Comodoro Rivadavia, de mayo de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados: **"D. F. s/Medida Cautelar", Expte no. 37/2010**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia No. 2(Expte no. 383/2009), por haber interpuesto la actora a fs. 72, recurso de apelación contra la resolución de fs. 68 y vta., que deniega la cautelar requerida.

I- En su memoria de fs. 78/81, se agravia porque sostiene no se tienen en cuenta los hechos denunciados. Relata la situación de riesgo en que se encuentra la menor de sus hijas. Invoca el informe no. 078/2010 del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I). Reitera que la madre de sus hijas tiene problemas de adicción que le impiden cuidar y proteger a sus hijas debidamente. Agrega que la resolución en crisis no contiene una exposición clara y concreta de los fundamentos en que la jueza apoya la decisión de rechazar la medida cautelar. Hace reserva del caso federal y de recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II- La pretensión del recurrente tiene su origen en la medida requerida a fs. 8/12, que tenía por objeto que: a) se brinde tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico a la Sra E. N. P., madre de sus hijas; b) en su caso, se incorpore a la misma a un programa oficial o comunitario de atención, orientación y tratamiento de adicciones, c) se otorgue provisoriamente la custodia de sus hijas N.D y K.D. a favor de la Sra. M. C. P., abuela paterna de las niñas.

El tribunal rechaza la medida requerida por el actor incidentista, decisión que es confirmada por esta Cámara de Apelaciones por la sentencia dictada

a fs. 57/60 de autos.

A fs. 66/67 vta., el actor solicita otra medida cautelar a fin que se le otorgue la custodia provisoria de sus hijas N.D. y K.D. Relata que la situación denunciada al inicio de las actuaciones permanece en el tiempo, reitera los problemas de adicción que aquejan a la madre de las niñas y situación de riesgo en que se encuentra la menor de ellas. Denuncia que su hija N.D. convive con él como surge de la documental de fs. 64., solicita la intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario a fin de que emita un informe sobre las condiciones en que vive su hija K.D. junto con su madre. Adjunta documental.

En respuesta, el tribunal dicta el proveído de fs. 68 que deniega la medida solicitada por el progenitor. La jueza funda la resolución en que las circunstancias denunciadas por el actor se limitan a invocar situaciones ya tenidas en cuenta en resoluciones anteriorires que no ameritan cambiar el criterio adoptado. Ordena al Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) la elaboración de un informe actualizado de la situación de ambas niñas y, dispone la implementación de las medidas ordenadas por la Cámara de Apelaciones en la sentencia de fs. 57/60 enunciada precedentemente.

El actor a fs. 72, apela la resolución que rechaza la cautelar requerida.

A fs. 74 se glosa la Nota n° 1372/09, firmada por las licenciadas E. G. A. y M. B. R. integrantes del ETI.

A fs. 76 y vta. se aduna el informe realizado por la Licenciada E. G. A..

Elevadas las actuaciones a esta alzada, se realiza la audiencia prevista a los fines del artículo 130 de la Ley III N° 21 (antes ley 4347) en la que es escuchado el Sr. D. y es entrevistada la niña N.D.

A fs. 105/107, la Sra Asesora de Familia e Incapaces emite dictamen y adjunta copia de los informes realizados por el ETI y por la Psicóloga V. F., cuyos originales se encuentran glosados al proceso principal por custodia -Expte no. 384/2009-, en trámite ante el Juzgado de Familia No. 2.

III- Realizada la reseña del caso, corresponde entrar al análisis de la cuestión venida en apelación.

Sostiene el recurrente que se omitió considerar los hechos de la causa. Al respecto, se advierte que la situación denunciada es el mismo conflicto familiar que diera origen a las actuaciones y que permanece sin solución, evidenciando las diferentes situaciones vivenciadas por el grupo familiar en continua lucha de intereses. Sin embargo, el cotejo de las pruebas e informes autos demuestra que determinadas circunstancias se han modificado, agravando la disfunción existente en los vínculos interfamiliares.

Más aún, se observa que la pretensión ha mutado, pues en el escrito de fs. 66 se peticiona la custodia provisoria de las niñas a favor del padre, modificando la petición en favor de la abuela paterna.

Surge de la documental adjunta que la niña N.D., la mayor de las hijas, se encuentra bajo la guarda del actor (fs. 64), permaneciendo con la madre la niña K.D. de dos años de edad, situación que al

momento de la realización de la audiencia de fs. 95 se encontraba vigente.

De la prueba colectada surge que la progenitora, E. P., no ha continuado con el tratamiento psicológico que se le brindara mediante profesionales de L. C., presenta serias dificultades en el desarrollo de su rol materno, demuestra una conducta poco reflexiva y, se insinúa que la misma tendría problemas de adicción al alcohol (nota e informe del ETI de fs. 74,76).

Las profesionales intervinientes, refieren a la situación de riesgo en que se encontraría la niña K.D. de continuar viviendo con su mamá, por los problemas de adicción que padece la misma y falta de mecanismos internos que le posibiliten procurar los debidos cuidados y protección a su hija. Se informa con relación a la niña N.D. que convive con su padre y abuela paterna, manteniendo una estrecha relación con esta última. Reiteran que a su criterio el adulto en mejor posición para el cuidado de las niñas es la abuela paterna.

La situación de vulnerabilidad personal de la Sra P. y dificultades detectadas en el desempeño del rol materno, se confirman a través del informe de la Psicóloga V. F. de febrero de 2010, que observa la incapacidad de la madre de reconocer su problema de adicción y actitud poco reflexiva sobre su conducta, conforme surge de la copia adjunta la Sra Asesora de Familia e Incapaces a fs. 102.

Asimismo, de la lectura de la copia adjunta del informe realizado por el ETI en los autos principales - Expte no. 384/09- se observa que las dificultades detectadas en la Sra P. en el cuidado de

sus hijas permanecen, agravándose la situación de abandono e higiene en que se encontraría la menor de ellas, como también, el hecho que continuas ausencias del hogar junto con la niña por varios días a pesar de la corte edad de la misma, la renuente actitud de informar los lugares frecuentados en dichas oportunidades, y la falta de seguimiento de las terapias brindadas, no reconocimiento a problemas de salud, todas circunstancias que impiden modificar conductas perjudiciales para el grupo familiar y la posibilidad de llegar a una solución del conflicto vigente (103/104).

Consta que en los hechos la niña N.D convive en la vivienda que ocupa su padre en el mismo terreno donde reside la madre con la niña K.D. en otra vivienda, ocupándose del cuidado efectivo de las niñas la Sra P. en virtud que el padre trabaja durante la semana en otra ciudad y los problemas de la madre para asumir la responsabilidad del cuidado de sus hijas.

Concluyen las profesionales integrantes del ETI que el adulto en mejores condiciones para ejercer la custodia provisoria de las niñas, es la abuela paterna quien conforme se adelantara es quien ejerce esa función, recomendación a la que adhiere la Sra Asesora de Familia e Incapaces en su dictamen de fs. 105/107.

Resumiendo, de lo expuesto se advierte la existencia de circunstancias que implican un agravamiento de la situación en que se encuentra la menor de las hijas, que pone en peligro su salud física y psíquica y el desarrollo integral como persona, la resistencia por parte de la madre a seguir con las terapias de apoyo que se le han ordenado y la falta de

reconocimiento de su dependencia al consumo de alcohol, continuas ausencias del hogar junto con su hija K.D. sin horarios y justificación, la carencia de mecanismos personales que habiliten superar la situación personal y propender al cuidado responsable de sus hijas, el hecho que la mayor de las niñas permanezca conviviendo con el padre y al cuidado de la abuela siendo ésta quien alimenta y baña a la niña K.D. durante el día a pesar que convive con la madre en la vivienda que ocupan al frente del mismo terreno en el que vive el padre.

Los niños son sujetos de derecho siendo responsabilidad de la familia en forma prioritaria asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, entre ellos, el derecho a la salud, integridad y desarrollo personal, etc. (Ley 26061. Convención sobre los Derechos del Niño). Es deber del Estado procurar la protección de dichos derechos, como asimismo, el garantizar el respeto por el principio del interés superior del niño.

Como se ha señalado en otros pronunciamientos en esta misma causa, es deber de los jueces extremar la prudencia al disponer este tipo de medidas a fin de no alterar en demasía la situación habitual de los niños, pues la misma reviste el carácter de cautelar y no consiste en el otorgamiento de la tenencia definitiva de los niños ni la modificación de algún régimen previamente acordado, sino de evitar la afectación a la integridad física o psíquica de los infantes involucrados. (Ver: Guahnon Silvia V. " Medidas Cautelares en el derecho de familia" pág 201. Editorial La Rocca. Junio de 2007).

Teniendo en cuenta que como bien apunta la

Sra Asesora de Familia e Incapaces, debe primar el interés superior del niño sobre otros intereses, incluido el de los propios padres debiéndose estar a la real situación de los infantes, no es posible soslayar que hay un hecho reconocido y constatado por todos los operadores que intervinieron en el caso, que es que la persona adulta que se ocupa en forma efectiva del cuidado y protección de las niñas N.D y K.D. es la señora M. C. P., abuela paterna de las mismas, en el domicilio que ocupa junto con su hijo, F. D..

Esta situación fáctica es la que surge de autos, hasta el punto tal que las profesionales del ETI como la Sra Asesora de Familia e Incapaces, dictaminan que el adulto en mejor posición de ejercer la custodia provisoria de las niñas, es la abuela paterna.

Por ello, a la luz de las pruebas rendidas en autos, las recomendaciones realizadas por las profesionales actuantes, la situación en que se encuentran las niñas, en virtud que otorgar la custodia provisoria a favor de la señora M. C. P.
significa reconocer las circunstancias de hecho existentes, sin alterar la situación habitual de las niñas, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta en forma prioritaria aún en perjuicio de sus progenitores, se concluye que la opción más beneficiosa para las infantes es la propuesta por la Sra Asesora de Familia e Incapaces, sobre todo teniendo en cuenta el carácter provisorio de la medida y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo en la causa principal.

. Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial

donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos de derecho incluso llegado el caso, de los padres. Pues el niño es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a los de sus mayores (del voto de los Señores Ministros Dres Carlos Fayt, Raúl Zaffaroni y Carmen Argibay . citados en:CSN 13/03/2007. Fallos 330:642. A.F La Ley 2007-B-686).

Por ello, conforme los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar parcialmente al recurso del actor y revocar la resolución de fs. 68 en cuento fuera materia de recurso. Otorgar la custodia provisoria de las niñas N.D. y K.D. a favor de la abuela paterna, Sra M. C. P., hasta tanto se dicte sentencia definitiva en los autos principales- Expte no. 384/2009-; debiéndose tomar las medidas necesarias para que la Sra P. continúe en comunicación con sus hijas

Atento el modo de resolver la cuestión, las costas de la alzada se imponen por su orden. Los honorarios de regulan teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, etapa cumplida, labor desarrollada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts 5,7, 32, 13 y ss ley XIII N°4).

Por ello, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción de la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1).- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el incidentista y revocar la resolución de fs. 68 en cuanto fuera materia de recurso.

2).- Otorgar la custodia provisoria de las niñas N.D y K.D a la Sra M. C. P. conforme los considerandos pertinentes.

3).- Establecer un régimen de comunicación entre la Sra P. y sus hijas.-

4) Costas de la alzada por su orden. Regular los honorarios de la Dra. L. F. M. en la suma de pesos cien ($ 100).-

5) Notifíquese, regístrese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia al señora Juez de Cámara Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y concordar en la solución del caso (Ley V-17 DJ y art. 274 CPCCCh).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2010

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS