ejecución de las medidas excepcionales, estableciendo el modo específico en el que deben actuar los equipo técnicos profesionales y la autoridad

de aplicación. Prevé qué debe contemplar el equipo técnico en la ejecución de las medidas excepcionales, qué cuestiones deben requerir autorización judicial, como debe ser el procedimiento para las modificaciones y cese de las medidas excepcionales.

En este sentido, a diferencia de la interpretación propiciada por el Defensor sobre el CESE de las medidas, entiendo que la Autoridad de Aplicación de la Ley 2302 tiene a su cargo la "firma" -es decir aprobación- de la sugerencia del Equipo Técnico para el cese de la medida, siendo dicha autoridad quien a su vez lo presenta ante el Juez interviniente en la situación para que realice el debido control de legalidad.

b) **Control de legalidad de la medida adoptada.**

En el documento "Análisis de Situación de la Niñez y la Adolescencia en Argentina (SITAN) de UNICEF (julio 2021)" se refiere que: "...en relación con los niños/as y adolescentes sin cuidados parentales, es satisfactorio el aumento del protagonismo de los organismos administrativos en la adopción de medidas de protección excepcional, y el papel del poder judicial casi exclusivamente circunscripto al control de legalidad de las medidas adoptadas... Las jurisdicciones muestran comportamientos diferentes en la adopción de medidas excepcionales. En CABA, el 100% de las medidas es tomado por la autoridad administrativa. En contraposición, en Neuquén el 100% de las medidas es adoptado por la autoridad judicial. Aún permanecen en dispositivos de cuidado adolescentes que ingresaron antes de la vigencia de leyes de protección que obligan al control de legalidad..."

El dato es ilustrador de las prácticas judiciales persistentes en el ámbito local y la necesidad de garantizar el control de legalidad de las medidas excepcionales como una forma de equilibrar las competencias asignadas en el Sistema de Protección Integral y que una decisión como la separación de los niños de su familia de origen no recaiga de forma

exclusiva en el Juez/a sin ningún tipo de contralor retornando a la derogada Ley de Patronato, lo que no comparto por los fundamentos brindados al inicio.

La Ley N° 26.061 lleva consigo al exigir el control de legalidad de las medidas excepcionales prevé una intervención subsidiaria del Poder Judicial y revalorizar la categoría de la división de poderes.

En este sentido, el Estado a través del Poder Ejecutivo, es el encargado de llevar adelante acciones positivas como principal garante de la defensa y protección de los derechos. Se conoce esta función como exigibilidad judicial, por medio del cual, se produce el efectivo cumplimiento de las políticas públicas, como herramienta de ultima ratio, pero necesaria en un Estado Constitucional de derecho.

Los cambios producidos, traen como consecuencia que, los órganos administrativos realicen la función de evaluar si se cumplen o no las

garantías mínimas que deben darse para que sigan viviendo en su entorno familiar y será el juez o jueza quién deberá ponderar lo trabajado en el expediente administrativo, por parte de los equipos técnicos de las sedes correspondientes, y también deberá ser el garante del procedimiento judicial asegurando el derecho de defensa de quienes revisten la calidad de parte en el proceso de control judicial de las medidas.

Con lo cual es claro que tal decisión debe ser adoptada por el Organismo Administrativo y está sujeta a revisión judicial.

Entrando ahora en el análisis de legalidad de la medida dispuesta en ocasión de urgencia y su posterior cese por el Órgano administrativo, en el marco del control de legalidad que me compete, tengo algunas consideraciones que realizar.

El Sr. Defensor realiza una interpretación errónea de los fundamentos que llevaron a la adopción de la medida excepcional adoptada y el ingreso de V. al refugio toda vez



que la Autoridad de Aplicación expuso en sus fundamentos que la medida de protección excepcional **fue dispuesta por razones de urgencia derivadas de una situación de guardia acontecida el día 20/08/2023, a razón de que el joven habría sido parte de un robo en la localidad, por lo cual los profesionales de la Dirección de Protección Integral de Derechos se apersonaron la Comisaria N° 28 con el objetivo de realizar la evaluación de riesgo.** De la misma surgió la ausencia de referentes adultos que puedan funcionar como garantes del bienestar del joven, por lo que se dispone su ingreso al Hogar Casa Refugio. Si bien surge una larga intervención con el grupo familiar previo a la adopción de la medida, entiendo que la misma no fue adoptada bajo el fundamento de agotamiento de medidas integrales como lo entendió el Sr. Defensor sino por un episodio concreto en el marco de un presunto delito penal en el que V. quedó involucrado sin poder contactarse en ese momento con sus progenitores.

Con lo cual si bien la medida adoptada en urgencia debe convalidarse entendiéndose que era la que mejor respondía al interés del joven para resguardarlo ante la ausencia de sus progenitores y/o adultos referentes, esto no es sostenible en el tiempo si se hace una evaluación más profunda del escenario familiar actual y de los deseos, opiniones y sentires del niño.

En efecto, corresponde ahora pronunciarme sobre el cese de la medida informado por la Autoridad de Aplicación.

Al respecto considero que el Sr. Defensor se contradice al solicitar rechazar el cese de la medida de protección excepcional dispuesta y a la vez considerar necesario que la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 2302 realice un **abordaje integral** de V. como de su hermana N.. El razonamiento como lo expliqué debe ser el inverso.

De los informes acompañados por la Autoridad de Aplicación, se desprenden que se han realizado entrevistas con ambos



progenitores, y visitas supervisadas de los mismos con el joven.

De ellas se concluye que el Sr. M. N. tiene un escaso nivel de problematización de los hechos ocurridos de forma previa y durante el transcurso de la medida excepcional, lo que se ve reflejando en su continua desreponsabilización de sus acciones y el situar la culpa en la figura de un tercero. Asimismo, se ha expuesto en los informes que el mismo ha transgredido continuamente los límites impuestos por el órgano de aplicación, no oficiando en efecto como referente positivo en la vida de su hijo, no pudiendo asumir responsablemente sus cuidados.

En referencia a la progenitora, se deslumbra en los informes, la historización de la vida familiar, en la que se exponen situaciones de violencia y consumo problemático en referencia al Sr. N., quien habilita el no respeto de los límites de sus hijos, como así también el consumo por parte de ellos.

Refiere que con V. la puesta de límites y reglas genera dificultades, pero que tiene el deseo de poder convivir con su hijo en Bariloche donde tiene un empleo y vive con su hijo menor. A los fines de garantizar el resguardo de V., solicita que se llegue a acuerdos para evitar la desautorización de su rol por parte del progenitor, ante la puesta de límites.

En este sentido, en cuanto de los informes traídos por el órgano de Aplicación se ha detallado la historia del vínculo del joven con su progenitora, quien se ha presentado desde el primer momento como una referente positiva del cuidado del mismo, con el deseo de ejercer su cuidado, pero con limitaciones derivadas de su horario laboral, como así también de la desautorización ejercida por el padre, no permitiendo la puesta de límites.

En este sentido, tomo en consideración lo manifestado por el Organismo de Aplicación de la Ley N° 2302 a hojas 121 vta. en el que se expone que se ha realizado una entrevista con el



joven y su progenitora con el objetivo de realizar acuerdo de convivencia ante el egreso de V. del Refugio, "(...) Por parte de E., se la invita a comprometerse a ejercer con responsabilidad los derechos y deberes en relación al cuidado y bienestar de V. con el fin de garantizar la protección integral del joven. En relación a V., se compromete a cumplir con las reglas y límites acordados, como así también asistir a una institución educativo, espacios terapéuticos y actividades de recreación".

Vale destacar, el deseo sostenido del joven de poder regresar a su hogar junto con su progenitora, y debe entenderse el mismo en el marco de su capacidad y autonomía, dándose lugar en consonancia con la Observación General Nro. 12 del Comité de los Derechos del Niño a garantizar su derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo".

Así de la audiencia mantenida por esta Magistrada con el joven V., en presencia de la funcionaria letrada de la Defensoría de los Derechos del Niño Dra. Julieta González, surge el deseo del mismo de convivir con su progenitora, con quien vivía hasta dos semanas antes del episodio concreto que en urgencia motivó el ingreso al refugio, ya que había venido a visitar a su amigo E. y luego se quedó con su progenitor. El joven pudo problematizar sobre las situaciones que lo ponían en riesgo y cuáles son los derechos que le eran vulnerados en cuya restitución se estaba trabajando.

Asimismo, resaltó la importancia de poder desarrollarse en un lugar donde no existan estigmas sobre su persona, entendiendo que no era Villa La Angostura, ya que no solo la comunidad lo trata de "chorro" sino que se sentía etiquetado y estigmatizado por el mismo personal del refugio, lo que le provocaba mucha angustia y no se sentía protegido ni cómodo estando en dicha Institución.

Con lo cual en respeto de su capacidad para decidir sobre su proyecto de vida, la necesidad de continuar trabajando de



forma integral las vulneraciones de derechos relevadas por la Autoridad de Aplicación y la Defensoría de los Derechos del Niño, es que considero que la convalidación del cese de la medida y su desinstitucionalización es la decisión que mejor responde a su interés superior.

Es sabido que como principio general que rige la materia sometida a consideración, debe tenerse en cuenta primordialmente el interés de los niños, niñas y adolescentes, su conveniencia y bienestar y, aún sin descuidar los legítimos derechos de los progenitores, resolver en función de ese interés y la situación particular en cada caso (art. 3 de la CDN y Art. 4 Ley Provincial 2302). Sentado ello, entiendo que en este caso particular, el interés superior de V. es que se le garantice crecer en un entorno amable, pacífico y democrático.-

Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado proteger la dignidad de los niños y adolescentes, consiste en brindarles protección, en otorgarles la oportunidad al despliegue de sus actividades, al desarrollo de sus potencialidades, al goce y ejercicio de sus derechos y al protagonismo en las prácticas ciudadanas acordes con su edad y a vivir una infancia y adolescencia libre de toda violencia.

En consecuencia, valoro que el derecho a la convivencia familiar se encuentra plasmado desde el artículo 3 de la Ley 26061, cuando se define interés superior de la niña, niño y adolescente como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la misma, respetando, entre otras condiciones "el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural". En el artículo 4, además, se hace referencia al fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de los niños.

Tal garantía se vincula al derecho que asiste al niño/a - adolescente a ser criado y cuidado por sus padres y permanecer



en su familia de origen (art. 25 Ley 2302). De allí el carácter excepcional y transitorio que deben revestir las medidas de protección que importen la separación del niño/a - adolescente de sus padres para incorporarlo a un grupo familiar alternativo o a un dispositivo de cuidado como el de Hogares.

A su vez, el niño/a - adolescente temporal o permanentemente privado de su medio familiar o cuyo interés exija que no permanezca en ese medio, tendrá derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, debiendo garantizarle, de conformidad con las leyes nacionales, otro tipo de cuidado para esos niños..." (art. 20 CIDN).

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga al Estado a velar por que el niño, niña o adolescente no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (art. 9.1.)

En igual sentido, la ley provincial de Protección Integral de Derechos del Niño 2302, en su art. 8 reza: "Se garantizará al niño y al adolescente... su contención en el grupo familiar y en la comunidad... La separación del niño de su familia constituirá una medida excepcional cuando sea necesaria en su interés superior..."

Tal garantía se vincula al derecho que asiste al niño/a a ser criado y cuidado por sus padres y permanecer en su familia de origen (art. 25 Ley 2302). De allí el carácter excepcional y transitorio que deben revestir las medidas de protección que importen la separación del niño/a de sus padres para incorporarlo a un grupo familiar alternativo o a un dispositivo de cuidado como el de Hogares.

A su vez, el niño/a temporal o permanentemente privado de su medio familiar o cuyo interés exija que no permanezca en ese medio, tendrá derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, debiendo garantizarle, de conformidad con las



leyes nacionales, otro tipo de cuidado para esos niños...” (art. 20 CIDN).

Así, en relación al joven V., habiéndose ponderado los elementos de convicción válidamente incorporados al proceso, desde una perspectiva de infancia se desprende sin hesitación, que la medida de protección excepcional debe cesar en atención a la configuración de su progenitora como un referente efectivo que puede asumir su cuidado de forma saludable.

II. Control de Convencionalidad difuso.

Nos ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, que: “El Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (párr.124, CIDH, “Almonacid Arellano vs. Chile”, sentencia del 6 de septiembre del año 2006. “El parámetro del control difuso de convencionalidad no sólo comprende la Convención ADH, sino también Protocolos adicionales de la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al corpus iuris interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH” voto del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor en “Caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs.México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones y Costas, del 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220, párr. 47.

“El concepto de “corpus iuris en materia de niñez” se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los mismos y se encuentra conformado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos



jurídicos distintos (Tratados, Convenios, Resoluciones y Declaraciones) así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "La Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos", 2º Edición; OE/Ser. L.N/11.133, doc.34, 29/10/2008, párr. 39).

De lo expuesto se puede concluir, que el Estado Nacional Argentino al suscribir y ratificar la Convención se comprometió frente a la Comunidad Internacional, a tomar todas aquellas medidas que sean necesarias para favorecer el pleno uso y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por tal motivo, es que será tarea del Poder Judicial, como parte integrante de uno de los poderes del Estado del Sistema Democrático que gobierna, de la implementación de aquellas medidas adecuadas para fortalecer el cumplimiento de su derecho a la vida familiar, con control jurisdiccional (arts. 9º, 18, 20 CDN y concs) que permita garantizar el desarrollo del niño dentro de lo que la Convención tuvo en miras, y no obstaculizar el desarrollo de tan reconocido derecho." L. G. M. s/CONTROL DE LEGALIDAD - LEY 26.061, 15 de julio del 2016, Dra. Myriam M. Cataldi.

Y estoy convencida que, en el marco de la presente situación fáctica, el mejor interés de V. (Art.3 de la CDN) es que adopten y agoten las medidas de protección integral para evitar ser separado de su familia de origen o ampliada y que en caso de que se considere agotada dicha instancia la decisión sobre una medida de protección excepcional que implique su institucionalización sea adoptada por el Organismo administrativo (Autoridad de Aplicación) a fin de poder efectuar como Magistrada el control de legalidad correspondiente.



Al respecto es contundente el art. 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: "1. 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...".

Por ello considero que el Art. 2 de la Ley Provincial 2595 no cumple con los estándares internacionales de protección integral de NNA y debe ser considerado anti-constitucional y anti-convencional precisamente por ser contrario a ese interés superior que debo garantizar, a su condición de sujeto de derechos, al principio de división de competencias y el control de legalidad de los actos y decisiones administrativas que contempla la Doctrina y el Sistema de Protección integral, todo ello en función de los argumentos ya explicitados. (Art.3 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño).

III. Remite a abordaje integral.

En efecto por los fundamentos brindados considero que las vulneraciones de derechos V. de parte de sus progenitores **requieren un abordaje prioritario y exhaustivo de parte los organismos competentes del Sistema de Protección Integral, en su centro de vida.**

Además lo que aquí se resuelve no implica negar la protección del joven afectado sino por el contrario, permitirle acceder a formas de protección más efectivas y respetuosas de sus derechos que son favorecidas por el principio de "desjudicialización" de las familias y que tiene en cuenta su escucha como sujetos de derechos. Cuestión que no debe tomarse



a la ligera ya que las intervenciones son con el niño como sujeto de derechos y no por fuera de él lo que claramente se torna en un abordaje adultocéntrico y tutelar que remite a la vieja doctrina de la situación irregular y las prácticas tutelares superada por la Ley

26.061 y sus decretos reglamentarios.

Nos recuerdo que es función de todos y todas las operadoras del Sistema de Protección de niños, niñas, adolescentes y de las mujeres como colectivos vulnerables, **remover los obstáculos para el acompañamiento familiar y el acceso a justicia.** Ese es el primer paso para trabajar en la restitución de los derechos humanos y el disfrute de aquellos que nunca se han ejercido.

Por lo tanto la falta de recursos estatales, los vicios en los procedimientos administrativos y judiciales, la falta de políticas públicas y gestión de programas a nivel local como "familias solidarias", no pueden ser motivos para la medida **más extrema del sistema de protección como es la separación familiar e institucionalización de un joven.**

Es por todo ello y de conformidad con la normativa citada, que

RESUELVO:

- 1) **Convalidar la legalidad de la medida de protección excepcional** dispuesta por el órgano de aplicación respecto de N. V. M. DNI N° ..., nacido el ... en ocasión de guardia en fecha 23/08/23.
- 2) **CONVALIDAR EL CESE DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL** resuelto por el órgano de aplicación de la Ley 2302 el pasado 01/09/2023 respecto del joven N. V. M., retornado el mismo al hogar de su progenitora la Sra. E. M..
- 3) **DECLARAR** que el art. 2 de la Ley 2955 en cuanto dispone "**Fines.** *Los hogares de niñas, niños y adolescentes tienen a su cargo el cumplimiento de la medida excepcional de protección, ordenada por autoridad judicial*



*competente, con la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, en el marco de la Ley 2302 y su sistema procesal de protección de derechos”, debe ser considerado **anti- constitucional y anti-convencional** por ser contrario al interés superior del niño, a su condición de sujeto de derechos, al principio de división de competencias y el control de legalidad de los actos y decisiones administrativas que contempla la Doctrina y el Sistema de Protección integral, todo ello en función de los argumentos ya explicitados. (Art.3 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño).*

4) **Líbrese Oficio a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 2302** a efectos de hacerle saber lo dispuesto -con copia de la presente Resolución.

5) **Atento al domicilio actual del joven, líbrese oficio a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de la Ciudad de San Carlos de Bariloche,** a los fines de poner en su conocimiento el cese de la medida dispuesta, y requiriéndoles que aborden la situación del joven V. M. N. de forma extrajudicial a través de la implementación de un plan de acción que se constituya como una medida de protección integral de la familia, en los término de la Ley N° 26.061. Adjúntese copia de la presente resolución.

6) Notifíquese electrónicamente al Sr. Defensor de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y al Sr. N. y por cédula a la Sra. M..

Hágase saber al Sr. Defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente que se encuentra a su cargo la confección y el diligenciamiento del oficio y cédula ordenada.

7) Firme la presente y cumplido las diligencias ordenadas, archívense las presentes actuaciones.

8) **Regístrese digitalmente y notifíquese electrónicamente.**



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

F.M

Dra.Eliana

Fortbetil Jueza