

NEUQUEN, 17 de Abril del año 2024.

**Y VISTOS:**

En Acuerdo estos autos caratulados: "**P.B.L.A. S/ MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES**", (JNQFA4 EXP N° 146627/2023), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el juez **José NOACCO** dijo:

I.- La Defensora de los Derechos del Niño interpone recurso de apelación en contra de la resolución dictada el día 12 de diciembre de 2023 (fs. 90/96) que dispuso no hacer lugar al pedido de guarda solicitado por recurrente, el cese de la intervención judicial y el archivo del expediente.

En su memorial, glosado a fs. 114/118 se agravia en primer término por cuanto considera que la resolución es nula por falta de intervención del Ministerio Público en los términos del art. 103 inc. a) del código Civil y Comercial de la Nación, al haberse violado el debido proceso legal.

Entiende que si bien la nulidad es relativa, no puede obviarse su intervención necesaria en apoyo y controlando la legalidad del proceso, que es lo que viene cuestionado.

Refiere que la jueza resolvió sin la vista al Ministerio Público violando así la garantía del debido proceso, por lo que pide se decrete la nulidad, se de vista al Ministerio para que se pronuncie y se designe nuevo juez para que continúe interviniendo por cuanto la Dra. Vasvari ya se pronunció.

En segundo término se agravia porque entiende que la jueza de grado incurre en arbitrariedad por falta de congruencia y errónea interpretación y aplicación del derecho vigente.

Destaca que ante el fracaso de la medida excepcional de protección de derechos por la expresa negativa de

la adolescente, luego de conversar con ella se solicita la medida cautelar de guarda por 60 días a favor de la abuela, lo cual fue consensuado con las comparecientes a ese Ministerio Público, y luego de ponderar la situación de L. y la situación procesal de la madre en la causa penal.

Añade que en ese escrito se solicitó como medida cautelar la prohibición de acercamiento y de efectuar actos de perturbación del Sr. R. hacia la joven, cuyo tratamiento fue omitido por la a-quo. Tampoco se trató la situación de la progenitora al estar imputada en una causa penal ni los hechos de maltrato y abuso infantil del que fue víctima la menor.

Afirma que también se omitió toda consideración a los informes y elementos probatorios aportados para fundar el pedido de las medidas cautelares por lo que no ha valorado adecuadamente la prueba.

Aduce que la jueza de grado omitió toda consideración al proceso de retractación en el que se encuentra la niña.

Entiende que la falta de consideración de esos puntos torna arbitraria la resolución y en consecuencia debe ser nulificada.

En tercer término, pese a señalar que las autoridades deben actuar con diligencia y celeridad excepcional, omite brindarle la protección urgente que la joven necesita, sacándola como sujeto de derechos humanos fundamentales, resolviendo sin perspectiva de género ni niñez. Esa urgencia está dada por la convivencia con su progenitora, quien ha ejercido malos tratos y propiciado el ASI, sumado a que se encuentra transitando el proceso de retractación, en el que su progenitora fomentó el pedido de disculpas a su abusador. Entiende que la madre no la ha protegido y que las manifestaciones de la niña deben ser consideradas de conformidad

con el contexto y el momento que se encuentra atravesando, razón por la que minimiza lo que le ha ocurrido y se resiste a las intervenciones, deseando estar con su mamá sin haber ingresado nunca a un dispositivo de cuidados formales.

En cuarto término refiere que la jueza de grado habla de reacomodación sin advertir lo que ello implica en la subjetividad de L. dado que mientras continúa en un ámbito sin contención, continúan vulnerados sus derechos, por lo que sus palabras deben ser tomadas en el contexto en el cual fueron dichas. Critica que respecto de ello nada haya dicho la jueza de grado pese a que las categorías sospechosas están a la vista. Afirma que de ese modo la jueza de grado expuso más a la víctima, omitiendo todo acto de resguardo y protección, sin perspectiva de género ni de niñez.

Luego añade que en sus conclusiones la jueza se ha basado en manifestaciones de la abuela, quien no convive con la niña pero señala que aquella no ha efectuado ninguna manifestación que permita suponer que ahora su nieta es resguardada y cuidada en el hogar materno y que en lo referente a la re-vinculación familiar deben ponderarse las circunstancias del caso y tener en especial consideración el interés superior de L..

A modo de conclusión cuestiona que la jueza no ha podido visibilizar las especiales necesidades de la joven y al permitir que continúe viviendo en ese contexto la expone a continuar siendo victimizada dejándola en total desamparo, pese a las recomendaciones de los expertos y el deber de juzgar con perspectiva de género y de niñez, entendiéndose que con ello se violan compromisos internacionales asumidos por el Estado.

En quinto lugar se queja porque omite resolver la medida cautelar requerida en relación al Sr. R. imputado de ASI en perjuicio de L., lo que convierte a la resolución en arbitraria.

A continuación refiere que introduce cuestiones de procedimiento de la ley 26.061 que no son aplicables en la Provincia del Neuquén, por cuanto la provincia no adhirió y posee una ley propia específica, por lo que su resolución es inconstitucional.

Reitera que sin declaración de inconstitucionalidad de la ley 2302, aplica un procedimiento no vigente en la provincia, pese a contar con un régimen propio que se condice con el sistema de protección integral previsto en la CIDN

Agrega que la adopción de una medida tan gravosa debe contar con una fundamentación jurídica razonable, y que esa fundamentación solo la puede dar el juez en el sistema provincial. Por ello concluye que dejar esa potestad en la autoridad administrativa importa contrariar los derechos humanos reconocidos en la CIDN y demás tratados internacionales de derechos humanos ya que priva a los niños del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva pese a su condición de vulnerabilidad.

Por último, afirma que es el magistrado quien debe ponderar cual es la medida más conveniente, razonable y proporcionada para satisfacer el interés superior del niño y hace reserva del caso federal.

A fs. 120/121 la Defensora de los Derechos del Niño, interviniendo en los términos previstos por el art. 103, inc. a del Código Civil y Comercial de la Nación considera que debe decretarse la nulidad de la resolución y otorgarse la guarda judicial de la niña a su abuela por cuanto ello satisface el interés superior de la niña.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación, entendemos que resulta importante en primer término definir cuál es el régimen legal aplicable en la especie.

La ley provincial 2302 establece en su artículo 32 inc. 4 y en su último párrafo que las medidas excepcionales de protección de derechos deben ser dispuestas por la autoridad judicial competente.

Esa norma, que no ha sido la primera en dictarse en el país conforme erróneamente lo consigna la recurrente, tomó como modelos a las leyes ya vigentes de la Provincia de Mendoza (ley 6.354, sancionada el 22 de Noviembre de 1995) y de la Provincia del Chubut (ley 4347, sancionada el 16 de diciembre de 1997), ambas poniendo en cabeza de la autoridad judicial la decisión de la adopción de las medidas excepcionales.

Con posterioridad se sancionó la ley nacional 26.061 (28 de septiembre de 2005), de aplicación en todo el ámbito del territorio nacional, la cual en su artículo 40 dispone que aquellas medidas sean decididas por la autoridad local de aplicación, debiendo notificarla en el término de 24 horas a la autoridad judicial para que se pronuncie acerca de su legalidad.

A ese régimen han adherido la mayoría de las provincias argentinas, inclusive Mendoza que, mediante ley 9.139 del 20 de Diciembre de 2018, en su artículo 43 modificó la anterior disponiendo que la autoridad judicial efectúe el control de legalidad de la medida de protección excepcional de derechos emanada del equipo técnico interdisciplinario.

Idéntico sistema adopta el Código Civil y Comercial de la Nación, tal como surge del inc. c del artículo 607 al disponer que será el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión quien debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos admite la co-existencia de ambos modelos requiriendo que, cualquiera sea el que se aplique, se garanticen los derechos

fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Así ha señalado:  
"Procedimiento establecido por ley y autoridad competente.

"229. El principio de legalidad impera en lo relativo a la regulación del procedimiento en el marco del cual se tomen decisiones que afecten los derechos del niño. Tal y como han indicado la Corte y la Comisión, los procedimientos, ya sean de naturaleza judicial o administrativa, que tengan por objetivo la definición de derechos, deberán estar 100 regulados por ley, además de garantizar los derechos procesales reconocidos por la Convención Americana.

"230. En lo que se refiere a la materia de los niños y niñas sin cuidados parentales adecuados, para dar adecuada satisfacción los artículos 11.2 de la Convención y V de la Declaración relativos a la prohibición de injerencias ilegítimas o arbitrarias en la vida familiar, la determinación de la concurrencia de las circunstancias que justifiquen la adopción de medidas de cuidado alternativo debe realizarse por parte de la autoridad competente de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, con estricto respeto a las garantías del debido proceso.

"231. Es relevante hacer notar la existencia de un debate doctrinal y el surgimiento de una tendencia que propone la "desjudicialización" de ciertas intervenciones de las autoridades públicas en el marco de los procedimientos relativos a la protección de los niños por falta de cuidados parentales. Al respecto de lo señalado, la Corte y la Comisión han resaltado que "[l]as normas internacionales procuran excluir o reducir la "judicialización" de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que

permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

“232. Una parte creciente de la doctrina especializada propugna que la autoridad responsable para analizar la oportunidad e idoneidad de una medida especial de protección sea de naturaleza administrativa, de carácter especializado y multidisciplinario. La argumentación radica en razón a que se entiende que se debería evitar judicializar los problemas sociales subyacentes a la situación de vulneración de derechos cuando estos problemas puedan ser abordados de modo más eficiente y adecuado a partir de políticas sociales de protección y apoyo a la familia, en particular cuando el telón de fondo de muchas de las medidas de protección es la pobreza, la exclusión social, y sus consecuencias en las familias. Esta posición es particularmente sostenida en lo relacionado a las decisiones que impliquen medidas de protección que no conlleven la separación del niño de sus progenitores y familia extendida, sino que supongan intervenciones tendientes a apoyar a la familia.

“233. Esta tendencia se puede apreciar en las legislaciones de la región, lo cual ha llevado a que varios países hayan establecido que los procedimientos de protección se adelanten en sede administrativa, aunque se requiera de la intervención judicial en los casos de separación del niño de sus progenitores o de su familia extendida. La Comisión observa que en varios ordenamientos jurídicos de la región existe una dualidad de autoridades administrativas y judiciales intervinientes; así, en algunos países la incoación y tramitación del procedimiento se da en sede administrativa,

mientras que la toma de decisión formal o bien su revisión se da en sede judicial.

“234. La Comisión subraya que, independientemente que la autoridad competente para impulsar el procedimiento de adopción de medidas de protección sea de naturaleza administrativa o judicial, las autoridades deben estar establecidas por la ley, ser especializadas en materia de niñez, contar con equipos multidisciplinarios que presten su asesoría técnica, y que en el marco del procedimiento se apliquen los criterios para la determinación y ejecución de las medidas de protección de conformidad a lo establecido por legislación, además que el procedimiento cuente con las debidas garantías procesales que incluya la participación del niño y la defensa de sus derechos.

“235. Adicionalmente a lo que se acaba de mencionar, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9 que “el niño no será separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.” La Comisión nota que cuando la medida de protección implique la separación del niño de sus progenitores, o familia de origen, la adopción de la misma debe quedar sujeta a revisión judicial, de modo que se dé satisfacción al artículo 11.2 de la CADH, artículo V de la DADH y artículo 9 de la CDN. En el mismo sentido se pronuncian las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños.

“236. La Comisión destaca que las decisiones que se tomen en relación a la protección, guarda y cuidado del niño deben ser motivadas. La Comisión concuerda con la Corte en enfatizar que “cualquier actuación que afecte a éste [el niño] debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser

razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad". Por consiguiente, la motivación debe ser objetiva, idónea y suficiente, y basarse en el interés superior del niño. Tal y como se ha indicado, los principios de especialidad y profesionalización son relevantes para la determinación de los elementos de necesidad e idoneidad de la medida, por consiguiente, es crucial la participación en el procedimiento de los equipos técnicos multidisciplinarios y la emisión de los informes y peritajes que sean pertinentes para la motivación adecuada de la medida. (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DERECHO DEL NIÑO Y LA NIÑA A LA FAMILIA. CUIDADO ALTERNATIVO. PONIENDO FIN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN EN LAS AMÉRICAS. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, 17 octubre 2013, Pags. 99/102, <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>).

Por todo ello, realizando una interpretación integrativa de las normas, concluimos que en la Provincia del Neuquén coexisten ambas vías a la hora de la disposición de medidas excepcionales de protección de derechos. Los operadores del sistema deberán optar, en cada caso por aquella que satisfaga de un modo mejor el interés superior de los niños, niñas o adolescentes vinculados en cada situación en particular.

En consecuencia, la resolución atacada resulta ajustada a derecho y mal puede ser tachada de arbitraria por errónea interpretación y aplicación del derecho vigente.

En autos se dispuso por vía jurisdiccional la medida excepcional de protección de derechos el 9 de octubre de 2023, al resolver la jueza a-quo el ingreso de L. a un hogar dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, tal como fuera solicitado por la recurrente.

Luego, ante el fracaso de la medida por la negativa expresa de la joven a acatarla, la cual en entrevista con la recurrente manifestó su deseo de vivir con su madre, afirmando que desde que regresó con su madre no ha vuelto a ser maltratada y que se encuentra bien. Al serle explicadas las medidas de protección requeridas y las alternativas posibles manifestó que podría quedarse un tiempo con su abuela (fs. 85); por su parte su abuela manifestó su decisión de asumir su cuidado y protección (fs. 85 vta.).

Ante ese contexto, la Defensora de los Derechos del Niño solicitó cómo medida cautelar la guarda judicial de la joven a favor de su abuela por el término de 60 días.

Con posterioridad la jueza de grado procedió a escuchar a L., quien manifestó nuevamente su deseo de permanecer con su familia, razón por la que se negó a ser trasladada a un hogar. A su vez minimizó la situación de presunto abuso que dio origen a las presentes actuaciones y ratificó el deseo de vivir con su mamá, destacando que ve a su padre y que con su abuela se lleva bien pero que prefiere vivir con su madre.

Ante la jueza de grado tanto la madre como la abuela de L., señalaron que lo mejor para la joven es vivir con su madre, ratificando su abuela su disposición a tener la guarda por 60 días.

Ante ello la jueza de grado rechaza el pedido de guarda solicitado, entendiendo que no existen elementos que pongan en riesgo a la joven al cuidado de su familia de origen y, consecuentemente, ordena también el cese de la intervención judicial.

De la compulsión del expediente se observa que no existen constancias claras que permitan concluir que se han superado las condiciones fácticas que dieron origen a la solicitud de la medida excepcional, ni tampoco situaciones

lesivas de los derechos de la joven que fueron surgiendo a partir del desarrollo de los planes de acción implementados tanto de manera extrajudicial desde que comenzó la intervención de la Defensoría como luego, una vez iniciados estos autos.

A hoy continúa sin resolución la causa penal originada a partir del presunto abuso sexual que le ha sido imputado a la entonces pareja de la progenitora, ni tampoco se han removido los obstáculos que dieron origen a las situaciones reiteradas de violencia protagonizadas por la progenitora y quedando inconclusos los tratamientos recomendados y dispuestos en autos tendientes a lograr una crianza saludable. De todo ello da cuenta la peticionante en su escrito inicial, refrendado con la documental acompañada en la cual se han plasmado las intervenciones realizadas.

Sin dejar de reconocer que desde el inicio de la intervención institucional a la fecha han transcurrido cuatro años, lapso en el cual L. alcanzó la adolescencia, contando con mayores recursos para entender y defender sus derechos y su integridad, pudiendo expresar con mayor claridad y libertad sus deseos -que en la actualidad se orientan a convivir con su núcleo familiar de origen, lo cierto es que, ante la falta de resolución de las situaciones planteadas y los pocos avances en la remoción de los obstáculos que dieron origen al pedido de medida excepcional, el cese de la intervención judicial resulta prematuro.

Ello es así -además- porque existen suficientes elementos que justifican eventualmente el otorgamiento de la medida cautelar de guarda tutelar provisoria peticionada, y esa guarda, de conformidad con lo dispuesto por el art. 657 del Código Civil y Comercial de la Nación, solo puede ser otorgada por un juez.

Conforme lo señala Carolina Duprat "La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental está marcada por

dos extremos fundantes: el interés del hijo y que exista una razón suficientemente justificada y/o grave para delegarla.”; y más adelante añade: “Se trata de una excepción al derecho de los hijos a vivir con sus progenitores consagrado expresamente por los artículos 7° y 8° de la CDN, ya que ante situaciones específicas podrá resultar necesaria -en forma excepcional y para asegurar su superior interés- la separación del mismo.” (Código Civil y Comercial Explicado. Ricardo Luis Lorenzetti, Director. Derecho de Familia, tomo II, Marisa Herrera, Directora, págs. 269/270, Rubinzal Culzoni Editores).

Tal como se reseñó precedentemente, los informes técnicos agregados en autos dan cuenta de la persistencia de situaciones que vulneran derechos y el interés superior de la menor y que no han podido ser abordados para la remoción de los obstáculos tendientes a una convivencia con su familia de origen que sea idónea para resguardar su integridad psicofísica por lo que persiste su situación de vulnerabilidad, debiendo avanzarse en consecuencia en el trabajo interdisciplinario apropiado para tal fin.

En ese contexto resulta adecuado otorgar la guarda tutelar provisoria a la abuela materna por el término de sesenta días.

En mérito a ello propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la Defensora de los Derechos del Niño y en mérito a ello dejar sin efecto el cese de la intervención jurisdiccional y otorgar la guarda provisoria de la joven L. a su abuela materna por el término de sesenta días, sin costas atento tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

**La jueza Patricia CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**



**RESUELVE :**

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, dejar sin efecto la resolución de archivo del expediente y otorgar la guarda de manera provisional a la abuela materna por sesenta días.

II.- Sin costas atento tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado. (art. 68, 2da. parte).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dra. PATRICIA CLERICI Jueza**

**Dr. JOSÉ NOACCO Juez**

**Dra. VALERIA JEZIOR  
Secretaria**