



DE VIVA VOZ – ISSN 2545-8922



Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén

Av. Argentina 179 1° piso Of.41 - (8300) Neuquén. **Tel.:** (0299) 4481919

Web: www.magisneuquen.org.ar

Correo institucional: amyf@magisneuquen.org

Correo revista: revistadelaasociacion@gmail.com

2024 – Año 8. Volumen 7-8

Neuquén – Argentina

El presente texto es una ponencia presentada y compartida en las *VI Jornadas Provinciales de la Magistratura y la Función Judicial*, organizadas por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén en 2023.

EL ROL DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN EN LA ADOPCIÓN, MODIFICACIÓN Y CESE DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EXCEPCIONALES Y EL CONTROL JUDICIAL DE LEGALIDAD

Eliana Fortbetil y

Rocío Fernández¹

INTRODUCCIÓN

El interrogante aquí planteado se centra en si la adopción, modificación y cese de las medidas de protección excepcionales constituyen actos administrativos con control de legalidad o si son en sí actos jurisdiccionales sin contralor, en los que la autoridad de aplicación de la ley 2302 y 26.061 tiene un rol subsidiario y auxiliar.

El objetivo principal de la ponencia es conocer las prácticas jurisdiccionales y administrativas locales en relación con las tensiones y desafíos que el andamiaje jurídico y administrativo instaurado a partir de las leyes de protección integral de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (ley nacional 26.061 y ley provincial 2302), del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde mediados del 2015 y de la Convención de los Derechos del Niño, presenta a los diferentes agentes y organismos que conforman el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Adelantamos que la discusión se encuentra superada a nivel nacional y la doctrina ha señalado insistentemente la

¹ E-mail: ElianaMariel.Fortbetil@jusneuquen.gov.ar; rociofernandez@jusneuquen.gov.ar

pervivencia de prácticas reñidas con los estándares aplicables a la materia en algunas provincias.² La cuestión, como se verá, también fue ampliamente abordada por organismos jurisdiccionales.

En este punto sostenemos que la ciencia jurídica también es una producción histórica 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 Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes Nro. 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 derogó la ley 10.903 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

² Ver HERRERA M. y VILLATA C. “Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. El sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wpcontent/uploads/2021/07/2021-El-sistema-de-proteccion-integral-de-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes-Herrera-M.-Salituri-Amezcu-M.pdf>

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” eran considerados menores en situación irregular y, por lo tanto, destinatarios 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, sin reconocerles capacidades propias para decidir.

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/a.

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 sujeto de derechos y, por lo tanto, merecedor de valores como el respeto a sus capacidades de decidir sobre su proyecto de vida, 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, económicos, sociales y culturales. El origen desde la perspectiva del paradigma de la Protección Integral, se ubica en lo socioestructural.

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.³

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/a 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.⁴

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

³ BASSO, S. (“Ley 26.061: las medidas excepcionales de protección de derechos y los procesos de protección de persona”, publicado en: DJ 12/03/2008, 667).

⁴ GONZALEZ VICEL M. G. El principio de fortalecimiento familiar, publicado en Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Silvia Eugenia Fernández – Directora, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2015, pág. 1320

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, 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.⁵

⁵ 4 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).

LEGITIMACIÓN DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN PARA LA ADOPCIÓN, MODIFICACIÓN Y CESE DE MEDIDAS EXCEPCIONALES

A partir de una interpretación hermenéutica y complementaria de las normas que constituyen el Sistema de Protección Integral, consideramos que el Organismo competente para la adopción, modificación y cese de medidas excepcionales es la Autoridad de Aplicación de la Ley 2302 y 26.061 y no el Organismo jurisdiccional, porque al involucrar derechos fundamentales de NNA y como cualquier acto o decisión administrativa requieren de un control de legalidad, el cual sería de imposible incumplimiento si la adopción de una medida excepcional y el control de esta recaen en un mismo organismo (el jurisdiccional).

Agregamos que la distinción entre medidas integrales y excepcionales, resulta ser propio de la Ley nacional 26.061, ya que se regulan en los arts. 33 a 38 y en los art. 39 a 41 respectivamente, pero no están previstas como tales en la Ley 2302.

Por otra parte, el Art 607 del Código Civil y Comercial regula los supuestos que configuran la declaración judicial de situación de adoptabilidad de un NNyA como excepcionalidad a la regla de permanencia en su familia de origen o ampliada. Entre otros supuestos refiere en su inc. c:

las medidas excepcionales tendientes a que el 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 el plazo máximo 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 debe comunicarse al juez/a interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas (El resaltado nos pertenece).

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

Antes era el magistrado/a quien investigaba las situaciones de malos tratos, negligencias graves y continuadas de lxs niñxs y disponía las medidas tutelares en su beneficio, con la colaboración del órgano administrativo. A raíz del nuevo paradigma de abordaje de las infancias y adolescencias se desplaza al juez/a del centro de la escena. Se transforma la función integradora que tenían los Jueces de menores para pasar a tener una función de control frente a las medidas adoptadas por los Organismos administrativos dependientes del Poder

Ejecutivo.

Por otra parte, a nivel local la Resolución nro. 308/20 del Ministerio de Desarrollo Social y Trabajo –como órgano de aplicación de la ley 2302 y 26.061– 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.*

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

Entre sus funciones de conformidad al Artículo 37 le corresponde:

2) Intervenir en aquellas situaciones que impliquen perjuicio o abuso físico o psíquico, malos tratos, explotación o abuso sexual de niños o adolescentes, se encuentren o no bajo la custodia de los padres, de tutor o de guardador, para asegurar su protección; todo ello mediante la intervención del juez competente. En

situaciones de urgencia el organismo competente podrá ejecutarlas con carácter preventivo debiendo dar cuenta al defensor de la Niñez y Adolescencia, e *intervención al juez competente*, dentro de las veinticuatro (24) horas de dispuesta. 3) Implementar programas y servicios alternativos a la institucionalización, a la que sólo podrá recurrirse en forma excepcional, subsidiaria y por el lapso más breve posible, debiéndose propiciar el regreso de niños y adolescentes a su grupo de pertenencia o medio familiar.

La ley 2302 no especifica a qué se refiere con la intervención del Juez competente, es decir no aclara si la adopción de las medidas es un acto administrativo con control de legalidad judicial (como si lo hace la Ley 26.061) o si es en sí un acto estrictamente jurisdiccional. Menos aún se refiere al procedimiento para el cese de las medidas excepcionales.

El art. 40 de la Ley 26061 también prevé respecto a las medidas de protección excepcionales que: “

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 nos

pertenece).

Por ello, no compartimos aquella posición que afirma que el Órgano de Administrativo no cuenta con facultades para disponer el cese de una medida excepcional y que es la práctica regular arraigada en el plano local.

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 Protección 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.”⁶

La jurisprudencia también ha sido conteste con las nuevas perspectivas. Véase la decisión adoptada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta Asesora de Menores e Incapaces N° 1 por los Menores D. C/ D., C. –D., O. E. S/Privación Patria Potestad, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta– Sala V, 24/05/16 por la cual se revocó la sentencia de grado y dispuso que el Ministerio de Primera Infancia, a través de los organismos y programas pertinentes, evalúe e implemente las estrategias a seguir a fin de propiciar medidas tendientes a determinar si es posible la restitución de los niños a su familia de origen. La Cámara entendió que la separación de los niños de sus padres, no ha respetado los principios de excepcionalidad y legalidad en relación a las pautas impuestas por la Ley N° 26.061 y “que ha sido llevado a cabo por el Tribunal de la anterior instancia a través de un proceso de protección de niños, excediendo la competencia que el ordenamiento jurídico le atribuye, sustituyendo indebidamente al órgano administrativo”.⁷

⁶ https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/protocolo_fin.pdf

⁷ Sentencia del 16/12/14, “B.A.Y.A. – A.D. y C.A – Med. Tut.”; <http://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones-familia-local-mendoza-baya>; cita Id SAJJ: FA14190026.

En el mismo sentido, 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 directamente 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).⁸

CONTROL DE LEGALIDAD DE ADOPCIÓN Y CESE DE MEDIDAS EXCEPCIONALES

Un análisis aparte amerita el control judicial de legalidad que corresponde realizar a los jueces y juezas respecto a la adopción y 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

⁸ (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).

de protección excepcional, y el papel del poder judicial casi exclusivamente circunscripto al control de legalidad de las medidas adoptadas. [...] Las jurisdicciones muestran comportamientos diferentes en la adopción de medidas excepcionales. En CABA, el 100% de las medidas es tomado por la autoridad administrativa. En contraposición, en Neuquén el 100% de las medidas es adoptado por la autoridad judicial. Aún permanecen en dispositivos de cuidado adolescentes que ingresaron antes de la vigencia de leyes de protección que obligan al control de legalidad.⁹

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 compartimos por los fundamentos brindados al inicio.

La Ley N° 26.061 al exigir el control de legalidad de las medidas excepcionales prevé una intervención subsidiaria del Poder Judicial y revaloriza 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

⁹ <https://www.unicef.org/argentina/informes/estado-de-la-situacion-de-la-ninez-y-la-adolescencia-en-argentina-2021>

produce el efectivo cumplimiento de las políticas públicas, como herramienta de ultima ratio, pero necesaria en un Estado Constitucional de derecho.

Los cambios producidos, traen como consecuencia que, los órganos administrativos realicen la función de evaluar si se cumplen o no las garantías mínimas que deben darse para que sigan viviendo en su entorno familiar y será el juez o jueza quién deberá ponderar lo trabajado en el expediente administrativo, por parte de los equipos técnicos de las sedes correspondientes, y también deberá ser el garante del procedimiento judicial asegurando el derecho de defensa de quienes revisten la calidad de parte en el proceso de control judicial de las medidas.

Con lo cual es claro que tal decisión debe ser adoptada por el Organismo Administrativo y está sujeta a revisión judicial. Una postura contraria no resiste el control de convencionalidad que deben hacer los jueces y juezas.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO

Nos ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”,¹⁰ que:

El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete

¹⁰

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=335&lang=en

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

“El concepto de “corpus iuris en materia de niñez” se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los mismos y se encuentra conformado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (Tratados, Convenios, Resoluciones y Declaraciones) así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales.¹¹

Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado proteger la dignidad de los niños y adolescentes, consiste en brindarles protección, en otorgarles la oportunidad al despliegue de sus actividades, al desarrollo de sus potencialidades, al goce y ejercicio de sus derechos y al protagonismo en las prácticas

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, 2º Edición; OE/Ser. L.N/11.133, doc.34, 29/10/2008, párr. 39.

ciudadanas acordes con su edad y a vivir una infancia y adolescencia libre de toda violencia.

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. CIDN)

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

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

Por tal motivo, es que será tarea del Poder Judicial, como parte integrante de uno de los poderes del Estado del Sistema Democrático que gobierna, de la implementación de aquellas medidas adecuadas para fortalecer el cumplimiento de su derecho a la vida familiar, con control jurisdiccional (arts. 9º, 18, 20 CDN y concs) que permita garantizar el desarrollo del niño dentro de lo que la Convención tuvo en miras, y no obstaculizar el

desarrollo de tan reconocido derecho.¹²

Estamos convencidas que el mejor interés de los NNA (Art.3 de la CDN) es que adopten y agoten las medidas de protección integral para evitar ser separadxs de su familia de origen o ampliada y que en caso de que se considere agotada dicha instancia la decisión sobre una medida de protección excepcional (en especial aquellas que implique su institucionalización) sea adoptada por el Organismo administrativo a fin de poder efectuarse el control judicial de legalidad correspondiente.

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

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, *a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen*, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

¹² L. G. M. s/CONTROL DE LEGALIDAD – LEY 26.061, 15 de julio del 2016, Dra. Myriam M. Cataldi.

En *Informe sobre el “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”*

la Comisión pone también de manifiesto sus preocupaciones en relación a las dificultades identificadas en la región en lo relativo a la estricta observancia de las garantías contenidas en los artículos 8 y 25 de la CADH en las decisiones que se adoptan respecto de la separación de los niños de sus progenitores. En este sentido, la CIDH recuerda que cuando la medida de protección implique la separación del niño de su familia, la adopción de la misma debe quedar sujeta a revisión judicial, de modo que se dé satisfacción al artículo 11.2 de la CADH y al artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño... Adicionalmente, los procedimientos en esta materia deben ser tramitados con una diligencia excepcional; ser adaptados y accesibles al niño con el fin de garantizar su derecho a participar en los procesos que les afecten; y, asegurar la disponibilidad de una representación legal independiente y especializada para el niño, que permita defender sus intereses y derechos de modo efectivo.¹³

Por ello consideramos que el Art. 2 de la Ley Provincial 2595 en cuanto dispone:

Fines. Los hogares de niñas, niños y adolescentes tienen a su cargo el cumplimiento de la medida excepcional de

¹³ <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

protección, ordenada por autoridad judicial competente, con la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, en el marco de la Ley 2302 y su sistema procesal de protección de derechos,

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

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Por lo expuesto, invitamos a repensar las prácticas sociojurídicas a la luz del Sistema Internacional de Derechos Humanos y consideramos que los espacios de intercambio académico como el que nos motiva, son propicios para destacar aquellas buenas prácticas y tensionar o problematizar aquellas que no sean consideradas tales.

Sostenemos que las vulneraciones de derechos de NNA requieren un abordaje prioritario y exhaustivo de parte los organismos competentes del Sistema de Protección Integral, priorizando su centro de vida y la desinstitucionalización.

Además que los rechazos de medidas de protección excepcionales por parte de la judicatura no implica negar la

protección de los NNA afectados sino por el contrario, les permite acceder a formas de protección más efectivas y respetuosas de sus derechos que son favorecidas por el principio de “desjudicialización” de las familias y que tiene en cuenta su escucha como sujetos de derechos. Cuestión que no debe tomarse a la ligera ya que las intervenciones son con el niño y no por fuera de él lo que claramente se torna en un abordaje adultocéntrico y tutelar que remite a la vieja doctrina de la situación irregular y las prácticas tutelares superada por la Ley 26.061 y sus decretos reglamentarios.

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

Por lo tanto la falta de recursos estatales, los vicios en los procedimientos administrativos y judiciales, la falta de políticas públicas y gestión de programas a nivel local como “familias solidarias”, no pueden ser motivos para la medida más extrema del sistema de protección como es la separación familiar e institucionalización ni mucho menos que tal decisión recaiga de forma exclusiva en el organismo judicial sin ningún control posterior, más que el mismo organismo judicial en caso de una posible, aunque muy extraña, apelación de lxs progenitores.

En consecuencia, proponemos:

-Repensar nuestras prácticas profesionales en encuentros o ateneos periódicos para vehicular estas propuestas y compartirlas a modo de conclusiones o recomendaciones.

-Movilizar la adecuación de los procedimientos locales a los cambios incorporados por la Ley 26061, el Código Civil y Comercial y la normativa internacional sobre Derechos humanos. Además procurar la efectiva operatividad de las normas del derecho sustancial en el rol que nos ocupe, entendiendo que ese derecho sustancial se expresa en el sistema constitucional – convencional, en el Código Civil y Comercial y en las leyes especiales conexas a la materia familiar.

-Destacar la necesidad de una regulación específica de la figura de Abogadx del niñx a nivel provincial y hasta tanto esto ocurra legitimar tal figura en los procesos judiciales y/o administrativos que involucren a NNA.

La reforma del derecho familiar sustancial vigente desde agosto de 2015 refleja gran parte de los cambios sociales de las últimas décadas. Con visión pluralista e inclusiva, incorpora nuevas figuras y reacomoda otras, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los integrantes de todas las familias. Los grande cambios conllevan grandes resistencias, pero como diría el filósofo Jaques Derrida: “En la deconstrucción está la justicia”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASSO, S. (“Ley 26.061: las medidas excepcionales de protección de derechos y los procesos de protección de persona”, publicado en: DJ 12/03/2008, 667).

GONZALEZ VICEL M. G. El principio de fortalecimiento familiar, publicado en Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Silvia Eugenia Fernández – Directora, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2015, pág. 1320.

HERRERA M. y VILLATA C. “Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. El sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/07/2021-El-sistema-de-proteccion-integral-de-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes-Herrera-M.-Salituri-Amezcu-M..pdf>

FAMA, M.V – Gil Domínguez, A.- 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).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, 2º Edición; OE/Ser. L.N/11.133, doc.34,

29/10/2008, párr. 39.

Sentencia del 16/12/14, “B.A.Y.A. – A.D. y C.A – Med. Tut.”;

<http://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones-familia-local->

mendoza-baya; cita Id SAIJ: FA14190026.

(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).

L. G. M. s/CONTROL DE LEGALIDAD – LEY 26.061, 15 de

julio del 2016, Dra. Myriam M. Cataldi.