Puerto Madryn, Diciembre de 2010

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

Estos autos caratulados: **"Legajo de copias en autos: A.F.I. S / Medidas de protección (de A. J. J.) (Expte N° 147/2010)", (Expte. 215 - Año 2010)** venidos del Juzgado Familia N° 1, por haberse interpuesto a fs. 323 y 327 del expediente, recurso de apelación contra la sentencia de fs. 303/308.

**I.** A fs. 303/308 la Sra. Jueza de grado resuelve disponer el alojamiento provisorio de la niña A. J. en el Mini Hogar de esta ciudad por el lapso de cuatro meses.

La Sra. E. R., progenitora de la niña, se agravia con la medida dispuesta por la *a quo*. En su memorial de fs. 340/344, refiere que dicha medida no obedece a directivas legales respecto del fortalecimiento y sostenimiento del vínculo familiar y en tanto no responde al criterio de última ratio que implica agotar, por imperativo legal instancias menos gravosas y previas a la institucionalización de un niño. Señala que, al tiempo de disponerse la internación de la niña, A. se encontraba protegida y cuidada por ella, de todo lo que dan cuenta los informes agregados en el expediente. Indica que no surge de la sentencia impugnada que se hayan agotado las estrategias que disponen la Ley III Nº 21 y la Ley 26.061, avanzando directamente hacia la institucionalización de A. en el Mini Hogar. Cita doctrina y jurisprudencia.

El progenitor, Sr. E. J., por su parte, apela junto a su letrada a fs. 327, fundando su memorial a fs. 346/358. Agravia a esa parte la sentencia dictada por la *a quo* a fs. 303/308, puntualmente en el punto 1º de la misma que dispone el alojamiento provisorio de la niña en el Mini Hogar de esta ciudad por el lapso de cuatro meses. Aduce que la Magistrada omite valorar cuestiones que resultan relevantes a fin de tutelar los derechos de

su hija, considerando que la sentencia se aparta del interés superior de ésta. Refiere que durante la tramitación del proceso se ordenó su exclusión del hogar, como así también que tanto él como la progenitora de A. realicen tratamiento psicológico, medidas que él ha cumplido íntegramente, habiendo acreditado en autos tales circunstancias. Expresa que de las constancias de autos se desprende que la Sra. R. se encuentra cumpliendo con todo lo sugerido por la *a quo*. Indica que el Servicio de Protección de Derechos no acompañó ni siguió al grupo familiar, habiendo omitido tal falencia la Magistrada al momento de disponer la internación de la niña. Cita leyes nacionales, provinciales y tratados internacionales. Pone expresamente de manifiesto que A. se encuentra bien cuidada y protegida, en un marco de contención familiar, y muy aferrada a sus padres.

A fs. 378/381, la Asesoría de Familia e Incapaces contesta los memoriales presentados por las partes. La AFI al responder, hace especial hincapié en el carácter excepcional y transitorio de la medida dispuesta y sus argumentos se apoyan en las pruebas incorporadas al expediente.

**II.** Los agravios de los padres, convergen en la institucionalización de la niña y se sostienen en similares argumentos, por lo que se tratará la cuestión conjuntamente.

El legajo de copias, formado en la anterior instancia, contiene las pericias psicológicas realizadas a la menor y su grupo familiar. Las mismas son el resultado de la evaluación de distintos profesionales, que integran los organismos con competencia en la problemática en la que ha quedado inmersa la niña.

Por otro lado, este Tribunal cuenta con los CDs de la Cámara Gesell realizada a la niña, donde en forma clara y concreta ha descripto las conductas reprochadas a su progenitor y la actitud que asume su madre. Deberá recordarse en esta instancia que tales conductas han derivado en causas penales que se encuentran en plena etapa de investigación, lo que no

puede ni debe ser obviado al tiempo de resolver las apelaciones deducidas. Así se informó en la audiencia, que a más de la que tiene como imputado al padre, se dispuso la apertura de la investigación por el delito de encubrimiento a la madre y a la hermana mayor de la niña.

Si el fin perseguido por la medida dispuesta, consiste en preservar a la menor de los riesgos a lo que se encuentra expuesta, no es desatinado provocar la separación de la niña, sobre todo en un plano estrictamente precautorio, sustentado en elementos de juicio presuntivos, que, por definición, carecen de exhaustividad.

Esto es así, básicamente, porque como lo ha sostenido la CSJN *"...la función ordenadora debe desplegarse con presteza... y también con prudencia, ya que posponer la cautelar a las resultas de una investigación previsiblemente prolongada podría importar una desafortunada contribución institucional a la consolidación de un perjuicio irreparable. Por otro lado, si el objeto de la gestión del tribunal se orientara a la realización de un diagnóstico, su práctica fructífera será probablemente inviable, si el niño continuara en contacto con el supuesto agresor..."* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/10/2010, G., M. S. c. J. V., L., LA LEY 19/11/2010, 19/11/2010, 7 - LA LEY 01/12/2010, 10, con nota de Néstor E. Solari; AR/JUR/64441/2010. Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

Consideramos que no puede otorgarse viabilidad a la revocación de la medida porque se estaría escindiendo del objeto protectorio de la misma que no es otro que el interés superior del niño. Como lo ha sostenido el STJCH *"...dicha regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera 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 como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. El niño, desde el punto de vista del derecho es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con,*

*pero no se reducen a los de sus mayores..."* (STJCH en autos: M., R. I. y Otra s/ Adopción, Expte. Nº 21.797-M-2009, Id. V., F. M. s/ Adopción Simple", Expte. N° 19.520-V-2004, S.D. 09/S.R.E./05, Tal criterio es mantenido por la Corte en las causas "M.D.H. c/ M.B.M.F.", 29/04/08, Fallos, 331:941, en "A.F.", 13/03/07, Fallos, 330:642, "A., C. c/ D. C., M. A. – D., G. N.", 17/04/07, Fallos, 330:1671 y "S.,C. s/ Adopción", 02/08/05, Fallos, 328:287).

Los Arts. 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen la protección de todos los niños contra toda forma de "...abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación... mientras se encuentren bajo la custodia de los padres...", agregando que los niños solo podrán ser privados permanentemente de su medio familiar cuando su "...superior interés exija que no permanezcan en ese medio..." debiendo garantizar "...otros tipos de cuidado para esos niños...".

El Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires tiene dicho: "*que la atención primordial al interés superior del niño a que alude el Art. 3 de la Convención 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 menor".* (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, autos: "R., J. M;; y otros s/ protección de persona" 22/10/2010).

Si bien es cierto que el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños no deben ser separados de sus padres en contra de su voluntad, también lo es que existe, como ya se ha puesto de relieve, un interés superior del niño (Art. 3 de la CDN), que impone dicha separación cuando éste sea objeto de descuido por parte de sus progenitores (Arts. 3º y 9º de la CDN).

En igual sentido la Corte Internacional de Derecho Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2002 ha expresado que "*es preciso resaltar la particular atención que tiene este interés superior del niño, en la medida que para su efectiva*

*tutela" "...es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en que se hallan los niños..."* (C.I.D.H., Opinión Consultiva 17/2002 del 28/8/2002, párr. 61).

Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que "*garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención*" (Fallos: 318:514) (conf. C.S.J.N., 02-12-2008, Fallos 331:2691; L. L. 2008-F, 705).

La Corte ha indicado, asimismo, que los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño *"estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente"* (Comité, Observación general Nº 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365). (C.S.J.N., 16/09/2008, , Expte. G. 617. XLIII, L. L. 2009-A, 450).

No es posible dar contenido concreto a la fórmula genérica del "interés superior del niño" si no es analizando cada caso en particular, porque precisamente la consideración del niño como persona, sujeto de derechos, exige atender a sus circunstancias particulares.

Los informes psicológico y social que se incorporaron al expediente, son la prueba suficiente y eficaz para tener justificado con el grado de certeza que exige este pronunciamiento, que la niña no tiene adecuado resguardo, dentro de su núcleo familiar.

En la audiencia celebrada en la sede de esta Cámara, se advirtió una marcada negación de la Sra. R. a la situación que vive la familia,

persistiendo en los mismos razonamientos que exculpan al progenitor y que fueron evaluados por los profesionales como perniciosos para la niña.

Si bien es cierto lo dicho por ambos apelantes, en relación a que la internación se debe tomar en última *ratio*, consideramos que la Magistrada contaba con elementos claros y objetivos, para adoptar la medida que tomó.

*"Según el art. 39 de la Ley 26.061, las medidas excepcionales de protección serán adoptadas cuando el interés superior del niño exija que no permanezcan en su núcleo familiar. El decreto reglamentario 415/2005 establece que se entenderá que el interés superior del niño exige esta separación cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del niño y/o cuando él fuera víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible la exclusión del agresor"* ("Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" Análisis de la Ley 26.061, artículo de Laura Rodríguez y Ernesto Blanck, pág. 197).

Del informe realizado por las integrantes del ETI, Lic. C. F. y Lic. G. R. de fs. 299/301 surge: "A nivel familiar no se advierten actitudes de contención emocional que permitan elaborar las situaciones traumáticas relacionadas a las secuelas psicológicas mencionadas por la Lic. S. a fs. 235. Por el contrario se vislumbra que existen conductas manipulatorias respecto a lo que la niña podría expresar espontáneamente, manifestando incluso cierto grado de molestia ante los requerimientos judiciales necesarios para clarificar la situación e implementar medidas de resguardo hacia su hija". Concluyen en que "La falta de apertura, disposición y acompañamiento familiar imposibilitan establecer condiciones indispensables para llevar a cabo el tratamiento psicoterapéutico que A. requerirá, para poder sobreponerse al estado que actualmente presenta".

Conforme las constancias del expediente, se procuró la adopción de medidas alternativas a la internación de la niña, sin éxito (v. 299/301).

En relación al agravio del Sr. J., respecto a que la Magistrada omitió tener en cuenta las falencias en el seguimiento y acompañamiento del Servicio de Protección a la madre, no son cuestiones que debía evaluar en ese momento la *a quo.* Ésta debía tomar una decisión para proteger a la niña en base a los informes y pericias que constaban en el expediente, y fue lo que hizo. Todo ello, sin perjuicio, del trabajo multidisciplinario con el que se aborde el grupo familiar y la adopción de cualesquiera sean las opciones para lograr la externación de A..

De todo lo hasta aquí expuesto no se advierte en los agravios, argumentos objetivos para revocar la decisión de la Sra. Jueza de mantener a la niña en el ámbito del Mini Hogar, todo ello fundado en el interés superior de ésta.

**III.** Sin costas en esta instancia porque excepcionalmente, el Ministerio de la Defensa percibe honorarios regulados judicialmente de los usuarios que cuentan con medios suficientes (art. 3 inc. 7mo. Ley V Nº 90).

Por ello la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn.

**RESUELVE:**

**1)** CONFIRMAR la resolución obrante a fs. 303/308 en todo cuanto ha sido materia de agravios.

**2)** SIN COSTAS en esta instancia porque excepcionalmente el Ministerio de la Defensa percibe honorarios regulados judicialmente de los usuarios que cuentan con medios suficientes (art. 3 inc. 7mo. Ley V Nº 90).

**3)** REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La presente resolución es dictada por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría (art 8 y 9 Ley V N° 17) y encontrarse vacante una vocalía de cámara.

REGISTRADA BAJO EL N°  /10  SIF.-