



NEUQUEN, 02 de febrero de 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados "**B. K. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES**" (Expte. N° **67894/2014**) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 3 - NEUQUEN 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,

**El Dr. Medori, dijo:**

I.- Que la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente N° 1 interpone recurso de apelación contra la providencia simple del 18 de septiembre del 2015 (fs. 38), presentando memorial a fs. 43/46.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al omitir medidas concretas de protección judicial, remitiendo el caso a la sede administrativa y limitando las funciones de la defensoría, con grave afectación del interés superior de la adolescente y la normativa de rigor. Asimismo, aduce que hasta tanto la legislatura no modifique el sistema provincial de protección, los jueces deben respetar el mismo por sobre la legislación nacional.

Reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, declarando la inconstitucionalidad del art. 40 de la ley 26.061 y ordenando citación de la menor y evaluación a través del equipo interdisciplinario.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis tiene presente el informe del Centro Provincial de Enseñanza Media n° 41, suscribe a la aplicación de la ley 26.061 y dispone, teniendo en cuenta que el órgano de aplicación se encuentra en plena transición para adaptar su estructura al cumplimiento de la



nueva normativa, de manera excepcional en atención a las graves particularidades del caso que ameritan una pronta acción por parte del estado, vista urgente a la Defensoría a fin articule las medidas que estime pertinentes y oficiar al Ministerio de Desarrollo Social con adjunción del informe mencionado a fin tome conocimiento, haciendo saber que cualquier medida excepcional que se tome deberá proceder según el art. 40 de la ley citada. Asimismo, oficia a la Municipalidad de Plottier a fin practique informe socioambiental actualizado, debiendo remitirlo en el plazo de cinco días.

De las constancias de autos, surge que con motivo de un informe del Hospital de Plottier a solicitud de la defensoría se procede a internar a la joven en el Hogar Malen Maihue por orden de la misma magistrada (fs. 3); tras su externación voluntaria, se ordena urgente abordaje de la situación familiar por la Dirección de Familia de la Municipalidad de Plottier en coordinación con el hospital en atención a lo solicitado por la defensoría (fs. 11); citada la madre, se presenta a dar cuenta de los hechos, pidiendo se le otorgue la guarda y se le incluya en un plan social acorde (fs. 18/20); el hogar informa que la menor ingresó el 1.12.14 y se retiró el día 5 sin autorización (fs. 24/28); el municipio comunica sobre la intervención efectuada de la que resulta que la menor se ha mudado con el novio (fs. 30); y el tribunal requiere a la madre informe paradero de la menor (fs. 34). El parte educacional advierte sobre la situación de extrema vulnerabilidad de la menor con motivo de la falta de contención familiar, con antecedentes de ASI, refugiándose en la escuela, se sugiere internación en el mismo hogar o en familia sustituta (fs. 35/37), desencadenándose la resolución impugnada.



El artículo 32 de la ley provincial de Protección Integral del Niño y el Adolescente N° 2302 dispone: "Medidas. Ante la amenaza o violación de los derechos establecidos en esta Ley, podrá disponerse la aplicación de las siguientes medidas: 1) Orientación, apoyo y seguimiento psico-social en programas gubernamentales o no gubernamentales, a niños y adolescentes, sus familias o responsables. 2) Indicación de matrícula y asistencia obligatoria en establecimientos de enseñanza básica. 3) Indicación de tratamiento específico en las diferentes modalidades de atención médica psicológica y de acuerdo a la problemática bio-psico-social presente. 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. Las medidas enunciadas en los incisos 1), 2) y 3) podrán ser dispuestas en forma directa por la autoridad administrativa de aplicación. La enunciada en el inciso 4), deberá ser ordenada por autoridad judicial competente." (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 47 de la Const. Prov.; 3, 4, 9 inc. 1, 18, 19, 20 y cc. de la Convención de los Derechos del Niño; 705 y ss. del Cód. Civ. y Com.; 3, 24, 27, 33, 39, 40 y 41 de la ley nacional de Protección Integral del Niño y del Adolescente n° 26.061; 4, 8, 9, 11, 25, 28, 32 inc. 4, 33, 34, 48 inc. 19 y 51 inc. 3 de la ley provincial 2302; 33 y 34 del Dec. Regl. 317/01; y Ac. TSJ 3420/00).

Asimismo, el art. 37 inc. 2) prevé entre las funciones de la autoridad administrativa de aplicación: "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”.

El artículo 40 de la ley nacional estipula: “PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES. 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 funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación. La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes”.

Atento las premisas fácticas y jurídicas expuestas, aparece sorpresivo e infundado el decisorio impugnado, en principio, se puede observar que la situación de vulnerabilidad de la menor ya se encuentra judicializada desde el año pasado cuando se iniciaran las presentes actuaciones, habiendo inclusive la magistrada ordenado la internación en un hogar. Es decir, que el juzgado ya se encuentra entendiendo en la cuestión, la resolución implica una derivación a sede



administrativa cuando aún no se ha definido la situación, al punto que ni siquiera se ha escuchado a la menor, ni en la defensoría ni en el juzgado, y según los informes técnicos de las profesionales el peligro es cierto y grave para la adolescente, desconociéndose inclusive su paradero.

Por otro lado, elude la competencia que le es propia, a tenor de la legislación provincial que se ve fortalecida por la novedosa normativa del Código Civil y Comercial, adscribiendo en forma expresa a una normativa de otra jurisdicción y que en cierto sentido se contradice con la local, en un punto muy delicado, cual es la prerrogativa administrativa para la disposición de medidas de protección excepcionales que como tales pueden implicar la privación de la libertad del vulnerable, requiriendo revisión judicial. (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 63 de la Const. Prov.; y 9 de la Conv. Internac. Dchos. del Niño).

Tutela judicial efectiva, intermediación, oficiosidad, acceso a la justicia, interés superior del niño y adolescente, derecho a ser oído (cfme. arts. 12 inc. 1 Conv. Dchos. del Niño; 3 inc. b y 24, 27 inc. a ley 26.061 y 15 de la ley 2302), valores en sí mismos que propicia el nuevo código (cfme. arts. 706 y 709 del Cód. Civ. y Com.), y que no se ven plasmados en esta providencia judicial, que básicamente delega el tratamiento de la situación a la autoridad administrativa cuando se sugieren medidas excepcionales que deben en principio ser tomadas por juez competente y sólo en caso de urgencia por la autoridad de aplicación con revisión judicial, es decir, que en su caso la causa debería volver al entendimiento de la misma juzgadora con la demora y dispendio consecuente.

Por lo cual, deberá dejarse sin efecto la resolución atacada, ordenándose las medidas previas requeridas por la defensoría, en particular, citación de la menor y su



madre a audiencia para ser escuchadas por la magistrada en presencia por supuesto de la recurrente, y evaluación del Equipo Interdisciplinario del fuero, para tomar cualquier medida de protección, siendo por lo demás innecesario abordar la tacha de inconstitucionalidad sobre norma inaplicable al caso (cfme. art. 51 inc. 3 de la ley 2302).

Esta Cámara de Apelaciones ha sostenido en igual sentido: "En el caso concreto sub examen, es claro que frente a la denuncia de una situación de virtual abandono y consiguiente riesgo respecto de menores de corta edad, su tratamiento y resolución es de competencia del Juzgado de Familia (art. 48 incs. 18, 19 y 21 ley 2302), sin perjuicio de las amplias potestades impuestas y conferidas a la Defensoría por el art. 49 lex. cit. y de la prescripción de "realizar intervenciones alternativas a la judicialización del conflicto en todos los casos en que sea posible". "Tal como indica la recurrente, el Ministerio que representa ha entendido que procedía disponer en el caso, respecto de los menores afectados, la medida asegurativa prevista por el art. 32 inc. 4º, ley 2302, cuyo dictado corresponde a la autoridad judicial competente (art. cit. in fine), por lo que debe concluirse que -ante el desplazamiento del grupo familiar que se informa a fs. 7 vta. y la falta de información relativa a la asistencia escolar de los menores- corresponde al órgano jurisdiccional la disposición de las medidas necesarias para ubicar a los mismos y constatar la subsistencia de la situación de riesgo que dio lugar al inicio de estas actuaciones, resolviendo en consecuencia." ("C. C. Y OTRO S/ SITUACION" (EXP N° 24397/5), sala I, sen. 26 de octubre de 2006).

El Tribunal Superior se ha expedido en otro caso de conflicto entre la defensoría y los juzgados de familia recordando que: "En este orden de ideas, resulta ineludible reiterar que el artículo 1º de la Ley 2.302,



establece como objetivo prioritario la protección integral del niño y el adolescente, considerándolos sujetos de derechos y no objetos de estos. Ellos, deben entenderse complementarios de otras prerrogativas reconocidas tanto en la Constitución Nacional como en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales, la Leyes Nacionales, la Constitución de esta Provincia, y sus Leyes Provinciales. Estos conceptos remarcados por el actual artículo 47 de la Constitución del Neuquén, constituyen la directriz que debe señalar el norte y el alcance de nuestra intervención. Al activar una vía extraordinaria jurisdiccional -como es la casatoria- con el objeto de obtener un pronunciamiento que delimite la intervención funcional, se pierde de vista el deber esencial, velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (cfr. R.I. N° 174/2013 del Registro de la Secretaría Civil)".("G. I. C. Y OTROS S/ PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE S/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN" (Expte. N° 99 - Año 2014), sen. 31 de julio de 2015).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá hacerse lugar a la apelación, revocando el fallo recurrido de conformidad a lo expresado supra, ordenándose las medidas previas requeridas por la defensoría, en particular, citación de la menor y su madre a audiencia para ser escuchadas por la magistrada en presencia de la defensoría, y evaluación del Equipo Interdisciplinario del fuero de familia, para tomar cualquier medida de protección, (cfme. art. 51 inc. 3 de la ley 2302).

**El Dr. GHISINI, dijo:**

Adhiero a la solución propiciada por el Vocal preopinante, en atención a las especiales características del presente caso, en el cual ya se venía dando la intervención jurisdiccional dado que se habían tomado medidas excepcionales



de protección de derechos (art. 32 inc. 4 de la Ley Provincial N° 2302).

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Revocar el decisorio de fs. 38, de conformidad a lo expresado supra, ordenándose en la instancia de grado, las medidas previas requeridas por la defensoría, en particular, citación de la menor y su madre a audiencia para ser escuchadas por la magistrada en presencia de la defensoría, y evaluación del Equipo Interdisciplinario del fuero de familia, para tomar cualquier medida de protección, (cfme. art. 51 inc. 3 de la ley 2302).

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

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**  
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA