--- Trelew, de junio de 2.011.-

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 735/739, el recurso de apelación de fs. 756, su concesión en relación y con efecto suspensivo por resolución de fs. 760, el memorial de agravios de 769/775, los traslados de fs. 781/783 y 784/788, y ----------

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

--- **I.-** Que el juez "a quo" por la resolución de fs. 135/139 decidió, en lo pertinente, hacer lugar parcialmente a la medida solicitada a fs. 655/656 y, en consecuencia, decretó en carácter de medida de protección de derechos la restitución de los niños I. J. M. y L. L. A. C. a su progenitora, Sra. P. L.; a la par rechazó la restitución del menor A. D. M. A. Ordenó la intervención del E.T.I. de Trelew para que elabore mensualmente un diagnóstico de interacción familiar de la Sra. L. y de los menores y del restante núcleo familiar. También dispuso que la Sra. L. retome y sostenga un "recorrido" terapéutico propio y que los menores I. y L. continúen el actual tratamiento psicológico, acreditándose mediante informe quincenal tales medidas.----------

---------- Para decidir así, en lo pertinente y sucintamente, el juez de grado consideró que: a) según el informe del E.T.I. (fs. 646vta/647) los menores I. y L. se encuentran inmersos en un proceso destructivo, producto de la vinculación inestable que mantienen con su madre; el proceso judicial al que están sometidos no es beneficioso para ellos, ha propiciado mecanismos de sobreadaptación que resultan disruptivos para su salud; es necesaria una resolución definitiva para aportar estabilidad a los menores; b) ello, expresa el magistrado, fue anticipado por él (según dice haber "acertado"), la convivencia de los menores con los Sres. H.-P. y el régimen de comunicación con la Sra. L. repercutiría sobre el normal desenvolvimiento emocional; c) es necesario disponer la restitución de los menores para alterar de manera significativa esta dinámica disfuncional; d) afirma el juez de grado que los menores "no son libres" por encontrarse bajo violencia moral de los guardadores, quienes los obligan a hacer algo que no quieren: rechazar a la madre (sic); e) con citas del informe del E.T.I. afirma que los menores se encuentran en un "conflicto de lealtades"; f) ello quedó en evidencia cuando los menores concurrieron "contentos" al régimen de comunicación ordenado por la Alzada (fs. 603/605) hasta que esa situación inicial fue desmejorando gradualmente y concluyó con la frustración del contacto materno-filial; g) queda en evidencia, considera el magistrado, la relación de dominación y sometimiento de la real voluntad de los niños por parte de los guardadores, que impide ejercer y gozar el derecho al contacto materno. ----------

--- En síntesis, el juez "a quo" concluye, con cita del E.T.I. (fs. 702) que la pareja de guardadores presenta un posicionamiento subjetivo como padres que obstaculiza el contacto materno-filial; y por esto corresponde decretar –afirma– el cese de la guarda ejercida por H.-P. sobre los niños I. y L., para restituirlos a su madre. Cita doctrina que avalaría la posición. ---------- Expresa también el magistrado que: h) la situación de violencia emocional de los guardadores es

actual mientras que las situaciones de maltrato físico que han sufrido los menores con su madre están "bastante lejanas en el tiempo" y ahora, con base en lo que informa el E.T.I. (fs. 632vta. y 635vta), la Sra. L. ha demostrado que tiene recursos personales para afrontar situaciones imprevistas, sin sobrecargar emocionalmente a los menores; y a la par –agregó– también pudo modificar conductas durante el proceso de revinculación, presentando una actitud contenedora de sus hijos durante el régimen supervisado realizado a fines del año 2010. También actualmente evidencia estar acompañada en la responsabilidad parental por su pareja y el núcleo familiar de ésta (fs. 632, 635, 643, y 644vta). ---------- El juez de grado analiza, luego, lo que denomina "voluntad real de los niños" a partir de sus expresiones durante las audiencias y lo informado por el E.T.I. (fs. 726/727). -------- En relación al menor D. afirma el juez "a quo" que debe estarse a la decisión de Alzada (fs. 603/604), en tanto no obran en la causa elementos que permitan sostener que han variado las circunstancias analizadas para esa decisión. ---------- Por último, respecto del principio de no separación de hermanos, indica el juez "a quo" que: i) no puede haber objeción a su posible incumplimiento respecto de I. y L. con D., pues se estaría obviando a M. (hermana menor), actualmente al cuidado de la Sra. L. Y, del mismo modo, agrega, j) si se considera necesario mantener la situación excepcional por una hipótesis de violencia sobre los menores I. y L., debería haberse extendido también respecto de M. De allí que –concluye el magistrado– mantener la actual situación de hecho es inconstitucional, por irrazonable, al dejar fuera de la medida de protección a la menor M. o impedir la revinculación de los hermanos. ---------- Sobre la ejecución de la restitución, expresa el juez "a quo" que: k) el cese inmediato de la guarda es la "única opción que queda para restituir el contacto de los niños con su madre", de modo que –dice– la realidad imponga su verdad, rectificando la imagen distorsionada por las maniobras irreductibles de los guardadores; l) no hay resquicio, en opinión del magistrado de grado, para una terapia de revinculación, sólo admisible para los casos leves o moderados de obstrucción (cita doctrina que avalaría esta posición). ----- En función del informe del E.T.I. (fs. 691), el juez de grado expone las medidas terapéuticas que deberán adoptar tanto la Sra. L. como los menores I., L. y D., y los diagnósticos de interacción a realizarse por el equipo técnico. También prevé una audiencia para acordar el régimen de comunicación entre los hermanos. ---------- ------- **II.-** Contra esta decisión se alzan los guardadores H.-P. a fs. 756. El juez de grado, recordando que no están legitimados para peticionar (fs. 344, y resolución de Cámara de fs. 361 en expediente nº 30/2009 por cuerda), en virtud de que la decisión puede ocasionar agravio, concede el recurso en relación y con efecto suspensivo. ---------- A fs. 769/775 los guardadores fundan el memorial de agravios: a) los informes del

E.T.I. son parciales, la sentencia incurre en errores y la decisión es perjudicial para los menores; b) afirman que en diversas oportunidades reclamaron por la imparcialidad de los informes del equipo técnico y su falta de objetividad; c) invocan el interés superior de los niños para aventar el riesgo emocional al que –dicen– están expuestos I. y L. de continuar con la restitución compulsiva; d) las situaciones de violencia que generó la Sra. L., y las reacciones de los menores, no han sido recogidos por los informes del E.T.I.; e) es reñido con la realidad objetiva describir situaciones en las que se destaca una parte positiva, idílica, de la madre biológica y otro totalmente negativo, sin un componente que merezca rescatar de la familia guardadora; f) un informe del E.T.I. es una pericia y no tiene fuerza vinculante para el juez, no obstante se remite a ellos como único argumento para fundar la sentencia. ---------- Luego la familia guardadora analiza el supuesto "maltrato emocional" que se le endilga (fs. 771); y en lo pertinente, expresan que: g) que resulta falaz e injusta la acusación, que se funda en la parcial opinión del equipo técnico; cita doctrina que, según opinión de los recurrentes, explicaría lo que es el mentado maltrato; h) traen a colación los informes escolares de los niños que dan cuenta de su rendimiento escolar; i) achaca nuevamente parcialidad a los informes del E.T.I. considerados por el magistrado para resolver, como que –en síntesis– solo cargan lo idílico hacia una parte y transfiere lo negativo hacia la otra; j) agregan que en los considerandos de la sentencia recurrida el juez "a quo" se funda en un posible perjuicio futuro por la violencia emocional, que no ha sido probada. Frente a lo expuesto la familia guardadora recurrente considera que deben flexibilizarse los criterios e intentar nuevos caminos que permitan mantener la estabilidad emocional de los niños. Analizan también, desde su particular posición, cuál sería el interés superior del niño en relación a los menores C. y solicitan la revocación de la decisión que ordena su restitución a la madre. ------ **III.-** Dispuesto el traslado del memorial de agravios, la accionante Asesoría de Familia e Incapaces contesta a fs. 781/783. En lo fundamental expresa que: a) coincide con los recurrentes sobre la descontextualización de las expresiones de los niños y de los guardadores sin hacer lo propio en relación a las conductas de L.; b) los profesionales del E.T.I. no han logrado una mínima transferencia con los niños, creando un espacio de confianza para una evaluación eficaz; c) es relevante la crítica a las "presuntas conductas" de los guardadores sin dejar a salvo, expresa, que han sido éstos los responsables de la crianza y formación de los niños hasta el momento, habiendo demostrado los niños poder expresarse cariñosamente con los distintos operadores judiciales, resulta improbable –considera la Asesora– que sean "manipulados" para demostrar ser "unos" ante quien suscribe y "otros" con las profesionales del E.T.I. ---------- Respecto de la acusación por violencia psicológica que surge de la sentencia recurrida, expresa que las nuevas tendencias en psicología definen la maternidad y paternidad por las "funciones" que cumplen y no por el hecho natural. Invoca distinguida (sic) doctrina que avalaría esta posición. Considera, nuevamente,

que lo informado por el E.T.I. en relación a los mecanismos de sobre-adaptación y sus consecuencias, queda desvirtuado por los informes de los terapeutas individuales. Y concluye que es improcedente una acusación de ese tenor (violencia psicológica) para disponer la restitución de los menores. Ello se revierte, según afirma, con base en el recurso de los guardadores, quienes no han sido considerados parte hasta la fecha –reconoce– y son integrados ahora como victimarios de los niños. ---------- Agrega también que se ha expedido sobre la imposibilidad de llevar a cabo una restitución intempestiva, y por ello requirió con base a lo evaluado por el E.T.I. que se expidan sobre la modalidad a adoptar para evitar mayores perjuicios a los menores. -------- Con estos fundamentos solicita que se haga lugar al recurso de los guardadores. -------- A fs. 784/788 contesta la Sra. L. Indica, en lo pertinente, que: a) el reclamo por la imparcialidad de los informes del E.T.I. son inoportunos, pues debieron ser impugnados como pericias que son; b) es cierto que no son vinculantes para el juez, quien puede apartarse de los mismos, pero ello no es la regla sino la excepción; c) el recurso no satisface la carga técnica del art. 265 del C.P.C.C., realiza afirmaciones vagas y erráticas, expresa un simple disenso con lo resuelto; d) las funciones del E.T.I. surgen de la ley III nº 21; e) según el art. 477 del C.P.C.C. la fuerza del dictamen pericial será estimada por el juez según la competencia del perito, los principios científicos y la regla de la sana crítica y demás elementos de la causa; f) la Asesoría de Familia e Incapaces dictamina favorablemente ante el pedido de restitución; g) cita jurisprudencia de esta Sala en relación a la no separación de los hermanos y al "interés superior del niño". Por último, insiste en que el recurso no satisface la carga técnica del art. 265 citado. ----------

--- **IV.-** Así planteada la cuestión, corresponderá confirmar la resolución de grado en lo que ha sido objeto de agravios. ----------

--- La familia guardadora debe circunscribirse a cumplir el rol que les cupo desde la resolución de fs. 20, pues tal es el sentido –y no otro– con que ha sido homologado el "acuerdo" originario en función de las actas glosadas a fs. 1/3. ----------

--- Es que, si los adultos –con la intervención de la Asesoría de Familia e Incapaces– arribaron a un "acuerdo" sobre la guarda de los menores, tal acuerdo sólo implica un provisorio desmembramiento del ejercicio de la patria potestad pero de ningún manera fulmina los derechos parentales (doc. arts. 21 y 264, Código Civil). Y esto no cambia por el mero transcurso del tiempo ni permite "ex post facto" subvertir el título en virtud del cual se ejerce la guarda judicial en cuestión. ----------

--- No debe perderse de vista que la "guarda" es una "institución alternativa" (sic, Asesoría de Familia e Incapaces a fs. 19) que, si bien tiene un fin tuitivo de los menores, no deja de ser excepcional y particular (ver actas de fs. 1/3; doc. arts. 38 y 39, ley 26.061; arts. 56 y 58, ley III nº 21; art. 236, Código Procesal Civil y Comercial). Por

ello –como se ha dicho– "al no brindar una solución definitiva e integral al problema del menor, (tiene) vigencia transitoria", y es una "típica medida cautelar, siéndole aplicables las disposiciones adjetivas de los arts. 234 y 235 del C.P.C.C. (similar a nuestro art. 236 y sig. del C.P.C.C.)" (conf. Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 1, 16/12/2008, "E., A. B. s/ Materia de otro fuero – medidas de abrigo", en JUBA, sum. B1353407). Y en tanto tal, su vigencia está condicionada por la subsistencia de las circunstancias que se tuvieron en vista para proteger a los menores vulnerables (doc. art. 38, ley 26.061; art. 56, ley III nº 21; arts. 204 y 236, C.P.C.C.; conf. BOSSERT, Gustavo A. – ZANNONI, Eduardo A., "Manual de derecho de familia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 6ª ed., 2004, p. 662). ----------

--- En este contexto se inscriben –y deben entenderse– las distintas y sucesivas intervenciones que en autos desarrolló el equipo técnico interdisciplinario del tribunal especializado (doc. art. 82, ley III nº 21). ----------

--- Lo expuesto permite afirmar dos aspectos centrales para el caso. Primero, que la familia guardadora –como terceros, depositarios de confianza tutelar según actas de fs. 1/3– sólo puede ejercer un desmembramiento de los poderes originarios de la madre (quien no perdió autoridad sobre los niños, ni su representación), pero sin llegar a trasmutarse en una limitación de esas potestades (así, sic, Asesoría de Familia e Incapaces a fs. 38 del expte. nº 133/2008 anejo por cuerda). Segundo, que, a la luz de la Convención sobre los Derechos de los Niños (ley 23.849), tal ejercicio de poderes de los padres (integrales) o de la familia guardadora (desmembrados) debe compatibilizarse, además, y preponderantemente, con el interés (actual) superior de los menores involucrados (doc. arts. 3º, 5º, 9.1 y 20.3, CDN; también art. 3º, ley 26.061; art. 6º, ley III nº 21). ----------

--- La Suprema Corte de Buenos Aires es explícita en este sentido; tiene dicho que: "El desmembramiento de la guarda es perfectamente posible en casos en los cuales se busca resolver una problemática particular. El eje de la solución no se centra en la mayor idoneidad entre padres y guardadores sino en el niño, en su superior interés" (SC Buenos Aires, C. 91622, 26/10/2010, "D.,A. c/ D.,C. s/ Tenencia", en JUBA, sum. B33673). ----------

--- Y en este punto también debe rescatarse la pauta afirmada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "S." de 2005 (Fallos 328:2870): "La atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño". O, como parafrasea el Superior Tribunal del Chubut en la S.D. nº02/S.E.R./10: "La función de los jueces es resolver teniendo en cuenta el

principio emergente del art. 3° de la Convención sobre los Derechos del niño y aplicarlo a la luz del caso concreto". ----------

--- Tal principio del interés superior del niño es, entonces, el parámetro objetivo a partir del cual debe resolverse el caso, procurándose aquello que resulte (actualmente) de mayor beneficio para los menores vulnerables. Esto importa observar, en concreto, a partir de los datos obrantes en autos, cuál es el contexto que mejor puede favorecer al desarrollo integral de I. y L. (doc. art. 58, ley III nº 21; art. 3º, CIDN; art. 6º, ley III nº 21). ---------- Por ello no se examinarán –como podrían pretender los guardadores o, aún, la madre, o, peor, sus respectivos representantes judiciales– los intereses de los adultos, por no ser éstos los que están en juego ni primar en el caso. Así, también lo tiene dicho la jurisprudencia: "En la guarda judicial de menores debe tenerse en cuenta primordialmente el beneficio del menor, debiendo supeditarse los reclamos de las demás personas a este superior interés" (SC Buenos Aires, Ac. 73814, 27/09/2000, "G.,J. s/ Guarda - adoptiva", voto del Dr. Pettigiani, en JUBA, sum. B25496). ----------

--- **IV.-** Con esta mirada, ubicado el acuerdo sobre la guarda en su exacto contexto, se repara que el juez "a quo" sopesó la conveniencia actual de restituir los menores I. y L. considerando la realidad que reflejan los distintos y concurrentes informes del E.T.I. obrantes en autos. ----------

Así, en lo pertinente, a fs. 643/647 obra informe del E.T.I. sobre el desarrollo de los encuentros materno-filiales producidos durante los meses de octubre/noviembre del año 2010, donde concluyen que el régimen de comunicación y el proceso judicial no es beneficioso para los niños, pues propicia la instalación de mecanismos de sobre-adaptación, lo que es disruptivo para su desarrollo saludable, y los niños –se agrega– han estado expuestos a una inestabilidad constante respecto de la vinculación materno-filial sin explicaciones ni espacios terapéuticos. Esto, finaliza el informe, requiere una decisión definitiva para aportar estabilidad y contención a los niños. ----------

--- A fs. 650/657 obra informe del E.T.I. que, además de indicar la imposibilidad de concretar las entrevistas de los días 17 y 18 de diciembre de 2010, y luego de reseñar los hechos que justificarían la suspensión del régimen de comunicación materno-filial, se concluye que las conclusiones anteriores tienen vigencia y "que no puede darse continuidad al régimen de comunicación en las condiciones en que se viene desarrollando, dado que el mismo refuerza el conflicto de lealtades en el que se encuentran involucrados los niños". ----------

--- También cabe tener presente que esta decisión que recurre la familia guardadora fue precedida de otra (fs. 678, firme) que estableció un régimen de comunicación provisorio, a título cautelar, para desarrollar el estrechamiento de la relación materno-filial (con intimación a los guardadores para que cejen en la frustración de esta revinculación,

según informes del E.T.I. de fs. 429/432, 643/647 y 657), y requirió al E.T.I. –en lo fundamental– que especifique cuál ámbito aporta estabilidad y contención a los menores: si el de los guardadores o el materno, y para el caso de que fuera el materno, que indique cuál sería la modalidad apropiada para la restitución. ----------

--- A fs. 691 obra el informe del E.T.I. que indica que el mencionado ámbito resulta ser el materno y que es fundamental para favorecer la interacción materno-filial el acompañamiento terapéutico de los involucrados; en cuanto a la modalidad proponen una audiencia a realizarse en el tribunal. ----------

--- A fs. 704 el juzgado modifica el lugar de cumplimiento de la medida cautelar de estrechamiento materno-filial ordenada a fs. 678, en función de lo que informa el E.T.I. a fs. 703 (mismo a fs. 716, entrevista del 25-02-2011) sobre la negativa de los menores y sin perjuicio del incumplimiento de parte de la Sra. H., de la intimación judicial de abstenerse de dificultar la revinculación. A fs. 705 (misma a fs. 709, entrevista del 18-02-2011) informa el E.T.I. que el régimen de comunicación no se realiza por no haberse presentado la familia guardadora H.-P. A fs. 726/727 (mismo a fs. 730/vta. entrevista del 21-02-2011) obra informe del E.T.I. que, luego de exponer las vicisitudes de la entrevista, concluye –en lo conducente– que "los niños no denotan voluntad de no querer vincularse con la madre", y agregan las profesionales que "en los encuentros se evidenció la necesidad afectiva de L. e I. de querer mantener un vínculo con la madre, dado que mostraron tato interés por conocer la vida actual de ella, en conocer a su hermana y su entorno", "la pareja (H.-P.) presenta un posicionamiento subjetivo como padres de los niños, este es el punto de anclaje en el que se asienta la no colaboración a la vinculación materno-filial. Este posicionamiento es el que denominamos obstaculización en el contacto materno-filial". ---------- Este es el contexto en que el juez de grado adopta como medida de protección de derechos de los menores I. y L., la decisión de restituirlos a su madre, la Sra. L. (fs. 3735/739), y establecer, siguiendo la propuesta de la Asesoría de Familia e Incapaces (fs. 731/733), el acompañamiento terapéutico del grupo involucrado con seguimiento informativo quincenal. ---------- La decisión adoptada por el juez de grado, en función de los hechos reseñados, y considerando las previsiones de los arts. 3.1, 5, 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (conc. arts. 3º, 4º, inc. "a", 34 de la ley 26.061; arts. 6º, 25, 56 y 58 de la ley III nº 21), aparece consecuente, adecuada y razonable para tutelar de manera efectiva los derechos de los niños I. y L. C. en relación a sus actuales necesidades individuales y el siempre procurado fortalecimiento de sus vínculos familiares (maternos-filiales). ----------

---------- Cabe decir que está en línea, además, con el último informe del E.T.I. agregado a fs. 778/779vta., que relaciona los encuentros correspondientes al mes de abril de 2011, donde se concluye que no es conveniente continuar con el proceso de revinculación en las actuales circunstancias, por ser los menores I. y L. quienes se hacen responsable del conflicto de lealtades de afecto entre

los adultos (guardadora vs. madre), lo que se manifiesta en un intenso nivel de enojo, ansiedad y, especialmente L. –agrega– con una evidente crisis emocional y comportamental (violencia). Resulta evidente, dice el equipo técnico, que sentirse a gusto y cómodos con actividades compartidas con su madre P. les genera a los niños intensos sentimientos de culpa y remordimiento, como si se tratase de una traición al afecto que sienten hacia la familia guardadora. Este conflicto afecta el vínculo materno y reactivan en ellos las temáticas asociadas a pasados enfrentamientos entre los adultos. Se sugiere continuidad de psicoterapias infantiles. ----------

------- **V.-** Una mención particular merece la posición dual sustentada en la circunstancia por la Asesoría de Familia e Incapaces. A fs. 731/733 dictaminó que era procedente restituir los menores a la madre, y en su mérito decidió el tribunal de la instancia; pero a fs. 781/783, al contestar el traslado del memorial de la familia guardadora, avala su pretensión de que se revoque la decisión de restituir los menores. Frente al caso concreto, entonces, debe ser desechada esta última opinión, en tanto sostiene la posición de los adultos guardadores en abierta contradicción con la opinión precedente favorable a los menores (doc. arts. 59 y 494, Código Civil; arts. 6º, ley III nº 21; art. 3º, ley 26.061; art. 3.1, CDN). Además, también es contradictorio que achaque parcialidad a los informes del E.T.I. para luego en función de los mismos solicitar que determinen la forma de realizar una restitución no intempestiva (fs. 783). ----------

--- **VI.-** En síntesis, la guarda debe ejerce en el quicio de su otorgamiento; el transcurso del tiempo no transmuta en derecho pleno el ejercicio transitorio de facultades parentales desmembradas; la guarda tiene vigencia mientras subsistan las circunstancias consideradas para su homologación judicial; en el discernimiento de la vigencia de la guarda debe primar el actual y concreto interés superior del niño; el equipo técnico interdisciplinario desarrolla sus tareas como organismo del tribunal especializado, en función de las circunstancias del caso convocante; la posición de la Asesoría de Familia pro-restitución de los menores se impone a la posterior contra-restitución, por ser la primera favorable a los niños. ----------

--- En función de lo expuesto, corresponde confirmar la resolución de fs. 735/739 en lo que ha sido objeto de agravio. ----------

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

--- Confirmar la resolución de fs. 735/739 en lo que ha sido objeto de agravio. ----------

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

PRESIDENTE

CARLOS DANTE FERRARI
JUEZ DE CAMARA

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2011 – SIF.- Conste.-

cg