--- Trelew, de septiembre de 2.010.-

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 414/417vta, la apelación de fs. 428 concedida a fs. 429 en relación y el memorial de fs. 442/448vta; y ----------

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

--- **I.-** Que por resolución de fs. 414/417vta el juez "a quo" decidió no hacer lugar a lo peticionado por el Dr. N., apoderado del Sr. C., y ordenó librar oficio al H. de N. de Trelew para que el E. de H. realice informes mensuales en relación al menor en cuestión y su vinculación con los progenitores. ---------- Para decidir así, sintéticamente, el magistrado actuante consideró que: a) el acuerdo que menciona el Dr. N. (entre el Servicio de Protección de Derechos de Trelew, la Asesoría de Familia e Incapaces accionate y el recurrente) no fue homologado, y ello no fue cuestionado; b) los hechos de autos, desde octubre de 2007 hasta el presente, ponen en evidencia que las partes no interpretan de la misma manera las pautas estipuladas en el acuerdo (fs. 205/vta), cuya ejecución se solicita, el Dr. N. manifestó en la audiencia del 24 de noviembre de 2009 que no se cumplió el acuerdo por que la familia no tuvo un operador convivencial durante la mañana y a la tarde, como se firmó, y los profesionales del SPD manifestaron que los operadores visitan la familia y los orientan, pero no permanecen con ella; c) ello se reitera en el pedido del Dr. N.: operadores convivenciales en horarios diurnos y que el niño sólo pernocte en el H. de N. (fs. 407); d) el Dr. N. sostiene, dice el magistrado de grado, que las acciones en el marco de políticas públicas del Estado deben en todos los casos lograr los cambios deseados en las familias para que no se vulneren los derechos de los niños (transformar en apto lo inepto, capaz lo incapaz); e) la conducta del Sr. C. y su apoderado ha sido obstruccionista (no se presentó a la evaluación de psicodianóstico, solicita la entrega del niño a sus padres mientras que la Sra. L. nada ha pedido, y hay constancias de que ésta ha debido alejarse del Sr. C. por episodios de violencia). ---------- Concluye el juez "a quo" que, en función de los arts. 3, 7 y 9 de la Convención de Derechos del Niño y la ley 4347, no se encuentran dadas las condiciones para cumplir con la entrega del menor C. a sus padres, los progenitores no han demostrado responsabilidad para brindar contención, afecto y respeto a su hijo, a pesar de las medidas de orientación, capacitación y acompañamiento. ---------- **II.-** Contra esta medida se alza el Dr. N. a fs. 428. En su memorial de agravios, en lo pertinente, expresa que: a) el magistrado –dice– no aplica la ley 26.061, que es de orden público y aplicación obligatoria, los derechos y garantías de esta ley y los establecidos por la ley III nº 21 son irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles; b) el art. 76 de la ley 26.061 derogó el patronato de menores; c) no se respeta la bilateralidad del proceso, por cuanto afirma que el juez "a quo" dice que el acuerdo no se homologó, pero reconoce que participaron todas las partes y que en su cumplimiento se externó el menor en cuestión, para luego intimar al S. que cumpla con el mismo sin dar

posibilidades a su parte de reclamar nada porque no lo ha homologado; d) el juez "a quo" cuestiona la estrategia de la familia C.-L., incluso a través de una integrante de la propia familia, para salvar al menor de la adopción que se pretende encubrir; e) con la resolución cuestionada se pretende que su parte entienda que un operador convivencial no lo es, sino que debe limitarse a visitar a la familia y decirles como tienen que tomar decisiones; f) se ha incorporado al acuerdo en cuestión que la familia cuente con un referente real, no ficticio como interpreta el magistrado de grado; g) no se pueden juzgar las conductas de los padres que no están sujetas a juzgamiento, ya que –dice el recurrente– no se discute la capacidad o no de la familia para ser padres; h) la decisión cuestionada tiene una mirada asistencial pero a la vez represiva hacia los integrantes de la familia y descarga sobre los propios afectados la culpa de su situación de carencia; i) el magistrado tiene responsabilidad indelegable de controlar y garantizar el cumplimiento de políticas públicas con carácter federal (invoca el art. 5º de la ley 26.061) y su omisión deviene en un acto contrario a los derechos fundamentales de los niños; j) no debe confundirse e interpretarse la conducta desplegada por el Sr. C. con la del apoderado, la afirmación de que se trata de un proceso arbitrario basado en una legislación derogada no es obstruccionista –dice el recurrente– sino defender los derechos humanos. Por último hace "reserva" del caso federal y peticiona que se haga lugar a lo peticionado. ---------- **III.-** Así planteado el recurso, no puede prosperar. ---------- 1. Antecedentes. Se realizó un acuerdo entre las partes de autos a fs. 202/vta, en el marco del art. 37 de ley 26.061 y 59 de la ley 4.347, para establecer un plan de acción que descomprima las pretensiones y conflictos de intereses por un plazo de noventa días, lo que así se dispuso (fs. 204). Ese plan de acción fue modificado cuando la situación de hecho cambió (fs. 209/201) y originó pedidos de informes actualizados a los operadores convivenciales y a los agentes sanitarios asignados a la familia C.-L. (fs. 212). La forma en que se implementó ese plan de acción, ya por parte de los organismos públicos, ya por parte de las propias partes involucradas, derivó en la intimación del juez "a quo" para que se adopte desde el S. las medidas conducentes para tutelar al menor en riesgo (fs. 279). Con posterioridad se produjo la internación voluntaria del menor por parte de sus padres, en el Hogar (fs. 288/vta) y su internación en el hospital por intoxicación (fs. 289/va), lo que derivó en la decisión del magistrado de grado de ordenar el alojamiento del menor en el Hogar (fs. 293), decisión que se hizo efectiva (fs. 311). ---------- La permanencia de las circunstancias que originaron la presente causa, motivaron a la Asesoría de Familia e incapaces peticione la inclusión del menor C. en el programa multifamilias (familias solidarias) como alternativa a la internación de autos (fs. 347/348); lo que fue despachado (fs. 349) y contestado favorablemente (fs. 355). -------

Frente a esta posibilidad concreta, presentó la defensa un pedido de nulidad, la inmediata entrega del menor a sus padres por vencimiento de las medidas e inactividad del Estado y se tenga presente la privación de la libertad del menor (fs. 358/360), y, como alternativa, que el menor sea entregado a un familiar del Sr. C. (la hermana) (fs. 364/365). También presentó la defensa un pedido de habeas corpus (fs. 369/vta). La nulidad se rechazó (fs. 391/392). Asesoría de Familia e incapaces dictamina que no se encuentra dadas las condiciones para la restitución del menor a su familia (fs. 402). La defensa vuelve a plantear una medida cautelar y la ejecución del convenio de fs. 202 y peticiona nuevamente la restitución del menor a sus padres (fs. 405/408). El rechazo por parte del juez "a quo" (fs. 414/415vta) y el recurso de la defensa es lo que genera la intervención de esta Alzada. ----------

--- Queda claro así cuál es el camino y las alternativas del caso. ----------

--- 2. Petición y sentencia. En la presentación de fs. 405/408, se pide una medida de protección contra la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia (Ministerio de Familia, PEP) y contra el S. de Trelew, "para obtener la materialización del acuerdo arribado por las partes y homologado judicialmente". ----------

--- Ahí se denuncia el incumplimiento de los "compromisos" que detalla ("2 operadores convivenciales, por la mañana y por la tarde", etc.) (fs. 405vta) por parte del organismo administrativo pertinente; y se reconoce que la familia C.-L. "padece algunas problemáticas que merecen atención (fs. 406, párr. 2º); y se expresa que el Estado ha abandonado a estas personas (fs. 406, párr. 3º). ----------

--- En ese contexto se "solicita el dictado de las medidas expeditas y eficaces" procediendo a disponer la entrega del menor a sus padres en forma paulatina y con control de operadores convivenciales, que los mismos acompañen diariamente en horario diurno y que el menor sólo pernocte en el Hogar de Niños hasta la implementación de las medidas de protección que requiere (fs. 407). ----------

--- Solicita, como medida complementaria, la intervención de operadores del SPD que no hayan actuado con el fin de que sugieran cuáles son las medidas de protección más adecuadas a dictarse (fs. 407/vta). ----------

--- A fs. 412 obra la vista evacuada por la Asesoría de Familia e Incapaces, donde se indica que: se pretende hacer cumplir un acuerdo suscripto en octubre de 2007 y a la par se pide la inmediata restitución del menor a sus padres; el apoderado del Sr. Cruz pudo haber impulsado en este tiempo su cumplimiento; la familia C.-L. presenta disfunciones en su interacción que no evidencian una posibilidad de cambio, más allá del acompañamiento que se les pueda brindar desde el Estado; y, por último, en relación con la medida de restitución del menor, ya se ha expedido el Ministerio (fs. 366/367) por la negativa. Aconseja no hacer lugar a lo peticionado. ----------

--- En este contexto se dicta la sentencia que se examina a instancia del recurrente. -----

--- 3. Audiencia. Llegados los actuados a la Alzada, se realizada con los apoderados de las partes, el Asesor de Familia e Incapaces y los equipos técnicos interdisciplinarios

intervinientes (fs. 457), así como de la audiencia efectuada con las partes (fs. 458), surge evidente que –conforme las distintas opiniones de los profesionales del E. H. y E. Poder Judicial– la familia C.-L. no se encuentran en condiciones hacerse cargo del menor C., conformando un marco de contención psicosocial sin riesgos. ---------- Explican los profesionales que la Sra. L. "se pone violenta, llora, depende de si está medicada o no". A ello la Dra. B. (su curadora desde hace más de un año) contesta que la Sra. L., en efecto, debe concurrir al centro de día para tomar la medicación (psiquiátrica), y cuando ella no asiste va a buscarla una ambulancia, pues hay un sistema de seguimiento. ---------- La médica psiquiatra (Dra. S.) explica que la Sra. L. presenta un déficit mental intelectual, que requiere tratamiento para mantener su conducta en equilibrio, que ello no afecta su relación con el menor (lo que queda en evidencia, afirma su curadora, por el diálogo diario que mantiene con la misma y la actitud hacia el mismo). Agrega la profesional que aisladamente no es un problema sino por el contexto ("el entorno no le es favorable"). Desde el hospital se han informado, dice la Licenciada, que la Sra. L. ha ingresado en situaciones de desequilibrio, alterada, y debe ser internada. ---------- Ante estos informes, se pregunta, expresamente, cuál sería la situación de la Sra. L. si se reintegra el menor a ese entorno, a lo que contesta la psicóloga que sería de riesgo, implica una situación de stress que no puede controlar. ---------- Explica la Dra. B. (curadora) que los problemas de convivencia de la Sra. L. y su repercusión han sido puestos de manifiesto en la insania, pero la pareja se reconcilia y retoman la convivencia. Los integrantes del E. explican que, después de los episodios violentos, concurre a los hogares y al hospital, porque se encuentra sola y no tiene quién la contenga y sabe que en estos lugares no la agraden. Ella, agregan, desde el nacimiento del menor C. tiene una relación de dependencia de su pareja. ---------- En relación con el menor, los integrantes del E. explican que su etapa evolutiva va a cambiar a partir de los cinco años, y que hoy tiene un retraso en el lenguaje y madurativo, que han sido atendidos pero en forma tardía, pero no es el único menor, más allá de su situación personal, pues comparte el hogar con otros niños y con el tiempo no es favorable su permanencia. ---------- Frente a las conclusiones de los presente en la audiencia de fs. 457/vta, el Dr. N. propone como alternativa que el Estado asuma su responsabilidad, haciendo operativos los programas de asistencia para que la familia pueda ejercer sus derechos; y que, agotados estos recursos, si la situación no se modifica, deberá reconocerse que no hay "familia" (funcional). A ello contesta la Dra. S. que por las características del Sr. C. (psicopático y manipulador) no habrá programa público que

pueda cambiar su situación de hecho; y quedará el interrogante, agrega, de cuándo deberá cesa la intervención del Estado, a lo que el Dr. N. contestó que ese es el desafío del Estado y la ley nacional prevé el procedimiento. ---------- Los elementos aportados por la audiencia se corrobora con las constancias de la causa (vista de fs. 236, en relación con los informes de fs. 55/56 y 155 y el informe del SDP de fs. 117, el informe del médico psiquiátrico de fs. 154/155, el informe de fs. 272, el informe del Centro de Salud de fs. 280/vta, y el informe del ETI de fs. 337), en tanto se puede inferir que la Sra. L. no está en condiciones de ejercer el rol materno que se reclama desde su defensa y el Sr. C. no presenta una personalidad tal que garantice una convivencia del menor con su familia, sin riesgos. ---------- **IV.-** En este marco, frente a las alternativas que propone el recurrente y la situación que ha sido observada, tanto en relación con los involucrados como del desarrollo del proceso, cabe advertir que en toda decisión que se adopte sobre las cuestiones de autos debe darse prioridad al interés del menor. ---------- Así lo tiene dicho la jurisprudencia: "el interés superior del niño puede ser definido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizando en concreto; la atención primordial al interés superior del niño a que alude el art. 3º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Al interpretar el mentado artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que la expresión "interés superior del niño" implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida del menor (28/08/2002, opinión consultiva OC 17/2002)" (Cám. de Apelaciones de Morón, Sala 1ª, sentencia del 29/12/2005, en la causa " L.I.I. s/ Art. 10 Ley 10067" (JUBA sum. B2300846). Tal criterio del interés superior del niño, por lo demás, ha sido conceptualizado por la ley 26061 de 2005, como la "máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley" (art. 3º 1er. párrafo). ------ 1. Por ello, al respecto debe tenerse presente que las distintas decisiones del magistrado de grado, desde aplicar el acuerdo de partes, la externación del menor, la nueva internación del mismo y la de incluir al menor C. en el programa de familias alternativas o solidarias, son medidas que han tenido por eje el interés superior del menor en riesgo. ---------- Es en el marco de la ley 26.061, precisamente, donde debe buscarse la solución al entuerto planteado, desde los hechos, por la defensa. La ley 26.061 establece en el art. 5º, que las políticas públicas de los organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de los menores (interés superior), no otra cosa; y ello implica, entre otros

aspecto, una prioridad en la exigibilidad de protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos (inc. 2º). Es desde esta óptica que debe interpretarse lo dispuesto en el art. 7º de la misma ley, en relación a la responsabilidad y obligación de los padres en el rol familiar y respecto del deber de los organismos del Estado de asegurar políticas, programas y asistencias apropiados para que los padres asuman esas responsabilidades y obligaciones. ---------- En suma, no hay derechos absolutos sino prioritarios y, junto a las garantías, deben interpretarse en forma integral, de modo que en todo conflicto donde estén en juego los intereses de los menores y los de los padres, deberá resolverse a favor de los menores. Los paliativos estatales para que los padres puedan ejercer sus derechos y obligaciones con responsabilidad, tienen este límite y sólo se justifican si, en concreto, favorecen –y en tanto favorezcan– los derechos de los menores (doc. art. 29, ley 26.061). ---------- En función de los hechos de autos, peticionar otra cosa es quitar de quicio el problema del menor en riesgo. ---------- 2. En orden a lo que se viene examinando, debe tenerse presente, también, que las medidas de protección del art. 33 de la ley 26.061 tienen por finalidad preservar o restituir a los niños el ejercicio de sus derechos vulnerados. La norma es clara en cuanto se trata de los derechos de los niños y no de sus padres. En la pugna entre el derecho de los padres a la custodia de sus hijos menores y el bienestar de éstos, debe preponderar el último, pues se trata nada menos que del interés superior de los niños, quienes deben ser considerados como sujetos de derecho y no cual objeto de derechos de los adultos (art. 3, inc. "a" de la ley 26.061 y pto. 2º, inc. "b" de la Reglamentación de la ley 4.347, Anexo I del Dec. 1631/99; Corte Suprema de Justicia, Fallos 310:2214, in re " Scaccheri de López" de 1987). Esta Sala tiene dicho que planteado el conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otro derecho legítimo, deben prevalecer los primeros, por expresa disposición del art. 3 "in fine" de la ley 26.061 (causa nº 581/09, SDF. Nº 1/10). ---------- Y prevé el art. 35 de la ley 26.061 que se aplicarán "prioritariamente" (no con carácter absoluto) medidas que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares, y cuando la amenaza o violación de los derechos de los menores deriven de situaciones socioeconómicas de la familia ("materiales, económicas, laborales o de vivienda") se dispondrán programas de ayuda con miras al mantenimiento y fortalecimiento familiar. Medidas éstas que, como se reseñó precedentemente, han sido adoptadas en concreto (art. 37, ley 26.061; acuerdo de fs. 202); y, no obstante, no han arrojado resultados positivos, pero por las propias carencias o insuficiencias de la personalidad de los padres del menor en cuestión. ---------- En el contexto de autos, se justifica la decisión del juez dada en la resolución de fs. 414/418 que se examina. Canaliza las decisiones adoptadas hasta el

presente, en forma progresiva, el carácter excepcional que prevé el art. 39 de la ley 26.061, en tanto que de las constancias de autos reseñadas surge manifiesto que el interés superior del menor en riesgo exige que el mismo no permanezca en el ámbito familiar. ---------- En todo caso, dichas medidas, si bien deben ser "limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen", deberán canalizarse en los términos del art. 41 de la ley 26.061. ---------- 3. La decisión no se modifica si se analiza a la luz de la ley III nº 21 (antes ley 4.347). En efecto, en el art. 6º la ley III nº 21 establece que es primordial el interés superior de los niños en todas las medidas concernientes a ellos. También prevé en el art. 25, que los niños tienen derecho (se insiste, no absoluto) a la convivencia dentro de su núcleo familiar, y sólo excepcionalmente en otros núcleos familiares. Establece la norma provincial en el art. 26 que las carencias socioeconómicas no serán causa de separación de los niños sino que deberán preverse programas de asistencia y orientación. Y, en particular, respecto de las medidas de protección, la ley III nº 21 establece en el art. 56 (al igual que la ley nacional) que las mismas son limitadas en el tiempo y durarán mientras subsistan las causas que las originan, y respecto de su aplicación prevé el art. 58 que deberá tenerse en cuenta las necesidades de los niños, "prefiriéndose" (esto es, entre alternativas viables optando por) aquellas que tengan por objeto el fortalecimiento de los vínculos familiares. Tales medidas son las que, con carácter enunciativo, dispone como posibles el art. 59 de la ley III nº 21. ---------- **V.-** La aplicación concreta de esta legislación: ley 26.061 y ley II nº 21, en función de los hechos reseñados, permite verificar la razonabilidad de la medida adoptada en la instancia de grado. Es criterio de esta Sala (SIC. Nº44 de 2.010, en la causa "C. F. E. s/ actuaciones ley 26.061", expte. nº 256/2.010-CAT; coincidente con la SDC. Nº19 de 2010, voto del Dr. López Mesa en la causa "L. C. S. c/ A. SAIC s/ Cobro de pesos", expte. nº 149/2.010-CAT) que, en la interpretación de la ley, debe buscarse siempre una solución valiosa de las normas aplicables al caso, lo que implica evitar darles aquél sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (con cita del "leading case" de la Corte Suprema, del 19/9/1864, in re "Calvete, Benjamín", Fallos 1:300; entre muchísimos otros). ---------- Por ello, se agrega en los citados fallos "C." y "L. C." de 2010, que una de las pautas más sensatas para comprobar el acierto del criterio extraído de la norma es si el mismo conduce a una solución razonable en el caso, puesto que la aplicación de una norma nunca puede hacerse de un modo no razonable y que conduzca a resultados injustos. La verificación de los resultados a que conduce la exégesis de una norma y las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley, son presupuestos para llegar a su correcto entendimiento (CS, "Pagano" de 1983, Fallos 305: 1254). ---------- El análisis de los informes existentes en la causa, así como lo informado "in voce" en la audiencia respectiva por los profesionales del E. convence

de que, a la luz de las actuales circunstancias y condiciones de sus padres, reintegrar al menor al seno de su familia no sería precisamente, en este caso, priorizar su interés superior. Por el contrario, se aprecia que lo planteado por el apelante es inviable e insostenible y que el menor debe ser preservado de las contingencias y peligros que el retorno a convivir con sus padres, en las concretas condiciones del caso, le provocaría. ---------- Echa a verse de todo lo expuesto, que el acotado y reiterado rol en el que la defensa pretende encorsetar la aplicación de la "Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" (ley 26.061), o de la ley local denominada "Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia" (ley III nº21, antes ley 4.347), no se compadece con los hechos que surge de las constancias de autos. ---------- Amén de lo expuesto, cuadra poner de resalto que la obligación del Estado de arbitrar los medios para que los padres puedan ejercitar sus derechos es, contrariamente a lo sugerido por el apelante, una obligación de actividad, diligencia o de medios, en el seno de la clasificación célebre que se adjudica a Demogue, pero que reconoce antecedentes previos. Y, es sabido, en esta clase de obligaciones quien tiene el débito queda desobligado cuando los medios a disponer son desproporcionados con los resultados a obtener o, peor aún, de dudosa eficiencia para obtenerlos, como parece ser el caso de autos (conf. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, "Las obligaciones de actividad y resultado", Ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 124). ---------- Corresponde, por lo tanto, rechazar el recurso y confirmar la resolución de grado en lo que ha sido objeto de agravios. ---------- **VI.-** Las costas se impondrán al recurrente perdidoso (art. 70, ley III nº 5; antes art. 69, C.P.C.C.). En consideración a la importancia y extensión de las labores desarrolladas en la Alzada, carácter con que se actúo, las etapas cumplidas y el resultado obtenido, se regulan los honorarios del Dr. R. E. N. en la suma de $60 (arts. 5, 8, 29, 32 de la Ley de Aranceles; art. 59, ley V nº 90, antes ley 4.920). --

--- Se deja constancia que la presente se dicta por dos miembros del tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 8, Ley V Nº 17, antes art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550).---

--- Por ello, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

--- Confirmar la resolución de fs. 414/417vta. ----------

--- Imponer las costas al recurrente perdidoso. ----------

--- Regular los honorarios del Dr. R. E. N. en la suma de $60. ----------

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

REGISTRADA BAJO EL Nº __50___ DE 2010 – SIF.- Conste.-

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA