NEUQUEN, 24 de Septiembre del año 2014.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE S/ INC. DE APELACIÓN E/A64858/14"**, (Expte. Nº **607/2014**), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico **GIGENA BASOMBRIO** dijo:

I.- Vienen los autos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente N° 2, por las Dras. Amicone y Robeda, contra la resolución obrante a fs. 2.

Se agravian las Sras. Defensoras pues entienden que la resolución atacada les impone el cumplimiento de tareas y la creación de estrategias de abordaje que se encuentran fuera de su alcance y que no le son impuestas por la legislación vigente, atribuyéndoles por vía procesal tareas que le competen al Poder Ejecutivo, a quien el organismo apelante debe controlar.

Señalan que lo que ellas denominan como “acción principal de Protección de Derechos” se inició a raíz de que llega a su conocimiento la información que los niños R. se encontraban en situación de vulnerabilidad, tratándose de un grupo familiar con historia de incesto y abuso, sumado a lo que indican es negligencia materna y una situación de pobreza.

Agregan que en ese marco se devela una situación de abuso por parte de uno de los hermanos en relación a su hermana y su madre, lo que culmina en la indicación de tratamiento para ambos niños.

Estando implementado el mencionado tratamiento, se recibe la noticia de que la madre se había ausentado del hogar, dejando a los niños al cuidado del hermano que cometía los abusos.

Ante esa situación, la niña y el hermano más pequeño quedan al cuidado de la madrina de la pequeña con seguimiento del Centro de Salud y consentimiento de la madre.

No obstante ello, días mas tarde se recibe una comunicación desde la Comisaría adonde había concurrido la madre, para denunciar que había encontrado a su hijo mayor manoseando a su hija más pequeña.

Relatan que la madre se encontraba desbordada, sin poder sostener los tratamientos y que ante la imposibilidad de continuar la intervención con el mayor en el domicilio y sin familias que puedan responsabilizarse por el joven, solicitan su internación en un hogar dependiente del Ministerio de Desarrollo Social.

Señalan que fue todo ello lo que llevó a la Defensoría a promover la acción de protección de derechos, habiendo peticionado, ya desde el inicio, que en el hogar que se lo recibiera se instrumentara un tratamiento urgente para sostener la escolaridad del niño, tratamiento psicológico para la madre y la hermana, como así también para el joven, de modo tal que se trabaje con el grupo familiar a fin de lograr el reingreso del niño a su familia.

Señalan que a pesar de la grave situación descripta, el Juez sin ordenar las medidas de intervención requeridas, resuelve aplicar un procedimiento erróneo.

En esa senda sostienen: “….el juez a quo al momento de tomar intervención en la causa promovida por esta Defensoría, aplica a la situación de vulneración de derechos del niño C.R de 13 años de edad, el procedimiento designado

como Prueba Piloto en el Anteproyecto de Protocolo de intervención “Para aplicar a situaciones de Niñas y Adolescentes privados del cuidado parental” trabajado por la Comisión creada a tal fin por el Consejo provincial de Niñez.

Expresan que el aludido instrumento fue el resultado de distintas estrategias pensadas para implementar y limitar temporalmente medidas excepcionales de internación, cuya elaboración se encontraba en marcha en el Consejo Provincial de la Niñez, integrando la comisión entre otros el Dr. Noacco, quien propuso trabajar sobre dicho Protocolo, al igual que también las apelantes junto a otras Defensoras del fuero.

Relatan alternativas que –según expresan- se sucedieron durante el año 2013 en el marco de las reuniones del Consejo Provincial de la Niñez, definido por el artículo 38 de la ley 2302 como el órgano consultivo y de asesoramiento en la planificación de políticas públicas de niñez, adolescencia y familia.

En ese marco, manifiestan que se elaboró el aludido anteproyecto, para ser aplicado a casos que ingresaran en la feria de invierno de 2013, y que luego de la evaluación de los resultados de su implementación se pensaría un proceso legal para plasmar el mismo.

Concluyen en que la aprobación nunca ocurrió y que la Defensoría expuso en las reuniones del Consejo las dificultades que existen para aplicar concretamente el Protocolo, señalándose las dificultades para trabajar en conjunto con el Ministerio de Desarrollo Social.

Expresan que ambas Defensorías a pesar de no corresponderles asumir esa función, intentaron con voluntad llevar adelante un trabajo distinto y en conjunto con el

Ministerio de Desarrollo Social, para reducir los tiempos de institucionalización de los niños.

Manifiestan que, al haber fracasado el intento se acordó una reunión para este año para trabajar en modificaciones a aquel proyecto y que pese a ello el Juez igualmente aplica el protocolo a sabiendas de que el mismo no tenía efectos beneficiosos para los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Reiteran aquí que se pretende poner en cabeza del Ministerio apelante funciones exclusivas del órgano de aplicación de la ley, imponiéndose la asociación con un organismo al que deben controlar.

En segundo lugar, se agravian por la errónea interpretación de las funciones conferidas por la ley 2302 al Juez de Familia, al Defensor de los Derechos del Niño y a la autoridad de aplicación.

En esa senda, expresan que al notificarse a la Defensoría la orden de que es preciso elaborar un plan conjunto con el Ministerio de Desarrollo Social, se le impone erróneamente la obligación a la Defensoría cuando la obligada por ley a ejecutarla es la autoridad de aplicación.

Exponen: “De esta manera se diluye la responsabilidad que tiene el estado y que la ley en forma exclusiva le atribuye a uno de sus poderes, el ejecutivo, colocándola a la Defensoría ante la sociedad, como responsable visible de la inoperancia actual del Ministerio de Desarrollo Social.”

Sostienen que les causa agravio el hecho de que el Juez se corra de la función de Juez componedor, rol que según las apelantes surge del artículo 50 de la ley 2302 y su interpretación armoniosa con los artículos 4 y 15.

Aluden a que la óptica del interés familiar y el superior del niño es la que debe guiar la actuación del Juez de Familia, refiriéndose también a las medidas que haya de adoptar, expresando que bajo esa premisa no puede ser que no se hayan ordenado las medidas que solicitó la Defensoría.

Luego y al referirse a su función específica aseveran: “Nuestra función principal y para lo cual se nos proveyó de un equipo interdisciplinario es el evitar la judicialización de las situaciones de niños y sus familias”.

Expresan que, de proceder como lo pide el Juez se distraen sus recursos, que son escasos, en relación al objetivo principal que es realizar intervenciones alternativas a la judicialización; el trabajo en red; la inspección de entidades públicas y particulares y de los programas; superponiéndose de ese modo a las tareas de quien está obligado a cumplir la función que es el Ministerio de Desarrollo Social.

A continuación y refiriéndose a la autoridad de aplicación, transcribe los artículos 35, 36 y 37 de la ley para concluir que el articulado da muestras de la responsabilidad del Ministerio de Desarrollo Social y las acciones positivas que le competen, obligaciones que le son inherentes y que tienden a la ejecución de las medidas de protección de los derechos de la infancia.

Finaliza señalando que en ningún momento la ley señala que esas acciones deben realizarlas en forma conjunta con la Defensoría.

En tercer lugar se agravian porque el Juez no ordena las medidas requeridas al inicio de la acción de protección, pedido, las que por otra parte fueron sustentadas en los informes elaborados por el equipo interdisciplinario de la Defensoría.

Así, las apelantes concluyen que no se ordenó ni lo que es órbita del Ministerio de Desarrollo Social, ni lo que tiene que realizar la progenitora de los niños.

Por último aluden a la gravedad institucional de la medida en los siguientes términos: “No es inocente la medida que se intenta adoptar, y que nos lleva a recurrirla, ya que trae consecuencias no solo en las funciones y responsabilidades de la Defensoría, sino que trae aparejada gravedad institucional porque la resolución que recurrimos trasciende el interés particular de los involucrados, generando consecuencias irreparables en la aplicación del sistema legal de protección integral de los derechos del niño y poniendo en juego el respeto a su interés superior, provocando cambios que de las funciones y responsabilidades legales y constitucionales de los Jueces de Familia y del Ministerio Pupilar, teniendo en cuenta los paradigmas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y su recepción en la ley provincial 2302. Estos cambios de pretenderse deben tratarse en el lugar adecuado, siendo este la Legislatura Provincial, y no ordenados en forma arbitraria por un Juez de grado.

“Reitero el protagonismo que la ley 2302, otorga a la Defensoría de los Derechos del Niño no tiene lugar ante los estrados judiciales, sino en el trabajo interdisciplinario, con las redes sociales, en la búsqueda de alternativas a la judicialización de los conflictos y en la representación de intereses colectivos de niños y adolescentes, de mantenerse la orden que aquí se cuestiona nos lleva a distraer recursos y cambiar el paradigma de nuestra función enunciada en la ley”.

Plantean cuestión federal, haciendo reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II.- De la lectura del escrito recursivo encuentro imprescindible dividir el abordaje de su estudio en dos ejes.

En un primer término, se plantean cuestiones relativas a la función que le cabe a la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente, al Juez y al Ministerio de Desarrollo Social como organismo de aplicación de la ley, en el marco de lo dispuesto por la ley provincial 2302, señalando la apelante que el modo en que resolviera el Juez **trasciende el interés particular de los involucrados**.

En segundo término, se agravian las Defensoras pues señalan que el Juez, a raíz de ejercer erróneamente su rol, no ordena las medidas requeridas por su parte.

Pues bien, delineada de esa manera la cuestión, la planteada en primer término impone a esta Alzada incursionar en aspectos relacionados con la intervención funcional de la Defensoría, sus alcances y límites, como así también su coordinación con áreas del Poder Ejecutivo, aspectos que afectan no sólo el caso concreto sino que, tal como las propias quejosas señalan, se encuentran comprometidos intereses que trascienden a las partes afectadas en el proceso, planteándose incluso una cuestión de “gravedad institucional”.

En ese sentido, y en ocasión de que el Tribunal Superior de Justicia resolviera la admisibilidad de un recurso de nulidad extraordinario interpuesto por la Sra. Defensora a cargo de la Defensoría Civil N° 3, aquel Cuerpo señalaba: “Por lo que, en lo sucesivo, **ante un problema de interés institucional**, su resolución deberá ser **abordada en el ámbito de la Superintendencia de este Cuerpo** y, en su caso, ejercida por el señor Defensor ante este Tribunal Superior de Justicia.

"Ello así, desde que es ése y no otro el marco en donde cabe fijar la atención a los efectos de buscar respuestas que permitan desarrollar las distintas funciones y, en su caso, sortear los problemas procedimentales que obstaculizan la realización del fin último de la Ley 2.212 (modificada por la Ley 2.785).

"Para ello resulta necesario recordar: es responsabilidad de este Tribunal Superior adoptar las medidas y directivas internas, de carácter administrativo para asegurar la celeridad, eficacia y eficiencia en el ejercicio de la función jurisdiccional; en definitiva, para asegurar la unidad de acción en su conjunto en pro del interés general y de una mejor prestación de la función judicial, a fin de remover los obstáculos que limitan de hecho su efectiva y plena realización.

"En consonancia con ello, corresponde disponer, que por Secretaría se proceda a la remisión de fotocopias certificadas de lo actuado a la Secretaría de Superintendencia.

"Por lo que, resulta propicio hacer saber a la Sra. Defensora Oficial que en lo sucesivo deberá canalizar sus inquietudes y problemáticas atinentes al funcionamiento del Ministerio Público que integra a través de la vía institucional. Ello, en pos de preservar y afianzar la adecuada prestación del servicio de justicia, evitando detraer -en cuestiones como las aquí planteadas- el efectivo ejercicio de la función jurisdiccional, con menoscabo de la oportuna satisfacción de los intereses protegidos." ("M. R., R. I. S/ SITUACIÓN LEY 2212 P/ M. R., R. I. S/ QUEJA- R.I 174 – 19/09/2013)."

De este modo, y sin perjuicio de que al momento de resolver el aspecto relacionado con las medidas solicitadas

por la Defensoría se aborde de algún modo la función de cada organismo, lo será vinculado al caso concreto pues los aspectos de las relaciones institucionales son competencia del Tribunal Superior de Justicia.

La división entre los dos ejes obedece a la necesidad de diferenciar lo que agravia a las Defensoras en el ejercicio funcional y aquello que es agravio de quienes en el proceso ven afectados sus derechos.

Por otra parte, las cuestiones relativas al denominado “Anteproyecto de Protocolo”, como así también las alusiones a lo debatido en las reuniones del Consejo Provincial de la Niñez y las referencias a “la inoperancia actual del Ministerio de Desarrollo Social” no sólo exceden el ámbito de competencia de esta Cámara, de conformidad al criterio sustentado por el Tribunal Superior de Justicia, sino que no encuentran sustento más que en las afirmaciones de las Defensoras, de modo tal que cualquier consideración al respecto devendría arbitraria por no encontrar respaldo en las constancias de la causa.

En tal sentido, y más allá de que la resolución atacada sea el reflejo de las circunstancias relatadas por las Defensoras en el marco de las reuniones del Consejo Provincial de la Niñez –habiéndose efectuado el deslinde de orden institucional ya señalado-, en el caso concreto será analizada en la medida de que le causa agravios a la Defensoría que se hayan dictado medidas distintas a las oportunamente solicitadas.

Sentado lo que antecede e ingresando sí en el agravio delineado, del estudio de la resolución atacada entiendo que la misma debe ser revocada.

Las medidas concretas solicitadas por la Defensoría eran: **“incorporación del niño en un hogar**

dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, y a un dispositivo de tratamiento urgente, debiéndose **sostener la escolaridad de C.** 2) se requiera la realización de **tratamiento psicológico** a la progenitora y la niña B. 3) se trabaje con el grupo familiar para el **reingreso del niño a su hogar** a la brevedad".

Luego de ordenar la internación del niño, el Juez en la resolución que aquí se apela dispone: "Concretada la medida **notifíquese a la progenitora** con copias de la presentación en proveimiento y de la presente haciéndoles saber que **en el término de 10 días de notificados deberán presentarse con patrocinio letrado** a efectos de ejercer su derecho de defensa y ofrecer la prueba de la que intente valerse…. Durante la vigencia de la medida aquí dispuesta podrán ejercer el **derecho de visitas** con su hijo previa comunicación con el personal del Hogar…" (el resaltado me pertenece).

A continuación, y en lo que resulta el núcleo del recurso: "Hágase saber a la Defensoría del Niño que en el término de 15 días a contar desde que se ejecute la medida de protección aquí ordenada deberá presentar **un plan de acción** elaborado en forma conjunta con los profesionales del Ministerio de Desarrollo Social expresando en el mismo si se considera **abordable terapéuticamente** la situación, **lugar donde ha de permanecer el niño durante la vigencia de la medida excepcional**, los objetivos propuestos tanto en relación al **niño como a sus progenitores**, la estrategia a desarrollar para el cumplimiento de tales objetivos y el tiempo estimado para el cumplimiento de las metas propuestas….

"**Presentado que sea el plan de acción** requerido se **escuchará al niño** a efectos de que exprese su opinión en relación al mismo y **se conferirá traslado a la progenitora** por el término de 5 días a los efectos de que formulen las

objeciones y propongan las modificaciones que estimen corresponder. Contestado que sea el traslado o vencido el plazo para hacerlo **se emitirá pronunciamiento fijándose el plan de acción a desarrollar, y en tal caso en el término de 90 días a contar desde la efectivización de la medida, la Defensoría del Niño y la autoridad de aplicación deberán presentar un informe** respecto del cumplimiento de las metas propuestas y la posibilidad de revertir las causas que dieron origen a la presente."

De la lectura de la resolución surge que el Juez procura poner **límite a la medida cautelar** que implica un cercenamiento de la libertad del niño, -su internación en un hogar y el consiguiente alejamiento de su grupo familiar- que **la madre comparezca como parte en el proceso** con un debido asesoramiento y **garantizando las visitas al niño**.

De este modo y como aspecto a rescatar, encuentro que expresar un plazo para la medida implica reconocer la necesaria transitoriedad de la misma limitándose así en su propia decisión, y que en el "Plan de Acción" que ordena se encuentra presente el objetivo de reingreso al grupo familiar.

Sin embargo, habiéndose limitado en cuanto al plazo de la medida, a continuación impone a la Defensoría un determinado modo de accionar que no es el estrictamente propuesto por el organismo, sin rechazar fundadamente las medidas que, con ese objetivo, la Defensoría había solicitado.

Es por estas circunstancias que aún cuando lo que aquí en definitiva se ha de resolver no confirmará lo dispuesto por el Juez de grado, es posible rescatar los aspectos mencionados a la hora de valorar positivamente su propósito de variar prácticas judiciales teñidas de una ideología tutelar.

Dicho lo cual y con el fin de examinar la cuestión a la luz de los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño, es preciso avanzar a cuyo fin he de abordar la queja tal como fuera circunscripta en los siguientes aspectos: a) facultad del Juez para ordenar medidas distintas a las solicitadas; b) participación de los niños en el proceso y c) examen de las medidas solicitadas y las finalmente dispuestas frente a los derechos afectados.

a) FACULTAD DEL JUEZ PARA ORDENAR MEDIDAS DISTINTAS A LAS SOLICITADAS.

Veamos. La ley 2302 establece: “MEDIDAS CAUTELARES -Artículo 51- Se aplicarán las siguientes previsiones:

1) Respecto de las medidas cautelares de contenido patrimonial que se decreten en procesos de familia, la acción principal habrá de promoverse en el plazo de quince (15) días bajo apercibimiento de caducidad de la medida.

2) En cuanto a las medidas cautelares que se refieran a las personas, será de aplicación el criterio establecido en el artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial.

3) En forma previa a la adopción de medidas cautelares relativas a la situación jurídica de niños y adolescentes, el juez de Familia recabará la opinión de las partes, del equipo interdisciplinario y de los organismos pertinentes, debiendo fundar, bajo pena de nulidad, aquellas que lo modifiquen, dando intervención al defensor civil del Niño y del Adolescente. Cuando existiese urgencia o circunstancias graves, la decretará provisionalmente, debiendo dar cumplimiento al requisito establecido en el párrafo anterior dentro de los cinco (5) días de efectivizada.

4) En el supuesto contemplado en el artículo 34, se podrán adoptar las medidas cautelares previstas en el capítulo IV de la Ley 2212, con los recaudos establecidos en el inciso 3).”

El artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial señala: “Carácter provisional: Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”.

Asimismo, dentro de las facultades judiciales -en el ámbito cautelar- me interesa destacar la establecida en el artículo 204 del Código Procesal, que resulta plenamente aplicable –aunque con cierta precisión que cabe efectuar- a la materia bajo análisis: “Facultades del juez. El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger”.

Bajo esas pautas cabe preguntarse: ¿Podría el Juez haber ordenado medidas distintas a las solicitadas por la Defensoría? La respuesta es sí.

Lo que no puede hacer el Juez, es tomar medidas distintas, **sin argumentar adecuadamente los motivos** por los cuales ordena medidas distintas a las solicitadas. La obligación de dar razones se impone de un modo especial en todo aquello que afecte a los niños como sujetos de derecho, titulares de los mismos y con capacidad de ejercerlos de conformidad al criterio de la autonomía progresiva.

Obsérvese que al requerir que le informen si la cuestión es abordable terapéuticamente está ignorando lo que solicita la Defensora, sin dar explicaciones de por qué lo hace, explicaciones que le debe a la Defensora y

fundamentalmente al niño, la niña y a su madre, que son los afectados por las medidas que se adopten y también por las que no se adopten.

Expresaba el organismo aludido al iniciar el presente: "… incorporación del niño en un hogar dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, y a **un dispositivo de tratamiento urgente**, debiéndose sostener la escolaridad de C.. 2) se **requiera la realización de tratamiento psicológico a la progenitora y la niña B.** 3) se **trabaje con el grupo familiar para el reingreso del niño** a su hogar a la brevedad".

Cabe recordar del relato de las Defensoras que en la situación ya venía interviniendo el Centro de Salud de la toma Almafuerte.

Luego, que ignorar esa situación y ordenar: "….presentar un plan de acción elaborado en forma conjunta con los profesionales del Ministerio de Desarrollo Social" implica -repito- retrotraer el trámite de las presentes y revestirlo de una intervención cuya generalidad ignora las circunstancias concretas de esta causa.

La generalidad de los términos en que está redactada la resolución, -lo que en el lenguaje coloquial del foro se denomina "plancha"- se asemeja a un "Protocolo de actuación" como herramienta para abordar, de un modo universal los procesos en los que se encuentren afectados los derechos del niños, niñas y adolescentes.

Esta generalidad podría resultar valiosa en cuanto pretenda dotar de racionalidad y reglas uniformes las causas en las que los niños ven afectados sus derechos, pero lo cierto es que **en el caso concreto** ello no hará más que generar una sobre-intervención burocrática que retrasará el abordaje concreto de la situación.

Es importante destacar aquí que las medidas solicitadas lo han sido cautelarmente, y que se le está otorgando participación a la madre en el presente proceso, ocasión en la que, de no estar de acuerdo con ello podrá manifestarlo.

Íntimamente relacionado con esto último, y en un aspecto que resulta central y sobre lo que he de volver, la presencia de C. y B. es muy precaria en el caso del primero y ausente en el caso de la segunda.

Ahondando en el tema de los fundamentos de la decisión, el escrito de la Defensoría expresa: “Acompaño informes que dan cuenta de la situación y evaluaciones efectuadas” (fs. 1 vta.).

Sin embargo, la resolución cita **esos informes para dar curso a la medida de internación**, pero **nada dice al respecto cuando ordena el modo en que debe proceder la Defensoría**, lo cual lleva implícitamente a negar las restantes medidas.

Esto es, si los informes sustentan la medida de internación el Juez debió argumentar porque dichas pruebas técnicas no servían para el resto de las medidas, más aún cuando al resolver ordena medidas que -a la postre- resultan similares pero que él entiende deben implementarse de otro modo.

Desde el punto de vista de la tarea del Juez, tanto el recurso a la prueba técnica para dar curso a una medida, como su no utilización para sustentar otra, debe encontrarse respaldada por las razones que llevan al Juez a tomar esa conclusión.

Es un tópico común en los repertorios de jurisprudencia leer frases tales como: “La selección y valoración de la prueba constituyen facultades privativas del

juez, de tal modo que ni siquiera está obligado a valerse de la totalidad de la que haya sido rendida en la causa, bastándole con mencionar sólo aquélla que considere conducente para la resolución del litigio…"; "los jueces no tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de aquellas que fueran esenciales y decisivas para fallar la causa, siendo soberanos en la selección de las mismas"; "El hecho de que el juez haya preferido determinada prueba sobre otras, no configura arbitrariedad, debido a que la finalidad de la actividad probatoria es producir en el ánimo del juzgador convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados, siendo que los jueces no tienen el deber de ponderar individual y exhaustivamente todas las probanzas, sino que basta que lo hagan respecto de las que estimen conducentes y decisivas para resolver el caso sujeto a decisión."

Así, y aun cuando los tópicos aludidos hayan sido cómodos refugios de prácticas judiciales que deben ser superadas, las afirmaciones que anteceden resultan incompletas, pues es cierto que el Juez selecciona la prueba que da sustento a su decisión pero también es cierto que, tanto para adoptar una prueba como para no hacerlo con otra deben otorgarse razones, fundamentos.

Esto es así, porque la prueba como sustento de los hechos relaciona la tarea del Juez con ámbitos ampliamente discrecionales en los que si no se brindan razones, el riesgo de decisiones sustentadas en el puro arbitrio de aquel es prácticamente ineludible.

Así: "Me preocupa, para insistir, que el juez prefiera satisfacer sus propias convicciones de vida, antes que las del niño –a quien desde luego, asignará escaso papel en esa determinación, y bajo poder decisional. Acá es donde, me parece, la prueba técnica tiene un rol importante que

jugar. Esa prueba debería ser la base, junto a la opinión del niño, sobre la cual el juez fundará su decisión, Y sobre lo cual deberá hacerse cargo. Quiero insistir en que la prueba técnica, típicamente conocida como prueba pericial, no debe remplazar la labor del juez. Sino, cosa distinta, **elevar la carga argumentativa de éste- haciendo que las cosas sean más difíciles para el juez que quiera ver sus propias convicciones satisfechas**." ("Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas" Domingo Lovera Parmo – Justicia y Derechos del Niño N° 10 - pág. 56 y sgtes. UNICEF Cono Sur en www.UNICEF.org.ar).

Por otra parte, ante el pedido de una medida de protección, es preciso que el Juez decida a su respecto pues ello traduce el ejercicio del poder coercitivo del Estado el cual, aún bajo el loable propósito de proteger a una persona vulnerable, debe rodearse de garantías en tanto importa una invasión a la dignidad del niño, y la intimidad de éste y de su familia.

En tal sentido, debe ser directriz central para el dictado de esta medidas lo señalado por la Corte en cuanto declara: "Todo padre y toda madre tienen el derecho de velar por sus hijos menores, no obstante los defectos que puedan tener y que son propios de la condición humana si no han sido inhabilitados al respecto. Desconocerlo podría introducir un gravísimo factor de perturbación tanto en lo moral como en lo social y **aun comportar el riesgo de que una eventual concepción utópica y totalitaria atribuyera al Estado la función que la propia naturaleza ha conferido a los padres**. Negar a éstos la facultad de decidir sobre la crianza y educación de los hijos, que resultaría así transferida a los magistrados, situaría al ordenamiento en una pendiente peligrosa que hasta podría acercar a concepciones repugnantes de la esencia de nuestro régimen constitucional, donde se

asignen al Estado funciones que sólo le competen subsidiariamente". (Fallos 305:1825).

Sintetizando, el Juez cuenta con la facultad de disponer medidas distintas a las solicitadas, pudiendo expresarlas del modo que encuentra más conveniente, sin embargo dicha facultad no puede ejercerse discrecionalmente y, frente a la solicitud concreta de medidas como al sustento de las mismas en pruebas, el Juez debe brindar las explicaciones que el caso concreto requiera.

b) PARTICIPACION DE LOS NIÑOS EN EL PROCESO.

Sentado lo que antecede es preciso abordar ahora el análisis a la presencia de los niños C. y B. en el proceso, pues entiendo cabe revocar en la resolución apelada la postergación de la participación de C. y la ausencia de B.

El niño –C.- cuya internación se ordena tiene 13 años. Por lo que surge del relato de la Defensora, es un niño que tiene vivencias vitales que lo han llevado a manejarse con un grado de autonomía –se le indicó un tratamiento que no continuó, fue alejado de su hermana e igualmente la buscó- que es preciso atender, lo cual a mi juicio pone en evidencia la necesidad de escucharlo en el proceso, y hacerlo de un modo amplio que sea garantizador de sus derechos.

Me interesa al respecto y a fin de fundar lo dicho reflexionar con la siguiente hipótesis.

Si el niño cuya internación ordena el Juez, a instancias de la Defensoría y con consentimiento de su madre, se escapara del hogar que se le haya asignado, más allá de las responsabilidades de orden administrativo que puedan caber a los operadores comprometidos, entiendo que no caben dudas de que podemos afirmar que ese niño se esta **resistiendo** a la pretensión del Estado de **protegerlo de esa manera**.

Entonces, si ese niño está oponiendo una resistencia a una pretensión es lógico concluir que está ejerciendo –de un modo particular- su derecho de defensa, existiendo de ese modo un proceso contencioso.

Al respecto: “Tradicionalmente el tema de la defensa jurídica del niño, niña o adolescente se ha circunscrito a los asuntos que involucran a los adolescentes que cometen alguna infracción a la ley penal, **obviando todos aquellos procedimientos que se refieren a la adopción de medidas de protección frente a situaciones de amenaza o vulneración de derechos** como son, por ejemplo, las que ocurren por la falta, negligencia o incapacidad transitoria de los padres o de las personas que ejercen el cuidado personal de un niño, niña o adolescente o también las que acaecen por maltrato ocasionado por aquéllas o por otras personas.” (“La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección” Patricio Millán y Luis Villavicencio -pág. 58- en Revista de Derechos del Niño Universidad Diego Portales-UNICEF Chile-octubre de 2002).

Continúan los autores: “Esta omisión se explica, seguramente, porque la privación de derechos es mucho más patente cuando se trata del ejercicio del poder punitivo del Estado. En cambio tratándose de **medidas de protección**, que deberían decretarse siempre con el fin de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la función del Estado de brindar amparo aparece ampliamente legitimada y, por lo tanto, **independizada de controles**, como sería algún mecanismo que asegure la representación de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, esta legitimación es dudosa tratándose de procedimientos para la aplicación de medidas de protección en los que la salvaguarda de derechos se confunde con la potestad tutelar del Estado

cuyo objeto, si tiene un componente proteccional, muchas veces se transforma en un instrumento de control social, e incluso, de represión de la infancia y adolescencia postergada y desviada socialmente … **aún cuando las medidas de protección se decreten inspiradas en los principios de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que igualmente se afectan derechos de éstos**, incluso llegando a producirse –en algunos casos- el modo más intenso de intromisión en el goce de los derechos de las personas, esto es, **la internación o privación de libertad**."

A continuación los autores, si bien comentando aspectos de la legislación de menores en Chile, señalan una cuestión que entiendo resultará útil para fundar la necesidad que pretendo poner de relieve en cuanto a **la presencia temprana del niño en el proceso**.

Así: "… en la ley no aparece claramente el criterio que permite reconocer aquellas cuestiones que son contenciosas o que, por su naturaleza, permiten algún tipo de oposición. Aparentemente el carácter contencioso s reserva, exclusivamente, para las materias relativas al derecho de familia. Esta confusión es tributaria de la lógica tutelar que informa nuestra Ley de Menores… se sustenta en la idea que en los procedimientos de menores no existe una contienda auténtica entre partes porque el objetivo es la protección o tutela del menor. Para ello, el juez necesita estar dotado de potestades intensamente discrecionales que le permitan reconstruir su vida y su entorno para lograr la intervención más adecuada. Así, el menor de edad es, al mismo tiempo, sujeto y objeto del proceso." Luego, y enfocados puntualmente en la cuestión del derecho de defensa, señalan: "Partamos, entonces, por contextualizar el derecho a la defensa. Los principios que inspiran el debido proceso, esto es, el conjunto de los presupuestos que deben ser exigidos

para considerar –procedimentalmente- legítima cualquier decisión judicial, se estructuran y se concretizan por medio de una serie de garantías procesales indispensables para que las personas acepten razonablemente sustraer la resolución de conflictos de relevancia jurídica de la esfera privada y confiar su decisión a los órganos institucionalmente establecidos para ello, es decir, los tribunales de justicia… Una de las garantías procesales más relevantes es, precisamente, el derecho a la defensa. Dicha garantía supone que uno de los requisitos que todo proceso jurisdiccional debe satisfacer es que las personas que intervienen en ese proceso gocen de la defensa jurídica que asegure la adecuada representación de sus intereses y la posibilidad de intervenir directa y oportunamente en el proceso con el objeto de ser escuchados.”

Agregan: “Probablemente ésta sea una de las garantías procesales más fundamentales y, sin duda, la que se encuentra más arraigada espontáneamente en la conciencia de las personas respecto de la idea o noción informal de un juicio justo. Ante cualquier ataque, agresión o cargo la reacción natural de cualquier individuo será buscar los medios para repeler el eventual daño que pueda seguirse de la situación perjudicial a la que se enfrenta. Nos atrevemos a sostener que la garantía de la defensa procesal se fundamenta, en última instancia, en ese instinto de conservación o supervivencia al que aludía Hart al reflexionar sobre los contenidos mínimos que todo sistema normativo debería contener, basándose precisamente en la premisa básica que todos los seres humanos organizamos nuestras vidas teleológicamente de modo tal de preservarlas; de lo contrario, conceptos opuestos como peligro y seguridad, daño y beneficio, entre otros, carecerían de todo sentido.

"Así, la defensa consistirá en una reacción espontánea ante cualquier agresión como sería por ejemplo, a la que se ve expuesta un niño, niña o adolescente al ser sometido a una medida de protección que traerá como consecuencia una restricción o supresión de alguno o algunos de sus derechos fundamentales. El primer y más primigenio modo de defensa consiste en la posibilidad de participar y ser oído en el proceso." y avanzando un paso más: " … con la creciente complejidad de los sistemas normativos, el único modo de asegurar una defensa mínimamente adecuada pareciera ser a través de la intervención de un abogado que represente los intereses del niño, niña y adolescente".

Una faceta importante en la señalada garantía de la defensa exhibe una dimensión negativa: "… que se traduce en la prohibición de la indefensión, esto es, **impedir que se prive a una persona del ejercicio del derecho a la defensa**, particularmente, **por la acción del tribunal**.

"Por último, las facultades que confiere la garantía de la defensa procesal pueden adoptar dos modalidades principales: la autotutela o autodefensa y la defensa técnica o letrada. La autodefensa es el derecho que tienen las partes en un proceso para intervenir en forma personal y directa en las diferentes etapas del mismo, sin la necesidad de la representación por medio de un defensor técnico. Se trata, simplemente, del derecho a ser oído o el derecho de audiencia en cada una de las actuaciones a que da lugar un proceso. Por su parte, la defensa técnica consiste en aquella realizada por medio de un profesional jurídico, es decir, un abogado. Dicha persona posee los conocimientos necesarios para llevar adelante las diferentes facultades que supone el pleno ejercicio de la garantía de la defensa y su objetivo en el proceso será representar exclusivamente los intereses de su representado."

Me he permitido citar en extenso a los autores aludidos, siguiendo los lineamientos del Tribunal Superior de Justicia en cuanto ha señalado "… también merece una mención aparte la falta de fundamentación suficiente de que adolece el decisorio de la Alzada en oportunidad de determinar la necesaria asistencia letrada del denunciado en autos y la consecuente intimación ordenada a su respecto … corresponde insistir a la Cámara de Apelaciones local en el deber de motivar adecuadamente sus decisiones -en cumplimiento de la disposición contenida en el artículo 238 de la Constitución provincial-, a efectos de desempeñar a cabalidad la función jurisdiccional que ejerce. ("M. R., R. I. S/ SITUACIÓN LEY 2212 P/ M. R., R. I. S/ QUEJA (QUE: 3712)" (Expte. N° 58 año 2013)."

Si el niño no comparece en el proceso y no es asesorado debidamente en cuanto a sus derechos, difícilmente pueda sentirse protagonista titular de ningún derecho, ni tampoco construya una subjetividad en la que los mismos sean parte esencial de su identidad.

Es claro que su participación y su voz no resultarán vinculantes para el Juez, como no los son ni las alegaciones de un actor o un demandado en un proceso de índole patrimonial, pues el Juez en definitiva deberá decidir teniendo en mira el interés superior del niño -que podrá o no coincidir con el interés individual del niño que se trate, pero lo que a esta altura no podemos ignorar –so pena de incurrir en graves responsabilidades de orden internacional por violación a Tratados Internacionales, es que lo que el niño tenga para decir **debe formar parte de la decisión jurisdiccional que se tome cuando lo que se afecta son derechos de los cuales él es titular** y tiene derecho a ejercerlos conforme los criterio de autonomía progresiva.

La limitación que el Juez efectúa para escuchar al niño sólo una vez que se presente el plan de acción que entiende se debe elaborar conjuntamente no es respetuoso de sus derechos, pues la medida más gravosa, esto es su internación y separación del grupo familiar, se toma y se mantiene sin su participación.

Así: “Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho, lo que a esta altura de la evolución de la doctrina es una afirmación que se demuestra por sí misma. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior…. Se puede decir que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de la autoridad sin el apoyo de la razón.” (“Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes” Ricardo Pérez Manrique -pág. 249- en Justicia y Derechos del Niño n° 8 www.unicef.cl).

Es por ello que la escucha de los niños C. y B. por parte del Juez se deberá concretar inmediatamente, debiendo tenerse en cuenta, en virtud del principio de autonomía progresiva la diferente edad de cada uno de ellos, circunstancia que ha de requerir el auxilio de las funcionarias que los representan a fin de orientar el mejor modo de concretarlo.

c) EXAMEN DE LAS MEDIDAS SOLICITADAS, LAS FINALMENTE DISPUESTAS y LOS DERECHOS AFECTADOS.

Luego, y a fin de ser respetuosos de la garantía de defensa que supone un sujeto titular de derechos, resultará útil identificar cuáles son los derechos involucrados pues de no hacerlo, nuevamente los márgenes de discrecionalidad se amplían enormemente.

En esa senda, la identificación de cuáles son los derechos vulnerados permitirá -en su caso- circunscribir las acciones tendientes a su restablecimiento e identificar adecuadamente quiénes son las personas u organismos obligados a ello, de modo que cabría preguntarse: ¿Qué derechos se encuentran en juego concretamente en la resolución apelada?

La respuesta a esta pregunta nos enfrenta a un segundo problema cuál es la presencia de dos niños con derechos vulnerados, pues por un lado se encuentra C. cuya internación ya fue ordenada por el Juez y por otro lado su hermana B. en cuanto aparece preliminarmente como víctima de un abuso por parte de aquel, y aquí no es posible eludir otro interrogante: ¿la internación es una medida de protección de los derechos de ese niño o de los derechos de su hermana?

Si nos enfocamos en el niño y aun cuando la Defensora al solicitarla expresa que la solicitud es a fin de salvaguardarlo del maltrato de su madre, aparece más visible que ello haya sido para separarlo del contacto con su hermana, lo cual ya de por sí tiene más características de medida coercitiva de orden penal que medida protectoria de los derechos de ese niño.

Sí podríamos señalar, sin dudas, que es protectoria de sus derechos la solicitud de un apoyo para sostener su escolaridad –derecho a ser educado- como así también la solicitud de que se trabaje con el niño y su familia para lograr su reinserción –familia como medio natural

para el crecimiento de un niño y concomitante derecho del niño a crecer en ella-.

En relación a la escolaridad es posible agregar que la obligación estatal de que un niño de esa edad reciba educación, debería relevar de cualquier disquisición al respecto.

Respecto a la niña, es una medida protectoria de sus derechos la solicitud de un tratamiento y a la vez, la separación de su hermano aparece como una medida que busca resguardar –cautelarmente- su integridad física y sexual.

Así esbozada la cuestión y sin ingresar en los derechos de la madre como así también en las potenciales responsabilidades que le caben y que –preliminarmente al menos- aparecen incumplidas, emerge un universo de derechos, algunos de los cuales pueden llegar a coexistir –recreación del grupo familiar- pero otros claramente se contraponen.

En el escenario descripto, no encuentro que resulte una práctica judicial respetuosa de los derechos de estos niños, que participen bajo una única representación.

El desarrollo de la tarea en la Defensoría, **previo a la solicitud de intervención judicial**, permite un trabajo simultáneo en relación **a la familia como grupo**, a la vez que con cada uno de sus integrantes, sin embargo, una vez judicializada la cuestión, dicha modalidad no puede mantenerse.

Resulta ilustrativo al respecto: “Para poder diferenciar entonces esta separación entre lo que llamamos fase judicial y fase prejudicial, debemos comenzar por acordar en el establecimiento de una pauta que separe, que diferencie uno y otro espacio, que establezca un límite claro que permita, a partir de él, diferenciar misiones y funciones, objetivos e intervenciones, roles profesionales y alcances de

la práctica profesional en cada una de las fases mencionadas. Por lo que se ha planteado en el párrafo anterior, no se trata de un juego de palabras o de una construcción ficcional, sino que, por el contrario, posee un anclaje real y fundado, y está dado **por la intervención de un juez y su jurisdicción**. Es la demanda de necesidad de su intervención y la admisibilidad de tal requerimiento lo que simboliza la diferenciación entre fases." ("La intervención en la fase prejudicial: intervención profesional en la Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de Neuquén" –María Eugenia Lizola en "Trabajo Social Forense-Balnce y Perspectivas" - Andrés Ponce de León y Claudia Krmpotic (coordinadores) Espacio Editorial 1° edición 2012 - pág. 162).

Continúa la autora: "La actuación profesional en la fase prejudicial cuenta con la valiosa posibilidad de realizar intervenciones tendientes a la resolución del conflicto alternativas a la judicialización, o bien, llegar a ese momento luego de un proceso de intervención que modifica cualitativamente la situación. Esta apertura a múltiples acciones profesionales (entre las cuales se encuentra la posibilidad de solicitar la intervención el juez, pero no como único camino) modifica la posición epistémica del profesional y la naturaleza de la intervención. El establecimiento de la relación profesional que no está predeterminada a ser judicializada, permite un acercamiento a los niños, niñas adolescentes y sus familiares o responsables parentales desde un lugar que, si bien presenta componentes del control social …, tiene un horizonte de propósitos entre los cuales se prioriza la construcción de un vínculo que posibilite la implicación de los propios sujetos y a movilización de sus propios recursos para revertir la situación de presunta vulneración de derechos individuales que origina la

intervención y que seguramente han construido en largo tiempo.” (ob. cit. pág 162).

Luego, y ya ingresada la conflictiva en la fase judicial, aparece imprescindible un enfoque diferenciado en cuanto a los derechos afectados y su forma de plantearlos en relación a brindar una respuesta legal al conflicto.

En ese sentido, y atento a que la medida de internación fue solicitada por la Defensoría N° 2, dicho organismo tendrá que cesar en la representación del niño C., a quien deberá otorgársele una representación y asesoramiento diferente, a cuyo fin se oficiará por Secretaría de esta Sala, al Sr. Defensor General, titular del Ministerio Público de la Defensa, a fin de que para el cumplimiento de lo aquí ordenado se proceda del modo que se estime más pertinente.

Asimismo, y en relación al ejercicio del derecho de defensa, largamente desarrollado más arriba, cabe hacer una precisión.

Así: “…el Ministerio Público de Menores es defensor, por mandato constitucional (Art. 120 CNN) y legal (Art. 59, 491 a 494 del Código Civil y la ley 24.946), de los derechos de los niños, las niñas, adolescentes y demás personas incapaces de hecho en la medida de su indisponibilidad. La defensa de estos derechos -que interesan a la sociedad y al Estado- no puede confundirse con la defensa que puede ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia de un abogado del niño, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño. **Si bien su función no es contraria** a la Convención sobre los Derechos del Niño, evidentemente **no es suficiente** para garantizar que los niños puedan ser parte del proceso,

accediendo a la información que en el mismo se suscita y **activando su tramitación**. Considerar lo contrario es no tomar en cuenta el principio de autodeterminación progresiva del sujeto, que implica la posibilidad de ser otro, distinto de su representante legal o su representante promiscuo, aún a pesar de que coincidan en apariencia sus intereses. El simple hecho de permitírsele una escucha diferenciada dentro del proceso lo posiciona como diferente, como sujeto autónomo …. De este modo, el asesor de menores materializa la mirada adulta del interés superior del niño y el abogado la mirada del niño de su mejor interés. ("La reglamentación de la figura del abogado del niño en la provincia de Buenos Aires. A propósito del proyecto de Ley D- 1720-2011 de creación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires de la figura del abogado del niño" - Rodríguez, Laura - DFyP 2013 (junio), 193 Cita Online: AR/DOC/5609/2012).

No obstante ello, siendo que el Ministerio Público de la Defensa del Poder Judicial de la provincia cuenta con funcionarios especializados con vasta experiencia y capacitación, en principio no encuentro inconvenientes para que quien represente al niño desempeñe igualmente la tarea de asesorarlo, informarlo acerca de la marcha del proceso y resguardar a través del desempeño de la actividad procesal que cada etapa requiere, su derecho de defensa.

Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo revocar la resolución apelada, dejando sin efecto la imposición a la Defensoría de que presente el plan en los términos dispuestos por el Juez de grado; ordenar que el Juez escuche inmediatamente a ambos niños; disponer que se brinde tratamiento a C. lo que deberá incluir el sostenimiento de su escolaridad; disponer con carácter cautelar que la Sra. R. deberá concurrir al tratamiento psicológico que requiere la Defensoría en su escrito de fs. 1 al igual que la niña B.,

debiendo cumplirse en la instancia de grado a través de su requerimiento a la Autoridad de Aplicación pertinentes, pudiendo optarse por los que venían interviniendo –Centro de Salud de la Toma Almafuerte-; oficiar al Sr. Defensor General a fin de que se disponga la representación del niño C. en forma urgente y bajo la modalidad que aquel organismo estime pertinente, manteniendo la Defensoría N° 2 el seguimiento de esta causa en nombre de la niña B. Tal mi voto.

La **Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Adhiero al voto que antecede, por coincidir con la solución y los fundamentos allí vertidos.

Por ello, esta **SALA II.**

RESUELVE:

I.- Revocar parcialmente la resolución apelada, conforme lo expuesto en los considerandos que anteceden.

II.- Oficiar por Secretaría al Sr. Defensor General a fin de hacerle saber lo resuelto.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, remítanse al Juzgado de origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA