Esquel, de marzo de 2009.-

------**VISTO**:----------

------El recurso de apelación interpuesto a fs. 199, por la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, en representación del niño F. D. A., contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2008, registrada bajo el Nº 238 Fº 672/673 del año 2008, obrante a fs. 197/198, y que fuera concedido a fs. 200; y----------

-----**CONSIDERANDO**:----------

------1. Que por tal sentencia, el *a quo* dispone el cese de la intervención judicial y hace referencia a la sentencia que dictara con fecha 15 de abril de 2008, obrante a fs. 124/132 en la cual dispuso medidas, entre las que ordena que el Servicio de Protección de Derechos en coordinación con el área de Educación y Dirección de Discapacidad presenten en el plazo de 20 días la implementación de medidas adecuadas para garantizar el derecho a la educación del niño F. D. A., mediadas éstas que deberán contemplar su proceso evolutivo y pedagógico, y considerar acciones con alguno de los adultos de la familia o incluso un operador comunitario, todas ellas garantizando simultáneamente el derecho a la convivencia familiar.----------Señala la Sra. Juez de Familia que durante el presente proceso, en varias oportunidades se pretendió la institucionalización del niño cuando aún no se habían agotado las instancias administrativas ni se habían desplegado acciones tendientes a brindar acompañamiento al grupo familiar, y relata que se remitió copias del trámite a la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia en su carácter de órgano de fiscalización del funcionamiento de las políticas públicas vinculadas a la infancia/familia.----------Destaca el contenido del informe social elaborado por el Servicio Social del Ministerio de la Defensa que da cuenta de la existencia de recursos para atender las necesidades del grupo familiar y de las acciones desplegadas a tal fin, indicando que la articulación desde el trámite judicial que pretende la Sra. Asesora de Familia e Incapaces no es procedente puesto que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia mencionada *supra*, y -compartiendo lo manifestado por el Defensor Público Dr. Fernando Radziwilowski-, sostiene que es innecesaria la

continuidad de la actividad jurisdiccional respecto del grupo familiar, enrolándose en la Doctrina de Protección Integral; en los arts. 3, 4, 9, 12, 16 y cctes de la CDN; arts. 1, 4, 10, 25, 26, 46, 54, 56, 59, 61 y cctes de la Ley 4347/97 y su Decreto Reglamentario y art. 27 Constitución Provincial.----------2. Que contra tal decisión se agravia la Sra. Asesora de Familia e Incapaces (fs. 201/204) argumentando que el *a quo* ha tomado una decisión valorando erróneamente la propuesta efectuada por el Defensor en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual vulnera los derechos de su representado y expresa que previamente dicha magistrada debió cerciorarse de que la propuesta era aceptada.----------

------Hace referencia –como hecho nuevo- al fallecimiento de D. A., hermano mayor de su representado, agregando que era "el único referente familiar" y menciona como inconveniente el fin del ciclo lectivo, ya que la institución escolar –conforme a la propuesta elaborada- es quien debe satisfacer las necesidades del niño, tales como alimento, higiene, traslado al control médico y odontológico.----

----------Señala que la intervención del Juez debe continuar hasta tanto los adultos responsables hayan recuperado la capacidad de actuar, gestionar y ejercer sus derechos y deberes responsablemente, esto es en forma espontánea, genuina y no como reacción a los pedidos de terceros y se explaya respecto al rol del Juez de Familia. Cita doctrina.----------Expresa que es la Sra. Juez de Familia quien debe resolver sobre los derechos de su representado los que siguen vulnerados, ya que en la propuesta elaborada no se plantean estrategias de abordaje que modifiquen las conductas del padre, madre o hermanos de F. D. con el fin de cumplir responsablemente y con actitudes positivas el cuidado del niño y recuerda que la presente vía judicial se habilitó ante la disfuncionalidad familiar que repercutió en el niño, por lo que entiende que se debe continuar con la intervención judicial.----------3. Contestado el traslado (fs. 208/216) el Defensor Público Dr. Gerardo Tambussi, en representación del Sr. D. A. presta conformidad con el resolutorio en crisis, considerando que el mismo es respetuoso de los derechos fundamentales del niño F. D. como de su representado y responde los agravios vertidos por la Sra. Asesora de Familia e Incapaces indicando que esa Defensoría ha decidido y

asumido el trabajo conjunto en aras de resultados positivos, ya que considera que la "criminalización de la pobreza" traducida a la intervención judicial a familias de pocos recursos, no puede ser la manera de subsanar errores institucionales.----------Narra las tareas que el niño podrá realizar durante el receso escolar y posteriormente se avoca a la valoración negativa que la Sra. Asesora de Familia e Incapaces realiza respecto a los adultos responsables del niño F. D., indicando que su reclamo –continuidad de la intervención judicial- se incorpora claramente en el derogado modelo tutelar de intervención y describe el mismo. Cita doctrina.----------

----------A continuación se explaya sobre el Modelo de Protección Integral y relata las reuniones interdisciplinarias llevadas a cabo con los distintos organismos de nuestra comunidad, las que están inspiradas e incorporadas en los arts. 33 a 37 de la Ley 26061 y acompaña copia de dichas gestiones.----------3. Resumidas así, en sus aspectos fundamentales, las críticas vertidas por los recurrentes, este Cuerpo pasará al análisis de las mismas a los efectos de determinar si corresponde o no acoger sus requerimientos.----------

------Entendemos que el rol que debe desempeñar el Poder Judicial, ya sea través de los Jueces de Familia, de la Asesoría de Familia e Incapaces o de los Ministerios Públicos -dentro del esquema de la ley 4347-, constituye una intervención "in extremis" para evitar la escalada de conflictividad cuando los otros resguardos institucionales han fracasado y -en esta inteligencia-, cabe siempre distinguir la necesidad de un marco preventivo previo como mecanismo ajeno a la actuación judicial que debe generar un abordaje congruente con los objetivos de la ley.----------

------Es así que nuestro legislador –con la finalidad de asegurar los fines de la mencionada ley-, tuvo el sano criterio de fijar una pauta que condiciona toda la actividad estatal vinculada con la niñez: *la garantía de prioridad*, en virtud de ella, el Estado ahora se obliga a "asegurar a los niños y adolescentes la primacía de recibir protección y ayuda en cualquier circunstancia, prioridad en la atención de los servicios u organismos públicos, preferencia en la formulación y ejecución de políticas sociales y destino privilegiado de 4347 recursos públicos en áreas relacionadas con la protección de aquéllos" (art. 4 Ley 4347).----------

------En sintonía con la Convención sobre los Derechos del Niño, la citada Ley reconoce explícitamente que el derecho del niño a vivir con su familia debe ser el eje orientador de todas las decisiones administrativas, legislativas y judiciales (art. 7 Ley 4347, arts. 1 y 2 Dcto. Reglamentario 1631/99 y arts. 7 y 9 Convención sobre los Derechos del Niño).----------

------Asimismo debemos destacar el principio de indivisibilidad, contemplado en el punto 1.c) del Anexo I del decreto N° 1.631/99, por el que se "tiende a evitar la jerarquización, priorización y/o exclusión de derechos. Sabido es que las normas constituyen un todo, un conjunto coherente cuyos elementos son indisociables en su concepción y aplicación, son interactivos, es decir que poseen una relación de interdependencia. La vulneración de un derecho afecta la garantía de los restantes y viceversa. Este carácter de integralidad implica abarcar todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños y adolescentes.----------

------Es así que el Título III del Libro I la Ley 4347 desarrolla el denominado "Sistema de Protección integral de Derechos, definiendo para ello el rol de los organismos administrativos y jurisdiccionales en una nueva vinculación que abandona la vieja concepción del patronato estatal, en cuyo marco los niños y adolescentes fueron sistemáticamente sustraídos de las políticas públicas universales y relegados a meros objetos de control social del Estado, el cual se limitó a su vez a establecer políticas especiales ejecutadas discrecionalmente entre el Poder Judicial y los organismos administrativos.----------

------Desde el nuevo enfoque, la Ley 4347 incluye a los niños y adolescentes como destinatarios de políticas públicas universales y focalizadas, define a los responsables de su implementación y establece las líneas de acción a desarrollar, colocando a cada Poder del Estado en su esfera de actuación propiamente dicha (Arts. 36 y 37).----------

------También el párrafo tercero del art. 1 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece que "la omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces".----------

------De este modo, la intervención del Poder Judicial por medio de los Jueces de

Familia, no puede constituirse en una alternativa de "judicialización" de la pobreza que en nada conduciría a suplir la ausencia de la correspondiente política de estado.----------

------Es así que la judicialización no es causa sino consecuencia de una desprolija administración del Sistema, que se refleja en el aumento de la litigiosidad. Es oportuno subrayar que las relaciones de coordinación de los organismos administrativos simbolizan la existencia de competencias y su distribución está delimitada en el texto de la Constitución Provincial, compartiendo cada uno de ellos la responsabilidad en el logro de objetivos que simultáneamente son locales, provinciales, -y en algunos casos-, nacionales. Es así que a través de la coordinación se logra hacer de los municipios eficaces instrumentos de gobierno local y provincial (conf. Ábalos, María Gabriela, *El municipio y sus relaciones con la provincia en el federalismo argentino luego de la reforma de 1994,* LL 2001-F, 1164).--------

------Recordemos el texto de los arts. 27, 77, 233 y 237 de la Constitución Provincial y -en virtud del mandato constitucional- quienes deben bregar por su cumplimiento tendrán que jerarquizar en el ámbito local el papel de aquellos niveles más acotados que la Provincia. Así ello, como el propio Municipio e incluso las organizaciones civiles -con la finalidad de que las acciones previstas en ese espacio lleguen a todos los beneficiarios del sistema-, deberán dar una solución congruente con el principio de universalidad de la política pública que inspira el art. 5 de la ley 4347 y su decreto reglamentario 1.631/99, puesto que la noción de descentralización constituye la verdadera piedra angular del sistema de protección integral de derechos que edifica la citada ley.----------

------Compartimos el análisis que realizan los Dres. Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera del articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto deducen que *"...del juego armónico entre los arts. 5, 18 y 27, de la Convención sobre los derechos del Niño, se colige la idea e importancia de la responsabilidad parental, y en consecuencia, la obligación estatal para que los padres puedan desempeñar, de manera efectiva y afectiva, el rol que les corresponde".* (Gil Domínguez, Andrés – Famá, María Victoria – Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Edit. Ediar, año 2006, T. II, pág. 885).----------

------"*De esta manera, se establece un régimen de corresponsabilidad, en el que la familia tiene la responsabilidad principal de proteger los derechos del niño, y el estado la responsabilidad de*

coadyuvarla, cuando ésta no pueda garantizar con recursos propios los derechos elementales del niño." (Gil Domínguez, Andrés – Famá, María Victoria – Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Edit. Ediar, año 2006, T. II, pág. 886), por lo que reflexionamos que en la medida en que los padres cumplen razonablemente bien, el deber del estado es respetar esa dinámica con ajuste a lo previsto por el art. 5. Pero si los padres carecen de aptitudes, conocimiento o medios necesarios para cumplir cabalmente con este derecho-deber, se impone la obligación estatal de brindar la asistencia permanente para que puedan afrontar la tarea con éxito.----------Dicha Convención pone de resalto los deberes del estado hacia los niños, los deberes de la familia hacia éstos, y también las obligaciones del estado hacia la familia y en este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de precisar el sentido y alcance de esta noción-marco, resolviendo que el interés superior del niño *"apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño",* agregando que*: "... resulta útil asociar dicho interés del niño con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos."* (del voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti, CSJN, *in re* "S. C. s/ Adopción", sent. del 2-8-2005, Revista de Derecho de Familia, Año 2006-I, pág. 24/25).----------Participamos de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Verbitsky" en cuanto distingue *"que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del*

deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución..." (conf. considerando 27 autos: "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", Fallos 328:1146 CSJN, publicado en SJA 28/12/2005 JA 2005-IV-612), por lo que con el dictado de la sentencia definitiva obrante a fs. 124/131 y vta. y lo dispuesto en los puntos 2º), 3º), 4º) y 5º) de la sentencia recurrida, estimamos que se ha dado precisión a la doble función que cumple el Poder Judicial a la luz de los derechos sociales, una de carácter subsidiario, con el objeto de no judicializar la pobreza –aceptándose que la efectiva satisfacción de estos derechos le cabe a otro de los poderes estatales, el Ejecutivo- y la restante, de carácter protagónico, al admitirse que el Poder Judicial es el órgano estatal pertinente para intervenir ante el incumplimiento en la ejecución de la acciones positivas correspondientes para la satisfacción y/o restitución de derechos, primariamente en cabeza del Ejecutivo.----------

------Así ello, este Tribunal estima conveniente destacar liminarmente que la cuestión que se debate en autos no puede ser resuelta sino atendiendo al "interés superior del niño", ineludible pauta interpretativa de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN; art. 3.1, Convención sobre los Derechos del Niño) que condiciona de un modo absoluto cualquier decisión judicial que pueda afectarlo, máxime cuando en la audiencia celebrada en el marco del art. 130 de la Ley 4347 (fs. 225) quedó plasmado el compromiso de quienes asistieron a la misma, por lo que debe confirmarse la sentencia que fuera motivo de recurso y dejar sentado que queda a criterio de la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, representante del niño F. D. y desde la órbita del Ministerio a su cargo la posibilidad de fiscalizar y velar por el cumplimiento de las medidas dispuestas, caso contrario podrá actuar en pos de gestiones de "efectivización" de las medidas ya dispuestas.- ----------

----------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut----------

----------**RESUELVE**:----------

------1°) **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en cuanto fuera materia de recurso, de conformidad a las consideraciones descriptas.----------

------2º) **REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente resolución es dictada por dos Jueces de Cámara, por encontrarse vacante una vocalía y haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 Ley Nº 1.130).-----

GÜNTHER ENRIQUE FLASS **JORGE LUIS FRÜCHTENICHT**

REGISTRADO BAJO EL Nº DEL AÑO 2009DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CIVILES. CONSTE.-

Norma O. Marrero
Secretaria