000002/2009

--- Trelew, de octubre de 2009.-

--- **VISTOS:** ----------

--- El recurso de apelación interpuesto por la actora según constancias de fs. 205, contra la resolución copiada a fs. 197/201 vta., memorial de agravios cuyas copias obran a fs. 208/210, su contestación de fs. 331/33 y audiencia de fs. 362/362 vta., e informe de fs. 429/432 vta.; ----------

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

--- **I.-** En la resolución apelada se desestimó la oposición formulada por la actora a la prosecución de la restitución de los niños D. A., L. e I. C. a su madre, bajo la modalidad de contacto gradual, conforme lo había dispuesto el Sr. Juez de la Instancia anterior. ---------- Esa petición había sido planteada por la Asesoría de Familia e Incapaces con base en hechos nuevos que denunció como ocurridos en oportunidad del cumplimiento del régimen de comunicación de los niños con su madre. ---------- En la resolución en crisis el Judicante de grado advirtió que la oposición planteada pretende sustentarse tanto en una incorrecta hermenéutica del marco jurídico vigente, como en una simple discrepancia con las opiniones vertidas por las integrantes del Equipo Técnico Interdisciplinario, sin esmerarse en brindar razones fundadas acerca del error o desacierto en que pudieran haber incurrido la profesionales actuantes. ---------- El Magistrado reiteró extensamente en dicha resolución conceptos vertidos en la sentencia que dispuso la restitución de los menores, expresando que no se evidencian las “circunstancias graves” que amenacen o causen perjuicio a la salud de D. para hacer lugar a la oposición deducida. ---------- Expuso asimismo que es a partir de un informe obrante en autos, en donde se da cuenta de los juegos sexuales entre D. de 8 años y su tío M. de 9 años, que la Asesora de Familia e Incapaces diagnostica apodícticamente que el episodio en cuestión es “traumatizante” y “victimizante”, sin hacerse cargo en ningún momento de que las profesionales del ETI jamás llegan a tal conclusión cuando explican que esas situaciones “podrían pensárselas como juegos que deben ser desalentados por los adultos”. ----------

--- Explicó sobre dicha cuestión, que los juegos desarrollados por D. son frecuentes en todos los niños que atravesaron su mismo proceso traumático y no deben ser motivo de sobresaltos, de respuestas desproporcionadas o de meras conjeturas por parte de sus progenitores o del Ministerio Pupilar, sino que debe primar la prudencia y la atención adecuada. ---------- Afirmó en la sentencia, que no resulta atendible que la madre haya negado los episodios ocurridos, ni los recientes o los anteriores. ---------- Sostuvo al respecto que la Sra. L. solamente se limitó a ubicar los juegos de su hijo en una etapa anterior a la audiencia del 17/9/08, oportunidad procesal en donde se trató

este tema con las integrantes del Equipo Técnico Interdisciplinario ---------- Recordó que tal como ya lo expusiera en el considerando 5º de la sentencia de fs. 197/204, la Lic. P. advirtió “una evolución favorable en P., habiendo superado el cuadro depresivo que padeciera anteriormente y mostrando una correcta valoración de los hechos victimizantes que sufriera su hijo D.”, estimando conveniente que “se inicie un proceso gradual de revinculación de los niños con su madre que contemple espacios de privacidad, tendiente a uno no lejana reasunción plena de las funciones maternas”, dictamen que la apelante consintió y que respecto del cual ahora manifiesta encontrarse sorprendida sobre como la progenitora pudo haber revertido su cuadro de salud con su historial familiar y sin la ayuda de una terapia sostenida, mas sin fundar su discrepancia en elementos de juicio objetivos que lo hagan apartar de la opinión del E.T.I., por lo que son críticas que no pueden ser receptadas. ---------- Expuso que la libertad de apreciación del juez sobre los informes técnicos aparece condicionada, ya que para apartarse de las conclusiones de los peritos debe hallarse asistido de razones muy fundadas, porque si bien es verdad que las normas procesales no acuerdan al dictamen carácter de prueba legal y le permiten al magistrado formar su propia conclusión, es evidente que esto, al necesitar de una apreciación crítica en un campo del saber ajeno al hombre de derecho, ha de apoyarse en otros elementos de juicio que permitan fehacientemente concluir en el error o el inadecuado uso que los peritos han hecho de los conocimientos científicos. ---------- Sobre la manifestación de la apelante que insta a “privilegiar el mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más ciertas”, consideró que es una afirmación descaminada de la conflictiva familiar planteada en autos, toda vez que prescinde de cualquier apreciación del proceso de violencia psicológica en que se encuentran insertos los niños bajo el cuidado de sus guardadores, producto del irreversible conflicto que involucra a estos con la madre. ---------- Reseñó un informe del E.T.I. según el cual la abierta descalificación hacia la madre por los guardadores actúa en forma negativa sobre los niños. ---------- Consideró que “en los términos empleados por la terapia sistémica, diré que ante la inminencia del cambio diseñado en la resolución del 18-7-2008, el sistema familiar entró en “retroalimentación negativa”. Los guardadores utilizaron esa información (la restitución progresiva) para activar sus mecanismos homeostáticos y disminuir así la desviación que produjo el decisorio judicial, intentando mantener de este modo el actual estado de cosas”. ---------- Resaltó que la doctrina y jurisprudencia en materia de atribución de la custodia de niños, se muestran contestes en reconocer como más idóneo a aquél progenitor que facilite una adecuada comunicación con el progenitor no conviviente, colaborando permanentemente para promover la relación con los hijos, y compartiendo la información necesaria para su crianza y educación y que, aplicando analógicamente dichas pautas, se desprende la falta de aptitud manifiesta de los guardadores para el

cuidado de los niños. ----------
--- Observó que si a D. se lo encontró angustiado no es por la restitución a su madre, habida cuenta que la misma no se había implementado, siendo que en realidad la situación que le genera inseguridad, es el temor a que el reintegro implique la inmediata inserción en el hogar materno y la desvinculación respecto de sus guardadores. ----------
--- Recordó que la sentencia que dictó en estos autos anteriormente reposa en todos sus considerandos sobre una premisa elemental que la Asesoría de Familia e Incapaces no supo interpretar: la tensión instalada entre la madre y los guardadores opera en ambos sistemas familiares como un elemento que impide el cambio. Entonces, el cambio de custodia forzosamente ha de alterar significtivamente esa dinámica disfuncional, introduciendo nuevas formas de interrelación entre los subsistemas niños-guardadores, progenitora-niños, guardadores-progenitora, a partir de aquella innovación que romperá el esquema actual en tensión. ----------
--- Concluyó considerando que si los involucrados no han podido, querido o sabido realizar las modificaciones indispensables para superar el conflicto que vulnera los derechos de los niños, entonces el cambio debe ser operado a instancias del órgano judicial, que dejó durante un tiempo prudencial que el cambio lo operen principalmente ambas mujeres y que la situación es cada vez peor, siendo inadmisible que el sistema judicial quede virtualmente impasible ante semejante trance. ----------
--- **II.-** Se agravió la apelante, en lo fundamental, de que el Sr. Juez a quo dejó sin efecto y sin más el traslado a la otra parte de la oposición planteada, dejando entrever un prejuzgamiento de la situación. ----------
--- Sostuvo que la intimación de fecha 22 de diciembre de 2008 resulta un exceso, en tanto ya en la audiencia de fecha 11 de diciembre se había establecido la progresividad del régimen dispuesto, acordándose días y horarios, así como la forma de retiro y reintegro de los niños entre la madre y los guardadores. ----------
--- Se quejó asimismo, de que el Juez de la instancia anterior considere consentidas tácitamente por el Ministerio de Menores los informes elaborados por el Equipo Técnico Interdisciplinario, desde que se manifestó, tanto en las audiencias como en los dictámenes que oportunamente se evacuaran, la inconveniencia de la restitución de los niños a la madre en atención a los antecedentes traumáticos vividos sin la correcta prevención y menos aún contención por parte de su progenitora. ----------
--- Expuso que tales manifestaciones no son simples apreciaciones de la Asesora, sino que se encuentran debidamente fundadas en informes sociales efectuados por el Servicio Social de la Defensa Pública, así como por terapeutas individuales de D. A. y la escucha atenta del mismo al hacer efectivo su derecho a ser oído. ----------
Transcribió un párrafo de la sentencia interlocutoria registrada bajo el Nº 179/08 según el cual “El régimen gradual así establecido estará sujeto a la asistencia, orientación y supervisión permanente del ETI, a cuyas conclusiones se condicionará la prosecución de la restitución dispuesta, en tanto las resoluciones de los jueces relativas a toda la

problemática de la protección del niño tienen siempre carácter provisorio, lo que implica que si cambia la situación fáctica que les dio origen puede también modificarse lo resuelto en ellas". ---------- Alegó que, con base en los hechos nuevos denunciados, debe variarse el régimen de restitución programado en la sentencia interlocutoria indicada por estar demostrado que la madre no se encuentra capacitada para asumir la custodia de sus hijos. ----------

--- Sostuvo que el hecho nuevo no puede analizarse como un hecho aislado, sino a la luz de: 1) las causas que dieron origen a la presente medida y en este sentido los hechos victimizante vividos por los niños; 2) las evaluaciones realizadas tanto por el Equipo Técnico Interdisciplinario como por el Servicio Social de la Defensa Pública; 3) la única vez que los niños fueron escuchados por V.S. y ella en los estrados judiciales; 4) las evaluaciones de las terapeutas individuales de D.; 5) el riesgo de los niños bajo la supervisión de su madre; 6) las deficiencias en la evaluaciones del ETI señaladas. ---------- Expresó que las crisis y diferencias entre las dos mujeres se profundizó desde que el Sr. Juez *a quo* conduce la causa, lo cual está dejando entrever que el camino debe variarse. ---------- Expuso que apegarse a la letra de la ley no siempre da las respuestas adecuadas sino, muy por el contrario, las relaciones humanas tienen laberintos inesperados que deben ser recorridos juntamente con el conocimiento jurídico. ---------- **III.-** En la contestación al memorial, la madre de los menores expresó que la contraparte basó la totalidad de sus agravios en la inconveniencia de la restitución de los niños a ella "en atención a los antecedentes traumáticos vividos sin la correcta prevención y menos aun contención por parte de su progenitora", argumentando que: "basada en los hechos nuevos denunciados, entiendo debe variarse el régimen de restitución programado en la sentencia interlocutoria *supra* indicada, por estar demostrado que la madre no se encuentra capacitada para asumir la custodia de sus hijos". Expuso que tales aseveraciones deben ser fundadas y probadas en autos para poder solventar lo solicitado por la asesora, pues de lo contrario se transforman en meras expresiones o conclusiones unilaterales. ---------- Afirmó que en su escrito no realizó la crítica concreta y razonada que exige la ley de procedimiento, por lo cual corresponde que el recurso sea declarado desierto. ---------- Expresó que reafirma lo sustentado en el considerando II de la sentencia atacada en cuanto a que se encuentra acabadamente probado en autos a través de los informes periciales realizados por el E.T.I. de fs. 80/82 y otros, los informes presentados por los terapeutas de esa parte y demás informes agregados. ---------- También manifestó que la alegada falta de idoneidad de ella no es tal y que la focalización de la Sra. Asesora en este conflicto debería ser en beneficio de los menores, aunque en resguardo de todo el grupo familiar, privilegiando el vínculo de origen, conduciéndose de esta manera con el bloque de constitucionalidad que respalda estos conceptos. ------

---------- Manifestó que la sentencia atacada reposa en todos sus considerandos sobre una premisa elemental que la Asesoría de Familia e Incapaces no ha sabido interpretar, cual es que la tensión instalada entre la madre y los curadores opera en ambos sistemas familiares como un elemento que impide el cambio y que la oposición formulada corre riesgo cierto de conducir a todos los operadores jurídicos a ser absorbidos por la crisis y hacerse partícipes de la retroalimentación progresiva. ---------- Entiende que se hallan precluidas las posibilidades de la contraria de impugnar lo ya resuelto, dado que la oportunidad procesal se encuentra extinguida y la posibilidad de recurrir lo decretado debió ser objetada en la oportunidad que señala el código de rito. --- Reafirmó lo expuesto en la sentencia sobre la consideración de los juegos sexuales denunciados, agregando que en esos juegos no se encuentran indicadores de abuso sexual infantil, tal como se expidieron las profesionales intervinientes. ---------- **IV.-** Lo que viene a resolverse es el mantenimiento o no de una guarda ejercida por terceros respecto de tres menores, ante el pedido de la madre de que cese la misma. ------ Las actuaciones se inician con el pedido de homologación de tres presentaciones efectuadas en el mes de marzo de 2006 ante la Asesoría de Familia e Incapaces de la ciudad de Rawson, una de la Sra. M. C. H. exponiendo que desea tener a su cargo a los niños L. L. A. e I. J. M. C., otra de la madre P. L. L. que otorga consentimiento con dicha guarda (ver fs. 1/ 2) y la tercera de J. J. M. C. que expresó que otorga la guarda de sus hijos menores a favor de la Sra. M. C. H.. ---------- La Sra. L. expresó que la guarda que concede es provisoria hasta que resuelva su situación habitacional. ---------- Con fecha 22/5/06 fue resuelto otorgar la guarda solicitada a la Sra. M. C. H.. ----------

---

--- El 30/11/06, la madre de los menores solicitó que cese la guarda manifestando que al momento de otorgarla se encontraba sin un techo seguro y con trabajo inestable y que le había conseguido trabajo en la empresa “Veraz”. ----------
--- A dicha solicitud se opuso la guardadora sosteniendo que, debido a su cuadro psiquiátrico, la madre no está en condiciones de brindarles a sus hijos un bienestar que favorezca su desarrollo sicofísico, su contención y la protección que ella les ofrece, acompañando a fs. 58, informe sicológico de la Lic. S. M. que se expresa respecto de la Sra. L. como una persona muy desorganizada, desorientada, que no se hace cargo de nada, agresiva, nerviosa e irritable y acta de junta médica del trabajo que indica sintomatología depresiva, angustia e insomnio. ---------- Es de destacar que la situación actual es que los menores están bajo la guarda de sus guardadores, por que se trata de una medida cautelar enmarcada en las denominadas medidas de protección de personas, razón por la cual dada su naturaleza es una medida netamente provisoria. ---------- Las familias son sistemas multiindividuales de extrema complejidad y toda decisión que se tome a su

respecto debe tener en cuenta el núcleo humano afectado, sus cambios, la influencia del proceso judicial y, muy especialmente, su situación actual (conf..: C.N.Civ., Sala “H”, E.D., 176-92, citado por Morello “El moderno derecho de familia”, Librería Editora Platense, año 2002, p. 2). ---------- Lo antes expuesto es decisivo para resolver el caso, y como ya se expresara, habrá de tenerse en cuenta que lo que se decidirá se encuentra siempre en el terreno de lo cautelar, considerando específicamente la situación actual, según surge de las actuaciones que se tienen a la vista, entre ellas el informe elaborado por el Equipo Técnico Interdisciplinario que obra a fs. 429/432 vta. ---------- Sobre dicho informe se deja constancia que si bien de las conclusiones surgiría que la Sra. P. L. se encuentra apta para asumir su rol de madre, no hay concordancia completa entre dichas conclusiones y su contenido (art. 82 de la ley 4347). ---------- En efecto, el Equipo Técnico Interdisciplinario expuso que “el estado de los niños da cuenta del conflicto de lealtades en el que se encuentran” y que “D. lo resuelve sin opción eligiendo las figuras guardadoras. Sin opción, dado que el niño no ha contado con un tratamiento terapéutico sistemático en donde pueda elaborar la situación traumática vivenciada, lo cual ha provocado que desaparezcan elementos de discriminación necesarios entre C. y su madre”. ---------- A su vez también surge de dicho informe que es necesaria la aplicación de algún programa de fortalecimiento del vínculo entre la Sra. L. y sus hijos para prevenir potenciales situaciones de maltrato, en razón de que la madre reconoce que la pelea entre hermanos le genera sensación de impotencia razón por la cual puso en práctica como criterios de crianza el “chirlo en la cola, grito, tirón de orejas y amenaza con el cinto”. ---------- También menciona el informe referido que “se evidencia un escaso contexto social como red de apoyo” con escaso apoyo institucional y que cuenta con un subsidio para el gas, mas que no se encuentra integrada en ningún plan social de trabajo o de promoción o fortalecimiento familiar, reconociendo por otro lado reacciones defensivas frente a falta de aceptación y reconocimiento por parte de la comunidad de Gaiman. ---------- De tal modo, surge claramente de la lectura detenida del informe de fs. 429/432vta. que sus conclusiones no se derivan naturalmente de sus considerandos, apreciándose una ausencia de correspondencia entre la fundamentación del informe y las conclusiones a las que arriba. ---------- Más aún, existe una notoria disociación entre la primera conclusión del punto 4 (fs. 432vta) y algunas de las restantes conclusiones. ---------- Por otra parte, aún si así no fuera, el informe en una de sus conclusiones asevera que la madre biológica de los menores C. se encuentra apta para asumir su rol (cfr. primera conclusión del punto 4 a fs. 432vta), pero no dice que ello sea lo más conveniente para los menores y hace una serie de observaciones que convierten casi en un exceso de optimismo a esa puntualización relativa a la progenitora. ----------

--- Es innegable además que el menor D. se ha negado sistemáticamente a volver con su madre, pudiendo puntualizarse entre otros actos de negativa, la situación violenta producida en la mesa de entradas de este tribunal al finalizar la audiencia de vista en esta Sala, cuando el menor lloraba amargamente y a grito alzado, negándose a volver a casa de su madre y abrazándose desesperadamente a su guardador. Es decir que el menor ha sido oído en el total significado de la palabra, pues no solo han sido escuchados sus palabras, sino también sus gritos y ambos señalan su intransigencia en la decisión de no volver con su madre a convivir. ----------

--- Por otro lado, y más allá de que la Lic. G. explicó que los sucesos denunciados a fs. 280/201 protagonizados entre D. y M., este último hermano de la madre, no son sino "juegos sexuales", lo cierto es que esa actividad de D. -a todas luces impropia- no fue controlada debidamente por la madre, siendo que en dicha ocasión ella era quien estaba a cargo. ---------- En resumen, lo que surge de las presentes actuaciones es que si bien existe una evolución de la Sra. L. en orden al cuadro depresivo que padeciera, como así también respecto a la valoración de los hechos victimizantes que sufriera su hijo D. (ver informe de la Lic. J. de fs. 62, el de fs. 82 de la sicóloga del ETI, el de fs. 255 de la Lic. F. G. T. Fs. 293/294 y de misma última pericia agregada), y en general respecto de la posibilidad de revincularse con sus hijos, no es conveniente para los niños restituir la guarda a la madre en esta oportunidad, por lo que se revocará la sentencia apelada. ----------

---------- Es que más allá del lógico deseo de la madre de volver a estar con sus hijos, este Tribunal tiene el imperativo legal de considerar en forma primordial el interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75 inc. 22 C.N.) y en tal sentido por todo lo expuesto no es esta la ocasión en que la restitución de los menores a su madre les favorezca en su desarrollo personal. Todo ello sin perjuicio de que por Primera Instancia se instrumenten las medidas necesarias a fin de continuar con el proceso de reacercamiento que se está llevando a cabo entre la madre y sus hijos. ----------

---------- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la Provincia del Chubut con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE:** ---------- Revocar la resolución apelada cuya copia obra a fs. 165/172, desestimando la restitución en esta oportunidad de los menores solicitada a fs. 125/132 de los autos principales. ----------

---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

----REGISTRADA BAJO EL Nº ____223_____ DE 2009. SIC. CONSTE. ----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA