



NEUQUEN, 15 de Octubre del año 2015

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados "**I. N. L. S/ MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES**" (Expte. N° **72235/2015**) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Federico **GIGENA BASOMBRIO**, por ausencia del Dr. Fernando Marcelo Ghisini, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y,

**CONSIDERANDO:**

**I.-** A fs. 28/32 obra el memorial de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, fundando el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del 08.09.2015; pide se la revoque y se haga lugar a la medida de protección excepcional que solicitara en relación a la menor N.L.I.

Luego de la descripción de los antecedentes aportados y denuncia de hecho nuevo, la apelante critica la decisión por falta de fundamentos, al no haberse evaluado aquellos conforme las reglas que consagran el interés superior del niño, por falta de análisis de los informes que demuestran que la niña corre riesgo al vivir con los padres, ausencia de protección de su integridad física y haber aplicado la Ley 26061 que cuestiona por inconstitucional en sus arts. 33 y 40, al colisionar con la Carta Magna Provincial y la Ley 2302, particularmente en lo relacionado a las funciones y atribuciones del Defensor de los Derechos del Niño.

**II.-** Que la decisión de grado rechaza la solicitud de institucionalizar a la menor así como su ejecución en la sede del juzgado, considerando apresurado el pedido en la instancia de guardia, atento a que la situación de larga data está abordada por los órganos estatales en cumplimiento de un plan de acción tendiente a proteger la integridad de aquella y revertir conductas de los padres, con



posibilidad de adoptar medidas de restricción para que el cuidado sea asumido por la familia extensa, insuficiente la intervención extrajudicial por parte de la Defensoría del Niño, por no instar la entrevista con los progenitores.

Indica que en la guardia del juzgado no cuenta con herramientas para llevar a cargo una medida en su ámbito, con lo que se expondría al personal judicial considerando los antecedentes de violencia denunciados, cuando las Leyes 26061 y 2302 prevén que la implementación corresponde a los organismos administrativos.

Señala que no se ha acreditado que la intervención en guardia y la presencia del juez y secretario resguarde mejor la integridad física de la niña que ante los equipos de salud y desarrollo social, cuando la funcionaria del último indicó que los equipos se encuentra trabajando en la situación familiar, la que es de larga data sin que se haya tomado una medida excepcional como la solicitada, aún cuando el pronóstico no sería favorable a la permanencia de la menor con sus padres.

Finalmente considera que lo decidido no excluye que así se disponga e implemente en sede administrativa para su posterior control de legalidad por el juzgado, conforme lo prevé el Código Civil y Comercial y la interpretación sistémica y armónica de las leyes 2302, 26061 y demás aplicable en materia de niños, niñas y adolescentes.

**III.-** Abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que en fecha 07.09.2015 la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, invocando el art. 47 de la Const. Provincial, solicita como medida excepcional de protección de los derechos de la niña N.L.I. su institucionalización, ello en base a las conductas violentas del progenitor e impulsivas de la madre con diagnóstico de discapacidad que no le permite manejarse autónomamente (hemiparesia izquierda) con sucesivas internaciones en el



Servicio de Salud mental, organismo que así lo informa, así como el consumo de sustancias de ambos, situación que pone el riesgo la integridad física de la menor; en relación a la familia extensa, destaca los antecedentes negativos del abuelo paterno y la imposibilidad de que la abuela materna asuma el cuidado por el temor al padre.

Que no se encuentra cuestionada la intervención extrajudicial de la Defensoría del Niño y Adolescente con motivo de la situación que involucra a N.L.I. y la conducta de sus padres, la que se estima oportuna y contemporánea al abordaje del grupo familiar que hiciera el Ministerio de Desarrollo Social y el Servicio de Salud Mental del Hospital Castro Rendón, proporcionando el primero asistencia en la crianza para la madre a través de Abordaje Familiar a través de una cuidadora, cajas de comida, el aporte económico para el pago de alquiler y la posibilidad de concurrir la menor al Centro de Cuidados Infantiles; actúa también el Centro de Tratamiento del barrio donde se siguió una estrategia articulada con el segundo de los organismos, todo ello sin avance alguno, tal como se informan a fs. 1/7 y fs. 8/18, y que perdura al tiempo de introducirse esta demanda.

Respecto a la protección requerida, vale tener en cuenta que la previsión del art. 20 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, con alcance operativo para los supuestos en que los niños son privados de su medio familiar, impone al Estado el deber garantizar su protección y asistencia especial, mientras en su inc. 3 claramente contempla como prioritario "la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción" y con la disyunción "o" para señalar las "instituciones adecuadas de protección de menores", agregada como última alternativa y bajo la condición "de ser necesario".

Que el art. 25 de la Ley 2302, en relación a la familia de origen considera que "La convivencia dentro de



otros grupos familiares constituirá una medida excepcional y transitoria", mientras que el inc. 4) del art. 32 lo complementa, al establecer expresamente que el albergue en entidad pública o privada, también será de carácter provisorio y excepcional, hasta el reintegro a su grupo familiar o incorporación a una modalidad de convivencia alternativa.

Que el art. 33 del Decreto N°317/01, al reglamentar el citado art. 32 de la ley, es más concreta, y deja menor lugar a ambigüedades interpretativas:

"La medida de protección "albergue en entidad pública o privada de carácter provisorio y excepcional" es una medida transitoria, que no debe extenderse del plazo de un mes, prorrogable por un término igual, hasta el reintegro del niño o adolescente a su grupo familiar o incorporación de una modalidad de convivencia familiar alternativa."

Y relevante su último párrafo: "Al evaluar la procedencia, deberá observarse si se hallan agotadas las posibilidades de ejecución de algunas de las restantes medidas u acciones enunciadas en la ley. En el caso de que proceda otra medida se resolverá en tal sentido".

Que analizando el plexo fáctico y jurídico expuestos, cabe advertir que aún cuando en apariencia las posturas de los dos organismos en relación a la asistencia requerida y riesgo en que se encuentra la menor, tanto como la urgencia de la tutela, no coinciden en su totalidad, ambos llegan a la misma conclusión: la progenitora no se encuentra en condiciones de atenderla, no sólo por su patología y negligencia, sino por el modo que tiene de relacionarse con el padre -violencia física y verbal-, comparten el consumo de sustancias, con imposibilidad de controlar impulsos; también en cuanto a la caracterización violenta de la conducta del último, incluso frente a terceros con los que se vincula por motivos asistenciales, con amenaza de suicidio y sus dichos acerca del conocimiento de armas, sin colaboración en los



tratamientos e incluso obstando el acceso de la niña a un centro infantil.

Concluyen los responsables del equipo de salud el 01.09.2015 y 03.09.2015 en la falta de resultados en el abordaje realizado por el proceder de los progenitores, los que no obstante haber cumplido algunas de las acciones sugeridas, y que "la niña continúa en situación de riesgo", prescribiendo arbitrar "medidas necesarias para proteger a la menor" (fs. 5/6/7), mientras los funcionarios y especialistas de la autoridad de aplicación, avalan lo anterior "tomando en consideración que en el momento actual no existirían familiares que pueden hacerse cargo de la crianza de la niña" (fs. 8) y que de no contar con la voluntad de brindar el cuidado necesario por parte de los integrantes de la red familiar, "corresponde la derivación a los dispositivos de familia de Acogimiento Familiar u hogares de Niños" (fs. 17).

Que atendiendo a los deberes tutelares que se le imponen al Estado Provincial, a partir del art. 14 de la Ley 2302, y específicamente adecuada al inciso 4º del art. 32, la modalidad que pretende la Defensora del Niño y Adolescente según la situación actual que plasman los antecedentes y en orden a las atribuciones que a la última le confiere el art. 49 inc.º1 y 3 de la Ley 2302, la medida resulta técnicamente justificada, conforme a que en lo inmediato no hay posibilidad de satisfacer una asistencia equivalente a través de algún miembro de la familia extensa.

Cabe hacer notar que tal es el riesgo al que se estaría exponiendo la niña en su ámbito familiar que, al decir de los propios responsables de los organismos, el nivel de amenaza alcanza incluso a la integridad de sus subordinados, dada la violencia exteriorizada por el progenitor.

Que ciertamente se requiere una visión amplia de la realidad en procura de garantizar en forma efectiva los derechos consagrados en las normas jurídicas y dar con ello



cumplimiento a la misión esencial del poder judicial, en los términos de las consignas normativas transcriptas.

Por ello, más allá de la modalidad de su ejecución, conforme los antecedentes reunidos resulta oportuna, proporcionada y justificada el tipo de medida de protección postulada, su carácter extraordinario y la urgencia en su ejecución, situación que no obsta a que en el futuro se evalúe el apoyo que pueda obtenerse de los integrantes de la familia extensa que pudiera asumir los cuidados de la niña, descartados aquellos que se evidenciaron inicialmente y no evaluados hasta la fecha los restantes.

Asimismo, será manteniendo el abordaje integral de la pareja y a la vista los resultados de los tratamientos realicen padre y madre, lo que autorizará bajo informe técnico la aptitud para reasumir su rol parental en tanto permita excluir riesgo para la niña, y bajo la misma modalidad, la que puedan acreditar aquellos con parentesco a los fines de asumir su cuidado para superar la permanencia en un plan institucionalizado, operatividad que deberá ser anoticiada al organismo responsable.

Finalmente, será a cargo de la Autoridad de Aplicación de la Ley 2302, el Ministerio de Desarrollo Social, cumplir en forma urgente con el retiro de la niña de la custodia de los progenitores, para incluirla en aquel programa que abarque su situación y mientras se mantengan las condiciones que justificaron esta medida.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Revocar el decisorio de fs. 20/21, en lo que ha sido materia de recurso y agravios, en los términos de los considerandos respectivos que integran la presente.

**2.-** Disponer que sea a cargo de la Autoridad de Aplicación de la Ley 2302, el Ministerio de Desarrollo Social, y **cumpla en forma urgente** con el retiro de la niña de la



custodia de los progenitores, para incluirla en aquel programa que abarque su situación y mientras se mantengan las condiciones que justificaron esta medida.

**3.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.**

**Dr. Federico Gigena Basombrio - Dr. Marcelo Juan Medori**

**Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**