



Expte.: (JVAFa1-12580/2021) "Y.N.P., E.J.P., M.P., X.Z.P. S/MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES (M. A. T. Y G. A. P.)", 15820/2023.-

Villa la Angostura, 17 de Enero del año 2023.-

Para resolver en este expediente caratulado: "Y.N.P., E.J.P., M.P., X.Z.P. S/MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES (M. A. T. Y G. A. P.)" Expte N° 12580/2021, respecto del control de legalidad del cese de la medida excepcional oportunamente dispuesta en autos respecto de **E. P. (DNI ..., nacida ...), X. C. P. (DNI ..., nacida el ...) y M. P. (DNI ... nacida el ...)**.-

ANTECEDENTES:

En fecha 10 de agosto de 2022 mediante Resolución obrante a hojas 258/263 resolví declarar la legalidad de la medida de protección excepcional de ingreso al Refugio Municipal de Niños, Niñas y Adolescentes dispuesta por el órgano de aplicación de la Ley Provincial 2302 y Ley Nacional 26.061 en fecha 29 de julio de 2022 respecto de las hermanas E., X. y M. P. dando curso desde esa fecha al plazo previsto por el art. 607 del CCyC.

En fecha 23 de agosto de 2022 la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 2302 (hojas 263/266) remitió un inicial Plan de Restitución de Derechos respecto de las niñas X., M. y E. en cumplimiento de la resolución 308/20 del Ministerio de Desarrollo Social de Neuquén, tal como fuera exigida en la resolución antes señalada (punto II).

En fecha 19 de diciembre de 2022, a hojas 394/397, se dispuso **convalidar la prórroga por el plazo de sesenta (60) días** desde el 1° de diciembre de 2022 de la medida de protección excepcional dispuesta por el órgano de aplicación respecto de las niñas, ello en función a los argumentos vertidos en dicha resolución a cuyos fundamentos me remito e honor a la brevedad.

Sin perjuicio de ello, vale destacar que en fecha 01/12/2022 se había recepcionado nuevo informe remitido por



la Autoridad de Aplicación manifestando que considera necesaria la prórroga por un máximo de 60 (sesenta) días la medida de protección excepcional. En este sentido, dieron cuenta de los avances logrados con los progenitores, los distintos encuentros supervisados y otros no supervisados llevados a cabo con los progenitores. Destacan como viable un progresivo retorno de las niñas al hogar familiar pero que entienden necesario continuar, previo a ello, trabajando con los progenitores.

Resaltan que frente a las reiteradas denuncias por parte de Y. P. de abuso sexual perpetrado por su progenitor en perjuicio de sus hermanas, ninguna de las niñas han manifestado algún tipo de indicador ni lo han abierto en ninguno de los espacios que se les ha garantizado -entrevistas en la Casa Refugio, espacios terapéuticos, entrevistas del equipo técnico del órgano de Aplicación. En cambio relatan que si se ha podido obtener del relato de las niñas reiterados episodios de maltrato físico, especialmente por parte del progenitor, ejercicio de violencia que entienden necesario continuar trabajando con el grupo familiar.

Asimismo, resaltaban necesario continuar con una escucha activa para el relevamiento de indicadores de abuso denunciados por la hermana. En este sentido se evalúa como necesaria la prórroga de la medida por 60 días a fin de poder continuar con el trabajo familiar y garantizar la integridad psicofísica de las niñas.

El pasado 22 de diciembre de 2022 (hojas 399/405) la Dirección de protección de Derechos de la Secretaría de Desarrollo Social acompañó un informe técnico elaborado los profesionales intervinientes (Lorena Arretche, María Paz Garnica, y Ezequiel Bertolini) junto con una resolución suscripta por la Abogada Tamara Martínez -Subsecretaría de protección de Derechos de la Municipalidad de Villa la



Angostura- en la que dispone el cese de la medida de protección excepcional de derechos adoptada en relación a E., X. y M. "por haberse modificado las causas que originaron su dictado".

Recibido que fuera dicho informe y resolución se corrió vista a la Defensoría de los Derechos de los Niños y Adolescentes quien contesta mediante presentación web nro. 53871 (hojas 410/412). En efecto la Defensoría de los Derechos del Niño rechaza el cese de la medida excepcional dispuesta por la Autoridad de Aplicación de la Ley 2302. Para ello sostiene por un lado que la autoridad de aplicación no tiene facultades para disponer el cese de la medida excepción, siendo que no es un acto administrativo y que lo dispuesto excede su competencia. Por otra parte, más allá de la apreciación jurídica, sostiene que *"no se encuentran fundamentos suficientes para el cese de la medida excepcional, ni tampoco se observa, del informe presentado, que se garantice el interés superior de las niñas y su integridad psicofísica, dado que se habrían corroborado en otras instancias, a través del relato de las niñas las situaciones de maltrato físico y han sido mencionadas, en reiteradas oportunidades situaciones de abuso sexual infantil"*. En este sentido ilustra que si bien la institucionalización de las hermanas es la medida más gravosa y que perjudica el bienestar de las mismas, *"se deberían haber evaluado otras medidas posibles dado que no se ha informado que fue lo que modificó sustancialmente la situación para que, en el plazo de 20 días hábiles se pase de que sea "exagerado" el pernocte en el domicilio familiar con lxs progenitores a un "cese" de la medida excepcional"*.

Por otra parte, del cese dispuesto por el órgano de aplicación y de lo dictaminado por el Sr. Defensor, se corrió vista a los progenitores quienes contestaron mediante presentación web nro. 53960 (hojas 415/419). En su



presentación los progenitores fundamentalmente destacan el rol fundamental del órgano de aplicación, legitiman las conclusiones arribadas por este organismo y su equipo técnico y las facultades que cuentan para disponer y cesar las medidas excepcionales así como el rol que le compete al poder judicial en el control de dichas medidas. Finalmente, concluye y solicita se convalide el cese de la medida excepcional y sugiere, para el caso, que se solicite una ampliación del informe a la Autoridad de Aplicación y de considerarlo necesario que se escuche a las niñas.

Planteada así la cuestión entiendo que corresponde resolver sobre el control de legalidad del cese dispuesto por la Dirección de Protección de Derechos de la Municipalidad de Villa la Angostura.

FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1) Entiendo que para resolver corresponde atender, en primer lugar, a 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 ¹ 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

1 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

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.² (Sentencia del 16/12/14, "B.A.Y.A.-A.D.yC.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).

En este punto cabe aclarar 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 mencionada 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.

Previo a esto, en el contexto de un Estado conservador y positivista la intervención en la cuestión social no se efectuaba en forma directa, como la conocemos hoy en día, sino sólo a través de las llamadas sociedades de beneficencia.

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, objetos 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 e incorporada a la Constitución Nacional reformada en el año 1994 en el art. 75 inc. 22, con lo que la Ley de Patronato entra en definitiva contradicción, ya que desde esta Convención, el niño es concebido como persona, 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.

El origen de las causas desde la perspectiva del paradigma de la Protección Integral, se ubica en lo socio-estructural. Las deficiencias institucionales, económicas y políticas afectan a la familia y a la comunidad, por lo tanto las formas de intervención deberán apuntar a apoyar y fortalecer la familia para el ejercicio de sus derechos y obligaciones. Se proponen 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).

En efecto, cabe resaltar que al paradigma de la "situación irregular", configurado en torno a la noción de menor como una persona incapaz e inmadura, y en esa condición objeto de abordaje e intervención estatal, le correspondía un modelo tutelar donde el Estado podía disponer de la vida de las personas que integran el colectivo infancia, principalmente las pertenecientes a los sectores más vulnerados, a través de su guarda y cuidado y, que el depositario de ese poder omnímodo era el juez de Menores que proveía de respuestas de carácter judicial y penal donde se deberían llevar adelante prácticas, políticas y programas sociales destinados revertir la vulneración de derechos de los niños, los adolescentes y sus familias (González Vicel, "El principio...", pág. 1332).

En contraposición a ello, 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. Añade que, por el contrario, la doctrina de la protección integral implica el posicionamiento del niño como sujeto de derechos y no mero objeto de decisión, titular pleno de los mismos, más allá de la existencia de ciertas limitaciones para ejercerlos dadas por su propia condición (ob. cit. "Sistema de protección integral de la niñez en la Provincia de Buenos Aires...").

Con referencia a esto recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 17 sobre la «Condición Jurídica del Niño», ha sido clara al señalar que «los niños no deben ser considerados «objetos de protección segregativa» sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...».

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.

Entonces efectuado este análisis preliminar corresponde hacer una interpretación integral del marco normativo provincial, nacional y constitucional/convencional conforme al Artículo 1 de la Ley 2302 en cuanto a que: "La presente Ley tiene por objeto la protección integral del niño y del adolescente como sujeto de los derechos reconocidos en ésta, y que deben entenderse **complementarios** de otros reconocidos en la Constitución nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los tratados internacionales, las leyes nacionales, la Constitución de la Provincia del Neuquén y las leyes provinciales". (el negrita me pertenece). Además en su art. 90 respecto a la **integración normativa**, se establece que en caso de conflicto entre cualquiera de las normas aplicables a niños y adolescentes imputados de delito o contravención, será de aplicación la que más favorezca los derechos del niño y adolescente, criterio que considero aplicable a todos los niños y adolescentes no solo a los que transitan un proceso como imputados. Por ello la situación bajo análisis se abordará desde la complementariedad y no desde una contradicción normativa.

Adhiero a la distinción efectuada por el Sr. Defensor entorno al alcance de las medidas de protección integral y medidas de protección excepcional.

En efecto, cabe destacar que esta distinción de institutos resulta ser propio de la Ley nacional 26.061, que



regula las medidas de protección integral en sus arts. 33 a 38 y las medidas de protección excepcionales en sus art. 39 a 41 de la Ley 26061.

En la misma línea el Código Civil y Comercial recepta expresamente los estándares reseñados en los arts. 595 y 607. El primero dispone que la adopción se rige, entre otros, por los principios de: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad y, c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada. Y, conforme al segundo, la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido ese tiempo sin revertirse las causas que motivaron la medida, **el organismo administrativo** de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas, estableciéndose además que esta declaración no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

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. Cualquier situación por la que atravesase un niño, niña o adolescente que genere vulneración o amenaza de



sus derechos, debe ser comunicada al órgano administrativo para que con sus equipos técnicos interdisciplinarios, realicen el abordaje y tomen las medidas de protección.

Por su parte la Ley provincial 2302, precursora en el sistema de protección de la niñez, adopta el concepto de medidas de protección fundamentalmente a cargo del Autoridad de Aplicación -PERTENECIENTE al Poder Ejecutivo- con el objeto de brindar una mejor y rápida respuesta en consonancia con el interés superior del niño y el paradigma actual de protección de niñez.

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 Desarrollos 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.**

Veamos entonces cual es el rol asignado a la Autoridad de Aplicación de las leyes de protección integral de la niñez.

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.

La Subsecretaría tiene incumbencia en la elaboración e implementación de "programas de prevención, asistencia y protección de niños y adolescentes para garantizar su pleno desarrollo como personas, reconociendo a la familia como núcleo principal para su desenvolvimiento" (art. 37°, Ley 2.302), interviniendo, asimismo, en 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" (art. 37°, Ley 2.302). Por ello se implementan también



dispositivos y servicios alternativos a la institucionalización.

Además expresamente el decreto 317/2001 reglamentario de la ley 2302 en su Art. 9: GARANTÍA DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y COMUNITARIA dispone:

Reglaméntase el Artículo 8° de la Ley 2302. La garantía de la convivencia familiar y comunitaria, debe ser establecida como principio fundamental en el diseño, coordinación y ejecución de políticas destinadas a la **protección integral** de los derechos de niños y adolescentes. En particular, **este principio se dirige al Estado Provincial, los Municipios y la Comunidad a fin de que garanticen el resguardo o restablecimiento de derechos amenazados o vulnerados en el seno de la familia de origen, o en su caso familia ampliada y prohíbe la separación del niño o adolescente del grupo familiar por falta de recursos materiales.** (el negrita me pertenece).

Claramente la norma refuerza la competencia que tiene la Provincia (en su carácter centralizado), como los Municipios y Comunas (en su carácter descentralizado) no solo para la adopción de medidas integrales sino para el restablecimiento de derechos y la evaluación sobre la permanencia del niño o adolescente en su familia de origen o en su caso la ampliada, en consonancia con las leyes nacionales mencionadas.

Es decir la autoridad de Aplicación de las leyes 2302 y 26.061 es el Ministerio de Desarrollo Social a través de su organismo especializado que actualmente es la Subsecretaría de Familia, Niñez y Adolescencia y sus organismos descentralizados.

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, pero si



resalto que este debe cumplir con requisitos que no se encuentran acreditados en el presente caso.

En efecto, el art. 40 de la Ley 26061 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.

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 Administrativo 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.”

Entiendo que la cuestión introducida por el Defensor en cuanto a la intervención judicial en el proceso de las situaciones de niños, niñas y adolescentes alcanzados por medidas excepciones, viene dado por lo establecido por el art. 2 de la Ley provincial 2955 que prevé -como regla general- que la medida excepcional de ingreso a hogares de niños y adolescentes debe ser adoptado por autoridad judicial, a excepción de las situaciones de urgencia previstas por el art. 37 de la Ley 2302- pero lo cierto es que dicha normativa nada dice explícitamente sobre el cese de las medidas excepcionales. Tampoco se expresa de forma específica o contraria la Ley 2302. En este sentido no advierto colisión alguna con las reglas generales asentadas por la Ley 26061.

En efecto entiendo que la interpretación normativa que propugno se deriva de aplicar como vector hermenéutico el principio *pro homine* que conduce a la prevalencia de la norma que provea la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos y al sistema de derechos en sentido institucional. Tomando para ello como norte fundamental el interés superior del niño y los lineamientos y principios establecidos en la Convención de los Derechos de los Niños.

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 del punto IV a) 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 y condiciones para el cese de las medidas excepcionales.

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, 100% de las medidas es tomado por la autoridad administrativa. En contraposición, en Neuquén 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.

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.

Me adentro entonces en el control de legalidad del cese de la medida informada.



Conforme se anticipara, para que proceda el cese de medida excepcional debe haberse completado el Plan Estratégico de Intervención y Restitución de Derechos en forma satisfactoria y haberse removido las causas que dieron origen a la medida de protección excepcional.

En este sentido, de disponerse el cese de la medida de protección excepcional adoptada, es deber de esta judicatura controlar la legalidad, la oportunidad y la conveniencia de las medidas oportunamente resueltas. Dicho control supone analizar si esa finalización de las medidas responde a la máxima satisfacción de derechos del niño en el caso concreto.

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 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 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 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...” (ar. 20 CIDN).

Es así que en caso de amenaza, y/o vulneración de derechos de niños, niñas o adolescentes, nuestra ley provincial prevé medidas de protección especial de derechos, tendientes al restablecimiento o recuperación de los derechos vulnerados. Tales medidas deben ser limitadas en el tiempo y durarán mientras persistan las causas que le dieran origen (art. 30 Ley 2302).-

En tal marco jurídico, corresponde analizar si se encuentran reunidos los requisitos de convalidar legalmente el cese de la medida excepcional dispuesto por el órgano de aplicación.

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).- El principio del interés superior del niño no debe ser algo abstracto y simplemente nominativo, sino más bien debe determinarse en cada caso cuál es ese interés concreto de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el proceso y determinar su alcance, para así decidir las situaciones que se planteen en pos de su bienestar y el de toda la familia.-

Al respecto, sostiene la doctrina que “...siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesado.



Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones..." ("Manual de Derecho de las Familias", Marisa Herrera, Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pág. 40).-

Sentado ello, entiendo que en este caso particular, el interés superior de las niñas es que se respete su deseo de permanecer con su familia en un entorno pacífico y seguro para su integridad física y psicoemocional, con un acompañamiento interdisciplinario e interinstitucional de la familia.

La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece el rol de las familias como el principal responsable de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías, del cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos e hijas.

A su vez, establece la responsabilidad del Estado de asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

Además, deberán adoptarse entre otras, las medidas que favorezcan la inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar y el cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa (art. 37 *ibid*).



En este sentido el objetivo de las medidas excepcionales, es la conservación o recuperación del pleno ejercicio de los derechos vulnerados cuando han fracasado las medidas de protección integrales.

Sobre los fundamentos brindados por el órgano de aplicación de la ley 2302.

Ahora bien puesta analizar los fundamentos brindados por el Órgano de aplicación para disponer el cese de la medida, adelanto que estos no resultan acordes al interés superior de E., X. y M. ni satisfactorios para convalidar el cese de la medida excepcional.

En efecto, si bien, tal como resalta el Órgano de Aplicación en sus sucesivos informes y lo puesto de resalto por los propios progenitores, desde la adopción de las medida estos han mostrado un gran compromiso al espacio terapéutico que les fuero indicado y a las distintas propuestas efectuadas por la autoridad de aplicación, lo cierto es que advierto que el órgano administrativo no logra fundamentar técnicamente que evaluación se logró sobre los progenitores y fundamentalmente que cambio se logró desde que se solicitó su prórroga, sólo veinte días antes de disponer el cese, cuando evaluaron que lucía "exagerado" un pernocte de las niñas en el domicilio familiar.

Por otra parte, advierto que existe una falta de coherencia interna del plan de acción diseñado en la última etapa y finalmente el cese de la medida. En efecto de los informes surgía que en pos de garantizar el retorno al seno familiar la primera parte del plan se centró en buscar referentes familiares y sólo una vez que fracasó la búsqueda de los referentes inicialmente relevados se trabajó raudamente en el retorno al hogar.

Ahora bien, sumado a lo señalado en los párrafos precedentes, pareciera mas bien lógico que si no resultó factible la recepción de las niñas en los referentes



familiares relevados inicialmente; -mientras se trabajaba en los progenitores- se debería haber procurado la búsqueda de otros referentes familiares o comunitarios o incluso acceder a programas estatales como "Familias Solidarias", en pos de no continuar con una medida extrema como la permanencia en el refugio.

En efecto el regreso al hogar paterno pareciera estar más vinculado con el fracaso en la búsqueda de otros referentes familiares antes que se haya garantizado un retorno seguro al hogar paterno filial.

Sumado a ello, advierto que ante las graves denuncias de maltrato infantil -que sí pudieron exteriorizar las niñas- sumado a la gravísima denuncia de abuso sexual infantil realizada por un miembro tan cercano del grupo familiar como es su hermana mayor de edad Y., el órgano de aplicación no da cuenta -ante el cese de la medida - el método y programa de acompañamiento que brindará a las niñas.

En efecto, en casos como el presente resulta fundamental que se contemple instancias de acompañamiento y/o fortalecimiento de las niñas, posteriores al cese de la medida excepcional para garantizar una oportuna intervención, al menos por un tiempo prudencial.

Prescindo en esta instancia de la escucha de las niñas a fin de no revictimizarlas, ya que han sido escuchadas por la Autoridad de Aplicación y en sus espacios terapéuticos.

Así las cosas entiendo que no se encuentran dadas las condiciones para convalidar el cese de la medida excepcional dispuesto por el órgano de aplicación local.

En este sentido, y en función de lo antes descripto y lo solicitado por el Sr. Defensor, habrá de requerirse a la Dirección de Fortalecimiento de Derechos de la Secretaría de Desarrollo Social, que en el plazo de quince días remita un informe sobre la situación actual familiar, se expida y



amplíe sobre las cuestiones aquí señaladas y en su caso diseñe un nuevo plan estratégico de restitución de derechos, conforme a los lineamientos antes fijados y lo requerido por la Defensoría de los Derechos de los Niños y Adolescentes a fin de evaluar oportunamente si se dan las condiciones requeridas, la convalidación del cese de la medida.

Recibido que sea el informe en cuestión previo resolver se evaluará una nueva escucha en instancia judicial de las niñas.

Es por todo ello y de conformidad con los fundamentos y la normativa citada, que **RESUELVO:**

1) **RECHAZAR el CESE de la medida excepcional** oportunamente dispuesta respecto E. P. (DNI ..., nacida el ...), X. C. P. (DNI ..., nacida el ...) y M. P. (DNI ... nacida el ...).-

2) **REQUERIR a la Dirección de Fortalecimiento de Derechos de la Secretaría de Desarrollo Social** de la Municipalidad de Villa la Angostura de **quince (15) días** remita un informe sobre la situación actual familiar, se expida y amplíe sobre las cuestiones reseñadas en la presente resolución y en su caso diseñe un nuevo plan estratégico de restitución de derechos, conforme a los lineamientos antes fijados y lo requerido por la Defensoría de los Derechos de los Niños y Adolescentes. A tal fin líbrese oficio junto con copia del presente y del dictamen de la Defensoría - presentación web nro. 53871-

Notifíquese electrónicamente y hágase saber a la defensoría de los derechos de los niños y adolescentes que se encuentra a su cargo la confección y diligenciamiento del oficio ordenado.

Dra. Eliana Fortbetil JUEZA