



NEUQUEN, 14 de Agosto del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "**A. K. S/INC. APELACION**" (**JNQFA4 90464/2018**) venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y,

CONSIDERANDO:

I.-Que a fs. 30 la Defensora de los Derechos del niño y el adolescente interpone apelación subsidiaria contra las resoluciones de fecha 21 y 24 de mayo de 2018 (fs. 19 y 26 y vta.); pide se revoquen por contrariar la ley 2302 y vulnerar derechos reconocidos expresamente.-

Sostiene que no procede citar a los progenitores de la niña en los términos del art. 40 de la Ley 26061 por tratarse de normativa procesal que no resulta aplicable en la Provincia del Neuquén en virtud de la vigencia de la Ley 2302 y lo previsto en la Ley 2963, que mediante dichas leyes la autoridad competente para disponer de una medida excepcional de resguardo de niñas, niños y adolescentes es la judicial, en el caso, la Jueza de Familia, Niñez y Adolescencia n° 4, y el cumplimiento queda en cabeza del órgano de aplicación de la ley, es decir, el Ministerio de Desarrollo social; que en el sistema provincial no se efectúa un control de legalidad de la medida que ordenó un juez competente; que resulta ilógico que un juez ordene una medida jurisdiccional y otro de igual grado la declare ilegal, pero aún más que el mismo juez que dispuso la incorporación a un hogar de una niña de tan corta edad, luego decida que dicha medida fue ilegítima; que establecer una audiencia con los padres en los términos del art. 40 de la Ley 26061 es contrario a la ley provincial vigente, al interés superior del niño, a la tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, e inconstitucional por cuanto ataca la normativa del



PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

art. 51 inc. 3 de la Ley 2302 (arts. 8 y 25 de la C.A.D.H., art. 3, 4 y 12 e la CDN, arts. 15, 32 inc. 4, 37 y 51 inc. 3 de la Ley 2302); cita en apoyo el antecedente "B.K. s/Protección de Derechos de Niños y Adolescentes" (Exte. 67894/14 de esta Sala II).-

II.-Abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que con fecha 18 de mayo de 2018 la jueza de grado dispuso el ingreso de A.K. a un hogar de protección administrado por el Estado Provincial, haciendo lugar a la petición de la Defensora del Niño, Niña y Adolescente, en base a haber trabajado desde hace una semana con la familia de la niña, quien dio positivo a estupefacientes, que su madre consume, que ambos padres fueron citados a la Defensoría; haber indagado respecto de la familia extensa que pudiera hacerse cargo de K., siendo todos intentos infructuosos; que una trabajadora social realizó amplio informe en el domicilio de los padres informando que había situación de consumo de alcohol, violencia doméstica y tres hijos más de 8,4 y 1 año y 9 meses en malas condiciones, encontrándose el mayor sin escolarizar; que durante el período de internación se brindó a la progenitora acompañante en el hospital, manifestando los acompañantes que no hay adherencia por parte de los progenitores a las medidas y/o tareas encomendadas en relación a la bebé (fs. 18).-

Que por auto del 21 de mayo de 2018, el juez de grado tiene por iniciada acción en los términos de la ley 2302, y a los fines de dar cumplimiento a lo normado por el art. 40 de la Ley 26061 cita a los progenitores de la niña a audiencia, que ordena notificar con copias de la presentación proveída, haciéndoles saber que podrán concurrir con patrocinio de un abogado a efectos de ejercer su derecho de defensa y ofrecer la prueba de la que intenten valerse (fs. 19).-

Que el día 24 de mayo de 2018, la Actuaría certifica que los funcionarios judiciales informaron que en



las dos ocasiones en que se asistió al domicilio de los progenitores no se encontraron moradores, y vecinos del lugar informaron que los requeridos están poco tiempo en tal domicilio, por lo que procedió a fijar cédula en la puerta de acceso el 23.05.2018; que se intentó establecer comunicación en reiteradas ocasiones con la madre sin que las llamadas sean atendidas; que se comunica con el hogar, se informa que los progenitores asistieron a ver a la niña el martes 22 de mayo (fs. 22).-

Que el 28 de mayo de 2018, el Actuario certifica haberse comunicado con el hogar desde donde se le informa que el día jueves pasado los progenitores no asistieron a ver a la niña K. y que tampoco se hicieron presente ni se han comunicado con el hogar hasta el día de hoy, por lo cual no se les dio aviso de la citación programada para el día de la fecha (fs. 26).-

Que la Jueza de grado, luego de reseñar los antecedentes colectados en la causa, y de considerar que los progenitores no asistieron a la audiencia fijada ni requerido su reprogramación, como tampoco comparecido pese a la efectiva notificación de su existencia, resolvió declarar procedente la medida excepcional dispuesta por el Ministerio de Desarrollo Social respecto de la niña K.A. en los términos del art. 39 y 40 de la Ley 26.061, por ser proporcional y razonable, atento a la situación detallada y en consecuencia dio curso al plazo de 180 días desde que se dispuso el 19 de mayo de 2018, de conformidad al art. 607 del Código Civil y Comercial a fin de que el órgano administrativo dictamine; también ordenó derivar a los progenitores a patrocinio letrado de las Defensorías Oficiales Civiles, a tratamiento psicosocial en el Centro de Salud Almafuerte, al espacio "Juegoteca en Salud" dependiente del Hospital Heller; finalmente encomendó al Ministerio de Desarrollo Social la búsqueda de una familia alternativa para la niña, haciéndose saber que de alterarse la modalidad de la



medida de protección dispuesta con relación a la misma, ello deberá ser inmediatamente comunicado a los progenitores a los fines de continuar los contactos con la misma.

Que estimo antecedentes relevantes también citar que fue la recurrente, **la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescentes N° 2**, quien instó la intervención del órgano jurisdiccional invocando la configuración un supuesto de especial gravedad para la niña K., y como medida de protección excepcional, la incorporación inmediata en una familia Alternativa dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, hasta que se cumpla el plazo que se determine o se modifique la situación que le diera origen, ello en base a las previsiones de los arts. 32 inc. 4° y 51 inc. 3° de la Ley 2302.-

Peticionó la funcionaria a su vez que **"Se notifique a los progenitores la presente medida conforme lo establece la ley y a fin de garantizar su derecho de defensa"**, agregando en otro si digo **"que la incorporación al hogar"** será **"hasta que se cuente con una familia para K."** (fs. 17).-

Y así lo dispuso la juez con fecha 18 de mayo de 2018, al **"AUTORIZAR** el ingreso de la niña A.K. al Hogar Misericordia", reseñando los antecedentes que justificaron su dictado (fs. 18).-

Se quiere significar con lo expuesto que no le cupo al Ministerio de Desarrollo Social ninguna actuación administrativa destinada a la protección de la niña, ni tampoco instó la jurisdiccional; y de ello, resulta la innecesariedad de que lo resuelto debiera ser ratificado judicialmente, así como que -en segundo lugar- que se debiera recurrir al procedimiento previsto para supuestos de medidas excepcionales dispuestas por la "autoridad local de aplicación" que contemplan los arts. 39 y 40 de la ley nacional 26061.-



III.-Vale entonces ilustrar sobre el marco legal delimitado por la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescentes N° 2 como medida de protección autónoma de la niña, la que por su naturaleza requería la intervención de un juez, según el art. 32 de la Ley 2302, y específicamente su inc. 4° por el que:

"Ante la amenaza o violación de los derechos establecidos en esta Ley, podrá disponerse la aplicación de las siguientes medidas: ... 4) Albergue en entidad pública o privada, de carácter provisorio y excepcional, aplicable en forma transitoria hasta el reintegro a su grupo familiar o incorporación a una modalidad de convivencia alternativa."

Agregando en su último párrafo que "Las medidas ... enunciada en el inciso 4), deberá ser ordenada por autoridad judicial competente".-

Luego, desde el punto de vista de su trámite, la misma Ley 2302 en su Capítulo IV - "DEL PROCEDIMIENTO CIVIL", no deja dudas sobre la materia cuando expresamente fija como "REGLA GENERAL" en el art. 50 que:

"Los Juzgados de Familia aplicarán los procedimientos establecidos en la presente Ley y en la legislación procesal civil vigente, debiendo garantizar el estricto cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución nacional y tratados internacionales con jerarquía constitucional.".-

Y dentro del mismo capítulo bajo la denominación "MEDIDAS CAUTELARES" el art. 51, es también preciso cuando regula que para disponer de éstas "Se aplicarán las siguientes previsiones:", que en la materia que nos ocupa expresamente se dispone:

"2)En cuanto a las medidas cautelares que se refieran a las personas, será de aplicación el criterio establecido en el artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial.



"3)En forma previa a la adopción de medidas cautelares relativas a la situación jurídica de niños y adolescentes, el juez de Familia recabará la opinión de las partes, del equipo interdisciplinario y de los organismos pertinentes, debiendo fundar, bajo pena de nulidad, aquellas que lo modifiquen, dando intervención al defensor civil del Niño y del Adolescente. Cuando existiese urgencia o circunstancias graves, la decretará provisionalmente, debiendo dar cumplimiento al requisito establecido en el párrafo anterior dentro de los cinco (5) días de efectivizada.-

En consecuencia, acreditada la urgencia con la que se requirió adoptar la medida protectoria contando sólo con el dictamen de los organismos de salud provincial y del equipo interdisciplinario (fs.4/14), el siguiente trámite procesal es obtener aquello que no fue posible recabar antes, tal la "opinión de las partes", en este caso, de los progenitores de la niña, a cuyo fin se los debe notificar de lo decidido el 18 de mayo de 2018.-

Se les hará saber también que el presente trámite quedará sujeto a las previsiones que marca la ley, cuando remite al art. 202 del CPCyC, es decir, la subsistencia de protección "mientras duren las circunstancias que las determinaron" y si cesaren, "su levantamiento", así como a lo regulado en los arts. 607 y subsiguientes del CCyC, a los fines de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad de la niña.-

En consecuencia, en la instancia de grado se deberá notificar a los progenitores de K. de la medida de protección excepcional dispuesta con fecha 18 de mayo de 2018, en los términos de los arts. 32, inc. 4º, 50, 51 inc. 3º de la ley 2302 y 202 del CPCyC, así como de la intervención del Ministerio de Desarrollo Social, a los fines del cumplimiento de lo regulado en los arts. 607 s.s. y c.c. del CCyC,



adjuntándose copia de las fojas 2 a 18 de las presentes actuaciones.-

En su mérito, y para lograr que se reviertan las causales que dieron lugar a la medida adoptada, la intervención al Ministerio de Desarrollo Social, concretará lo normado en el inc. c) del art. 607 del CCyC, y transcurridos 180 días de tal labor, dictaminará sobre la situación de adoptabilidad de K.-

IV.- Que conforme las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, se habrán de revocar las resoluciones de fecha 21 y 28 de mayo de 2018 en punto a su remisión al trámite y audiencias fijadas según arts. 39 y 40 de la Ley 26061, debiéndose cumplir con la notificación a los progenitores de la A.,K., con transcripción íntegra de la medida protectoria de fecha 18.05.2018 y de los puntos III y IV de la presente, con adjunción de copias, para que intervengan y petitionen conforme las reglas procesales citadas, y oficiar al Ministerio de Desarrollo Social como se ordenara.-

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Revocar las resoluciones de fecha 21 y 28 de mayo de 2018 en punto a su remisión al trámite y audiencias fijadas según arts. 39 y 40 de la Ley 26061, debiéndose cumplir con la notificación a los progenitores de la A.,K., con transcripción íntegra de la medida protectoria de fecha 18.05.2018 y de los puntos III y IV de la presente, con adjunción de copias, para que intervengan y petitionen conforme las reglas procesales citadas, y oficiar al Ministerio de Desarrollo Social como se ordenara.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini- JUEZ
Audelina Torrez-SECRETARIA

Dr. Marcelo Juan Medori- JUEZ

Dra.

