NEUQUEN, 16 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados **"M. M. D. L. A. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" (JNQFA4 EXP Nº 70319/2015)** venidos a esta Sala I integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Contra el archivo de las actuaciones dispuesto por la magistrada, recurre la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Sostiene que tal solución se encuentra en franca colisión con el sistema de protección integral de NN y A, como así también contra los derechos reconocidos a la niña por el ordenamiento jurídico.

Efectúa un recuento de los antecedentes obrantes en la causa, de los cuales concluye que la niña se encuentra en una situación de vulnerabilidad, no habiéndose reestablecido sus derechos, por lo que la actuación judicial es necesaria.

Indica que, luego de dos años no se ha logrado hacer comparecer a la progenitora, ni se ha escuchado a M.

Expone que ante el archivo dispuesto, su asistente social se comunicó con el Dr. Gaiser del Hospital interviniente, surgiendo que desde el mes de octubre de 2016 no se retira la medicación correspondiente a la niña, lo que deja en claro que la situación dista de ser la expresada por la abuela.

Sostiene que la niña continúa en una situación de vulnerabilidad, lo que ratifica la necesidad de mantener judicializado el caso.

Agrega que de lo actuado surge que la madre de la niña no cumple con los controles de salud necesarios y se encuentra comprometido el derecho de la pequeña a una vida digna y, principalmente, al más alto disfrute de salud posible, desde lo cual, la desjudicialización del caso, importa desprotección.

Desde esta perspectiva, entiende que no se ha fundamentado debidamente el archivo dispuesto.

Dice que no es necesario disponer la separación de la niña de su núcleo familiar para habilitar la intervención judicial; indica que retrotraer la situación a una instancia previa no resulta plausible de eficacia, pues ha quedado demostrada la resistencia de la progenitora.

Se queja luego de la interpretación que se efectúa del principio dispositivo y la omisión de aplicar las facultades oficiosas, en la línea impresa por el Código Civil y Comercial.

Alega que se vulnera el interés superior de la niña, pues desde el mes de octubre de 2016 que no estaría recibiendo medicación, controles de salud, ni tratamiento psicológico. Asimismo, su derecho a obtener el más alto nivel de salud posible, no habiendo sido tampoco oída.

2. Ahora bien, tal como surge de las constancias de autos y del recuento efectuado por la Sra. Defensora, en autos se registra una situación de vulnerabilidad de una niña.

Y así fue entendido por la magistrada, al intimar a la progenitora a que acredite en el término de 10 días, la concurrencia a los tratamientos médicos suyos y de su hija M. bajo apercibimiento de solicitarse medidas de protección para la niña (hoja 47, de fecha 24/11/2015).

Con fecha 12/02/2016 y con fundamento en las constancias de la causa, nuevamente la magistrada pondera la existencia de una situación de vulnerabilidad. Así dispone *"atento a la situación de vulnerabilidad que atraviesa M. dada la imposibilidad de la madre de adherir a los distintos tratamientos psicológicos y médicos necesarios, requiérase a la Sra. J. N. d. V. se manifieste concretamente respecto a su voluntad y posibilidad de asumir el cuidado y crianza de la niña…."* (hojas 56).

Con posterioridad, el médico y la psicóloga tratantes dan cuenta de la falta de continuidad en los tratamientos ordenados.

En hoja 84, comparece la abuela materna e indica que la situación familiar mejoró notoriamente, dado que tiene comunicación con su nieta y que su hija, se ocupa de las necesidades de la niña.

Frente a esta manifestación y sin dar noticia a la Sra. Defensora, la Magistrada dispone el archivo de las actuaciones, toda vez que no advierte la necesidad de continuar con la intervención judicial, resolución que aquí es cuestionada.

3. Lo cierto y determinante es que no advierto que en el caso haya elementos para mutar la primigenia valoración efectuada por la magistrada, en punto a considerar que la niña se encuentra en condiciones de vulnerabilidad.

La niña es portadora de una enfermedad que requiere tratamiento y controles continuos, los que, pese a lo ordenado, la progenitora no ha acreditado cumplir.

Este incumplimiento determinó que se ponderara como hipótesis acordar la guarda y cuidado de la niña a la abuela y a estos fines se la citó, a instancias de la Defensora.

Entiendo que aquí, más allá de la disputa acerca de los roles y esquema normativo, es necesario adoptar medidas de protección, en tanto, es claro que no existen variaciones y la sola manifestación en contrario de parte de la abuela es insuficiente.

Parece necesario evocar aquí, lo reiteradamente señalado por el TSJ, en el sentido de que *"…el interés superior de la infancia debe buscarse en cada caso en particular, sin que existan fórmulas preestablecidas. La expresión sólo tiende a que queden asegurados del mejor modo posible el desarrollo afectivo y emocional del niño –o niña- (cfr. R.I. Nro. 95/2010 del Registro de la Secretaría Civil).*

El Sistema de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes neuquino, innova al establecer las funciones del Ministerio Público de la Defensa respecto del abordaje que beneficia a las familias y sus integrantes menores de edad.

De allí, el rol indudable que aquí desempeñan las Defensorías de los Derechos del Niño, en cumplimiento de su función de velar, controlar, procurar todo lo conducente a garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Al mismo tiempo, exige que la Magistratura en el proceso de toma de decisión para la adopción de medidas resguarde la plena y simultánea realización de los derechos de la Niñez y Adolescencia.

En atención a los derechos comprometidos, la organización creada por el mencionado Sistema de Protección, si bien con roles diferenciados, debe trabajar en un marco de coordinación que tenga como norte arribar a la respuesta más pronta y justa posible… la actuación de quienes se desempeñan en el Poder Judicial, aun cuando reconozca roles y competencias diferenciadas, debe efectuarse en un marco de coordinación.

Esta pauta que debe respetarse en todo tipo de proceso, se muestra más patente aún en este fuero. Y es que la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable impone al Estado diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran la especial protección de los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En tal senda, es preciso recordar que, activar una vía extraordinaria jurisdiccional -como es la casatoria- con el objeto de obtener un pronunciamiento que determine la intervención funcional, es perder de vista el deber esencial, velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (cfr. R.I. Nros. 174/13; 194/15 y 195/15, del Registro de la Secretaría Civil). Más aún cuando ello puede ser reeditado y reencauzado.

Al respecto, corresponde tener siempre presente que la natural condición de dependencia de la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que debe darse efectividad directa como mandato de la Constitución (cfr. R.I. Nro. 155/2011 del mismo Registro)….” (cfr. R.I. 331/15, “P.D. Y OTRO S/ PROTECCIÓN DE

DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE SOBRE INCIDENTE DE APELACIÓN", Inc. N° 185 - año 2014).

Y en similar senda: *"El Niño y Adolescente, como sujetos activos y autónomos, tienen derecho a una protección especial que determina que el interés de la persona menor debe tener prioridad sobre cualquier otro.*

Con ello en miras, el Sistema de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes ha diseñado una organización que, si bien tiene roles diferenciados, debe trabajar en un marco de coordinación que tenga como norte arribar a la respuesta más pronta y justa posible que garantice la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos (Art. 4°, Ley 2.302).

Como es sabido, el artículo 18º de la Constitución Nacional contiene un catálogo de garantías procesales que se instruyen a partir del deber que tiene el Estado de prestar tutela jurisdiccional.

Frente a él, se erige el derecho de toda persona a la jurisdicción o "tutela judicial efectiva", que aspira a ser reconocido a través de un proceso que cuente con garantías mínimas y ampare a su vez: el derecho a accionar judicialmente, esto es, de tener acceso a la justicia sin trabas ni bloqueos, como puede ser la carencia de recursos, de cultura, de asesoramiento legal, etc.; el derecho al debido proceso; el derecho a la defensa en juicio; es decir, que quienes resulten titulares de derechos legítimos puedan ejercer los medios suficientes y necesarios para su defensa, de manera tal que se proscriba la desigualdad de las partes; y el derecho a una sentencia justa (cfr. R.I. N°153/2015, del Registro de la Actuaria).

Entonces, aun en los supuestos en que el –o la- justiciable tenga acceso a la jurisdicción, cuando se le deniega una verdadera protección de su derecho la tutela no es efectiva y se produce su indefensión.

Sobre la base lo expuesto, resulta imprescindible considerar la persistente situación de vulnerabilidad de la adolescente V.E.C. que pone en conocimiento de este Tribunal Superior la señora Defensora…" (cfr. R.I. 329/15 "DEFENSORA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE S/PROTECCIÓN DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES", Expte. N° 27453 - año 2014).

4. En esta línea de trabajo coordinado, es claro que la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente deberá efectuar las peticiones concretas en el cumplimiento de su cometido; asimismo, que no deben descartarse las acciones que deba adoptar la Autoridad de Aplicación de la ley 2302, para lo cual es procedente dar noticia e intervención –tal lo ha dispuesto la magistrada- en claro accionar coordinado para velar por los intereses de la niña M.

Pero en este escenario de colaboración y coordinación, la decisión adoptada por la magistrada frente a la presentación de la abuela, sin dar noticia siquiera a la Sra. Defensora interviniente, es contraria a la dinámica común esperada.

Por ello, en el contexto de autos y sin perjuicio de las peticiones y seguimiento que efectúe la Sra. Defensora, a fin de abordar debidamente la situación planteada, deberá –con urgencia- llevarse a cabo, una audiencia en la instancia de grado, con la presencia de la progenitora y la abuela materna, a fin de abordar y explicar el alcance que tiene la situación denunciada en esta causa, como así también la importancia de

seguir determinados cursos de acción para proteger el interés superior de la niña y las consecuencias que su cumplimiento puede aparejar. Deberá también asistir la niña, a fin de ser oída. En dicha audiencia, que deberá ser llevada a cabo por ante la magistrada y con la presencia de la Sra. Defensora de Menores, la progenitora deberá acreditar los controles, seguimiento médico y medicación suministrada a la menor desde el mes de octubre de 2016 a la fecha.

Lo que, en todo caso es indudable, es que a dos años de iniciado este proceso, es necesario que se adopten medidas concretas en protección de la niña. Y en esto, todos los actores estatales, están comprometidos. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Revocar el auto de fecha 07/03/2017 y disponer con urgencia la celebración de una audiencia en la instancia de grado, a los fines y en los términos indicados en los considerandos.

2. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA