--- En la ciudad de Trelew, a los días de julio del año dos mil once, se reúne la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sr. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Dante Ferrari y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"Asesoría de Familia e Incapaces nº 2 s/ estado de preadoptivilidad (C. L., C. E.)" (Expte. 31 - Año 2011 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿ se ajusta a derecho la disposición recurrida?, y SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 252.----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó:----------

----I.- La sentencia de primera instancia que declaró el estado de preadoptabilidad del menor C. E. C. L. fue apelada por los codemandados M. Á. C. y M. C. L., padres del niño, quienes para fundar sus recursos expresaron los agravios -sustancialmente idénticos en ambas piezas de fs. 220/228 vta. y 233/239- que a continuación trataré.- ---

----II.- Expusieron en primer término que el decisorio es nulo por ausencia de adecuada fundamentación, toda vez que en él se ha hecho remisión a opiniones de profesionales quienes, a su vez, realizaron consideraciones ambiguas en relación con conductas que deben ser analizadas, determinadas y confrontadas con el derecho vigente.----------

----No advierto que la Señora Jueza "a quo" haya incurrido en defectos de fundamentación al apoyar su decisión en los dictámenes periciales presentados en las causas conexas a ésta "Asesoría de Familia e Incapaces n° 2 s/ medida de protección (C. L., C. E.)" (expte, 330/2010 de este Tribunal) y "G., H. N. s/ inhabilitación de L., M. C." (expte. n° 716/2000 del Juzgado de Familia n° 1). La fuerza de convicción de tales probanzas, esenciales y decisivas para la resolución del caso dada la naturaleza de los hechos controvertidos a acreditar, cuya apreciación requiere de conocimientos científicos especiales, debía ser estimada por el magistrado de acuerdo a la competencia de los peritos, principal aval de sus opiniones dada su incumbencia y la ciencia que poseen (arts. 461, 481 C.P.C.C.). Así, para sopesar el poder convictivo de esos dictámenes no ha sido menester una evaluación pormenorizada, detallada hasta la minucia de cada uno de ellos, cuando la latitud, claridad meridiana y contundencia de dichas opiniones científicas hacen que ellas hablen por sí mismas.----------

----El dictamen conjunto emitido por la médica psiquiatra, la licenciada en psicología y la trabajadora social integrantes del Equipo Técnico Interdisciplinario del fuero de familia (fs. 189/191 del expte. sobre medida de protección) dista de contener *consideraciones ambiguas*, pues refiere las características de las personalidades de los codemandados, describe en detalle la interacción familiar -signada por el dominio y control de M. Á. C. sobre M. C. L. en función del estado de discapacidad mental de ésta, la manipulación de tal estado por el primero de acuerdo a su conveniencia, el aislamiento social en que sume a aquélla, el abuso económico, el privilegio masculino, los antecedentes de insultos y violencia física- y enumera los factores de riesgo para el niño: discapacidad

de L. que le impide asumir un rol parental; características de la personalidad de C., psicópata que manipula y abusa del poder ante los débiles a los que desprotege. En las conclusiones hicieron constar las expertas que lo evaluado da cuenta de la modalidad de funcionamiento establecida por el Sr. C., donde surge la permanente transgresión a todo límite social y culturalmente preestablecido, tales como el respeto a la intimidad, a la capacidad de decidir, a la necesidad de protección y cuidados, todo ello determinante en la conformación y constitución de un individuo, elemento importantísimo en las primeras etapas evolutivas del desarrollo de un niño. En suma, finalizaron las expertas, “dadas las condiciones parentales actuales evaluadas, así como la evolución histórica, consideramos que las disfunciones observadas en el Sr. C. como en la Sra. L. y en su interacción no presentan elementos que evidencien la posibilidad de cambio, el cual sería indispensable para garantizar el desarrollo integral de C. E. C. L.”.- ----------

----Tal dictamen en relación a la madre del niño significó una reiteración de los anteriores de fs. 56 y 155 del mismo expte. sobre medida de protección, donde ya se había concluido que la Sra. M. C. L. no se encuentra en condiciones de cumplir su rol materno, no puede hacerse cargo de la crianza de su hijo, ya que carece de la capacidad de anticipación a situaciones de peligro, descodificación de demandas que vayan más allá de la satisfacción de necesidades básicas e implementación de procesos de estimulación para favorecer el desarrollo íntegro.- ----------

---- En relación al padre, la perito médica psiquiatra repitió en oportunidad de la audiencia celebrada ante esta sala a fs. 457/vta. del citado expediente que las características del Sr. C. son psicopáticas y por ello no visualiza que la aplicación de ningún programa público pueda cambiar la situación de hecho estructural.- ----------

----Me he detenido a repasar tales elementos emanados de los peritos especialistas en sus ciencias para patentizar que ellos no contienen ambigüedad ninguna respecto de las conductas de los codemandados y bien hizo la juzgadora de la previa instancia en apoyar su decisión en ellos, sin incurrir en defecto de fundamentación alguno (arts. 390, 481 C.P.C.C.).- ----------

----III.- Manifestaron luego los recurrentes que también provoca la nulidad de la sentencia la circunstancia de que, si bien menciona el interés superior del niño, no realiza una interpretación puntual del mismo en el caso concreto, no describe las conductas que habrían materializado la violación de ese interés.- ----------

----La crítica resulta injusta, pues la sentenciante concluyó que “estos padres no se encuentran en condiciones de ejercer su rol en forma que permita un desarrollo bio - psíquico - social que respete los derechos de C.” (fs. 206, párr. 2°). La vinculación directa de ello con el interés superior del niño es palpable, porque el tal interés comprende en su ámbito “el respeto al pleno desarrollo personal” (art. 3 inc. “c” de la Ley 26.061), en consonancia con el art. 29 inc. 1 apdo. “a” de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto tal norma supranacional contempla el desarrollo de la

personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.- ----------

----IV.- El codemandado M. Á. C. cuestionó que no hayan sido descriptas las supuestas conductas antijurídicas suyas que han llevado a declarar el estado de preadoptabilidad del menor, limitándose a argüir acerca de factores de riesgo, disfuncionalidades y falta de responsabilidad.- ----------

----La cuestión en este caso no pasa por la antijuridicidad de la conducta del codemandado, sino por su ineptitud, por sus propias limitaciones, para ejercer el rol de padre. Ya me he referido al analizar los dictámenes periciales a las características de la personalidad de C., psicópata que manipula y abusa del poder ante los débiles a los que desprotege, de cuya modalidad de funcionamiento surge la permanente transgresión a todo límite social y culturalmente preestablecido, tales como el respeto a la intimidad, a la capacidad de decidir, a la necesidad de protección y cuidados, todo ello determinante en la conformación y constitución de un individuo, elemento importantísimo en las primeras etapas evolutivas del desarrollo de un niño (fs. 191 de la causa sobre medidas de protección.- ----------

---- V.- La codemandada M. C. L. sostuvo que la declaración del estado de preadoptabilidad no se compadece con su problemática, pues ella fue declarada inhábil en los términos del art. 152 bis inc. 2° Cód. Civ. sólo por su incapacidad de administrar bienes y realizar operaciones comerciales, mas no para el maternaje.- ----------

----Tampoco lleva razón esta crítica. Destaqué antes, y he de reiterarlo ahora, que los dictámenes de fs. 56 y 155 del mismo expte. sobre medida de protección han concluido que la Sra. M. C. L. no se encuentra en condiciones de cumplir su rol materno, no puede hacerse cargo de la crianza de su hijo, ya que carece de la capacidad de anticipación a situaciones de peligro, descodificación de demandas que vayan más allá de la satisfacción de necesidades básicas e implementación de procesos de estimulación para favorecer el desarrollo íntegro.- ----------

----VI.- Tras memorar las “Directrices sobre las medidas alternativas de cuidado de los niños” emitidas por la O.N.U., denuncian los apelantes que ni la Asesoría de Familia actora ni el Juzgado de Familia las cumplieron, sino que desde el momento del nacimiento del menor procuraron allanar el camino a la adopción.- ----------

----Cierto es que el art. 3 inc. “c” de la Ley 26.061 asegura a los menores su desarrollo en el medio familiar y el art. 7 del mismo cuerpo legal reconoce a la familia como responsable prioritaria de asegurar a los menores el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos, a la vez que -en consonancia con “Directrices sobre las medidas alternativas de cuidado de los niños” emitidas por la O.N.U.- pone en cabeza de los Organismos del Estado el deber de asegurar políticas asistenciales apropiadas para que la familia pueda asumir dicha responsabilidad. Mas tales medidas asistenciales del Estado no son infalibles para la consecución de su finalidad, resultando innegable que en determinados y desgraciados casos el entorno familiar es lisa y llanamente

disfuncional y hasta cuasi inexistente. De allí que el art. 33 párr. 2° de la citada Ley 26.061 prevea que la amenaza o violación de los derechos de los menores provenga de los mismos padres; de allí también que el art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconozca la utilidad del régimen de la adopción, declarándola “admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres”.----------

----Ese supuesto es precisamente el caso de autos, donde, respecto de la madre del niño, su discapacidad mental ha sido pronosticada como “irreversible” (fs. 192 del expte. sobre inhabilitación) y, en relación al padre, sabemos mediante informe de la perito psiquiatra que por sus características psicopáticas “no se visualiza que la aplicación del programa público pueda cambiar la situación de hecho estructural” (fs. 457 vta. de la causa sobre medida de protección). Arribamos así a la situación que el propio Señor Defensor Oficial representante del codemandado describiera en oportunidad de la audiencia celebrada en esta Cámara: “agotados estos recursos y se prueba que no funcionan, no quedará más que reconocer que no hay familia” (fs. 457 vta. del expte. sobre medida de protección); sólo que en la especie, a priori sabemos por dictamen pericial que los tales recursos asistenciales serán ineficaces.----------

----La regla consagrada en los arts. 9 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y 25 de la Ley III n° 21 (ex Ley 4.347) es la de que los niños han de ser criados y educados en el seno de sus núcleos familiares, mas ambas normas contemplan excepciones para los casos en que tal convivencia conspire contra el interés superior de los menores.----------

----Tiene declaro nuestra Corte Suprema Nacional que la separación de padres e hijos no es contraria a los valores que sostiene la Convención. Por el contrario, los Estados contratantes previeron especialmente esa excepción ante dos supuestos. Por un lado, cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (artículo 9.1). En segundo término, cuando tal separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte de uno de los padres del niño, o de ambos (artículo 9.4; C.S.N., 15/06/2010, “L., V. M.; O., F. A. s/ Extradición”, en “Actualidad Jurídica”, Boletín del 11/11/10).----------

----Precisamente, porque entendió la Asesoría de Familia e Incapaces -representante promiscuo del niño (art. 59 Cód. Civ.)- que el de la especie constituía uno de esos casos excepcionales, es que promovió este proceso buscando llegar a una decisión judicial que tal lo declarara. Así pues, no resulta argumento eficaz para descalificar el fallo la simple invocación de aquel principio general cuando de lo que se trata en el subexamen es de establecer si estamos o no en presencia de uno de los supuestos de excepción contemplados por los mismos preceptos consagratorios de la regla. La cuestión se traslada entonces a analizar si los codemandados resultan idóneos para

llenar las funciones de padres y, a la lumbre de las pruebas arrimadas, ha de concluirse que carecen de esa aptitud, como decidiera la Señora Jueza “a quo” en fallo que merece confirmación.- ----------

----VII.- Afirmó el codemandado M. Á. C. que resulta incomprensible que se pretenda construir una suerte de presunción en su contra por no haberse prestado a la realización de un psicodiagnóstico y luego afirmar que él no prestó colaboración en el proceso.- ----------

----Contra lo afirmado por este apelante, es relevante para la decisión de la especie la actitud por él asumida en la causa. Es que, por expresa disposición del art. 165 inc. 5, párr. 3° C.P.C.C., la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso puede constituir un elemento de convicción corroborante de la prueba para juzgar la procedencia de la pretensión, módulo de razonamiento adecuado para arribar a la convicción sobre la verdad de las afirmaciones controvertidas (esta sala, c. 21.090 S.D.C. 21/06, c. 209/08 S.D.C. 15/09, c. 410/09 S.D.C. 46/09, c. 108/10 S.D.F. 6/10). En esta especie el comportamiento de los codemandados estuvo signado por sus inasistencias a las entrevistas programadas por psicólogos y psiquiatras para evaluar su estado (fs. 62, 75, 195), y ello significó faltar al deber de colaboración activa, lo que importó una actitud desimplicante, contraria a la de colaboración, que en la axiología del proceso significa solidaridad, esto es coimplicación o envoltura en la búsqueda de la verdad material y no el aislamiento contraventor de los liminares principios de lealtad, probidad y buena fe, savia moral del ordenamiento adjetivo (art. 34 inc. 5 apdo. “d” cód. cit.; esta sala, c. 13.693 S.D.L. 113/98, c. 15.714 S.D.C. 7/00, c. 108/10 S.D.F. 6/10). Tal reprochable conducta ha venido así a ratificar las pruebas aportadas.- ----------

---- VIII.- Tales son las razones por las que propondré la íntegra confirmación de la sentencia apelada. Ante las deficiencias psíquicas de los padres, que les impiden asumir correctamente su rol, el deber de formación integral del niño que sobre ellos pesa quedará incumplido, situación configurativa del abandono en tanto la permanencia del menor en el ámbito familiar perjudicial crea un peligro cierto para sus derechos.- -----

----Tratándose la presente de una cuestión de familia no patrimonial, no corresponde la aplicación rígida del principio de la derrota como base de la condena en costas, porque es lógico y hasta plausible que los progenitores procuren ejercer su función y, en definitiva, al ser pronunciada la decisión se atiende a lo que mejor conviene a los menores. En la especie la intervención judicial ha venido impuesta, no por una contienda en su acepción técnico-procesal, sino por un comprensible disenso entre los responsables involucrados en un cuadro de situación propio de una familia cuya dinámica resulta disfuncional; procede entonces imponer las costas de segunda instancia en el orden causado (art. 69 párr. 2° C.P.C.C.; confr.: Cám. Apel., C. y C. Bahía Blanca, Sala I, con laudatoria nota al pie de Wetzler Malbrán, “Costas por su orden...”, en E.D. 136-522/523; esta sala, c. 19.635 S.D.C. 31/04, c. 268/08 S.D.C. 27/09, c. 449/10 S.D.F. 1/11).- ----------

----Ante la extensión, calidad y resultado de las labores profesionales de alzada, propiciaré regular los honorarios de los Dres. A. S. B. y R. E. N. en la suma de $ 170 para cada uno de ellos (arts. 59 de la Ley V n° 90, 5, 7, 8, 13, 29 de la Ley XIII n° 4).- ---

----Voto pues en esta cuestión por la AFIRMATIVA.- ----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Velázquez. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.-

--- El conflicto humano encorsetado en estas actuaciones es intenso y doloroso: dos padres que no han podido hasta aquí prácticamente ejercer la paternidad respecto de un menor, requieren que se les permita criar al niño, afirmando estar en condiciones de hacerlo. Las evaluaciones médicas y de expertos obrantes en la causa no avalan esta última afirmación ni el pedido de los padres. Ese es el núcleo del conflicto aquí traído a dirimir. ----------

--- Para entrar en materia en esta delicada cuestión, cabe referir una afirmación central de la apelante: aduce la recurrente que ni la Asesoría de Familia actora ni el Juzgado de Familia cumplieron en este caso las "Directrices sobre las medidas alternativas de cuidado de los niños" de la O.N.U.; más aún, denuncian que desde el nacimiento del menor esos organismos buscaron allanar el camino a la adopción del niño.----------

--- Si bien la acusación es severa, no encuentro demostrada en autos su base fáctica. --

--- Por otra parte, si bien es cierto que la Ley 26.061 asegura a los menores su desarrollo en el medio familiar (art. 3) y reconoce a la familia como responsable prioritaria de asegurar a los menores el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos (art. 7, Ley 26061), no lo es menos, que al igual que estas pautas tal norma sienta el principio axial del interés superior del niño.----------

--- No cuestionamos aquí las "Directrices sobre las medidas alternativas de cuidado de los niños" de la O.N.U.; tampoco encuentro que los organismos que intervinieron en la instancia anterior lo hayan hecho. Me parece que, con el letrado de los apelantes, tenemos los diversos jueces que hemos intervenido en esta causa una forma distinta de mirar la problemática de la causa y una forma diversa radicalmente de analizar el interés del menor. Creo que esa es la matriz de su afirmación extremista, un exceso de celo, volcado a lograr que por medidas artificiales se cree una familia donde no están dadas las mínimas condiciones fácticas para que la haya.----------

--- No dudo que los Organismos del Estado tengan el deber de asegurar políticas asistenciales apropiadas para que la familia pueda asumir su rol y responsabilidad.-------

--- Pero, coincido con el juez de primer voto en que dichas medidas asistenciales tienen límites tangibles y lejos están de ser ellas infalibles para conseguir su objetivo.----------

--- La experiencia de esta Cámara durante años demuestra que, en los hechos concretos y dejando de lado generalidades y declamaciones, desafortunadamente, existen casos en que el entorno familiar es disfuncional o directamente no existe familia en absoluto.----------

--- Y es innegable que, si bien la familia es una célula fundamental de la sociedad, también lo es que ella no puede ser el fruto de una creación ex nihilo sobre la base de artificios. Cuando no están dadas mínimas condiciones, por más medios que se le sumen, la familia no funcionará y, a la larga, traerá más problemas que soluciones para los eslabones más débiles de ella, que son los niños.----------

--- Utilizando una comparación organicista la familia, como las plantas, requiere de ciertas condiciones mínimas indispensables para florecer: una buena semilla, una buena tierra y el adecuado riego y cuidado. Solo la concurrencia de todos estos requisitos dará buenos frutos. Por el contrario, cuando los dos primeros faltan, los dos últimos –aún con el mejor cuidado- son inviables para crear vida familiar donde no puede haberla, porque el medio es hostil y las condiciones físicas no están dadas.--------

--- Por ende, y en ese entendimiento, el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño reconoce la utilidad del régimen de la adopción para solucionar justamente casos como los que venimos describiendo.----------

--- Y el caso de autos es, lamentablemente, uno de tales casos en que no existen las mínimas condiciones imprescindibles para poder conformar una familia sustentable en el tiempo e inocua para sus miembros más débiles.----------

--- Es indudable, en primer lugar, la notoria y grave discapacidad de la madre del niño –que en la propia audiencia de vista reconociera la gravedad de sus problemas mentales, evidentes por otra parte, situación que ambos padres reconocieron expresamente in voce en la audiencia y que se encuentra además ampliamente documentada.----------

--- La discapacidad mental de la progenitora del niño fue catalogada en un informe obrante en expediente apiolado a autos como "irreversible" (cfr. fs. 192 del expte. relativo a la inhabilitación de la madre, apiolado a autos). Tenemos ya un eslabón por demás débil en la familia que se predica como plausible en la apelación. Veamos el resto de los eslabones.----------

--- En lo tocante al progenitor del niño, el mismo ha sido catalogado desfavorablemente en el ejercicio de su eventual rol de sostén familiar, expresando el informe del perito psiquiatra que por sus características psicopáticas "no se visualiza que la aplicación del programa público pueda cambiar la situación de hecho estructural" (cfr. fs. 457 vta. del expte. Nro. 330/2010).----------

--- Y finalmente, el último eslabón de la familia, el niño, en el mismo informe de fs. 457 se establece que el niño sufre un retraso madurativo, que ha sido atendido pero algo tardíamente y que su inserción en la familia presenta serios riesgos para el menor.-------

--- En tal situación tenemos delante tres eslabones por demás débiles para armar una cadena familiar, la que no puede conformarse sobre esa base, máxime cuando la interacción de esos tres sujetos con su carga de incapacidades documentadas a cuestas no hará más que acendrar sus respectivos problemas e incapacidades, exponiendo al niño a un severo riesgo, que no es potencial sino que está dictaminado sobradamente en la causa, como surge claramente del informe de fs. 457 ya citado.-----

--- No tengo duda de que lo mejor es que los menores sean criados en una familia; ello, a condición de que la concreta familia de que se trate no signifique un peligro para ellos o los exponga a riesgos severos, que aparecen a priori de exponerlos y que, por tanto, pueden evitarse.----------

--- La Convención de los Derechos del Niño en su art. 9 y el art. 25 de la Ley III n° 21 – antes Ley 4.347- sienta el principio general de que los menores deben ser criados y educados en el seno de sus núcleos familiares; pero no se trata en ninguno de esos cuerpos normativos de una regla absoluta ni de un principio invariable. Por el contrario, tal principio rector admite excepciones en casos en que la convivencia en el seno de su familia vulnere o haga peligrar el interés superior de los menores.----------

--- En dos votos de mi autoría, en sentencias de esta Sala, he dejado sentado que si se llegase al extremo de que los derechos de los padres y el interés superior del niño estuvieran en conflicto, el interés del niño puede motivar legítimamente la limitación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de sus padres (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 18/9/08 in re “S., L. M. c/L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), con cita de COURTIN, Christine, "L'intérêt de l'enfant et les droits et libertés fondamentaux des parents”, en Recueil Dalloz 2001, sec. Jurisprudence, p. 422); en igual sentido, Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, 15/12/2009, “V. R. O. c/ R. A. C. s/ Tenencia”, con primer voto del Dr. Ferrari y segundo voto del suscripto).----------

--- Recordé en esos votos que en un artículo doctrinario argentino se postuló atinadamente que “El principio de sustentación de los derechos es el interés superior del niño, según el art. 1 de la ley 26.061, definido en su art. 3 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos" en la ley. Lo puntualiza el mismo artículo cuando se refiere a aquello cubierto por el deber de respeto: la condición de sujeto de derecho de todo niño y adolescente, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en consideración, el pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común, su centro de vida (el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas, la mayor parte de su vida). Está dispuesto que

cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de niñas, niños o adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros" (MÉNDEZ COSTA, María J. - MURGA, María Eleonora, "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino", LA LEY 2006-A, 1045).----------

--- Dije luego que lo fundamental, al momento de resolver la cuestión sub lite es tener en cuenta el interés superior de los niños que se encuentran involucrados en esta disputa (art. 1,3 y cctes, Ley 26061).----------

--- Y no debe soslayarse la existencia de algunos fallos reveladores en esta materia. Ellos son: a) La necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3°, brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio (CSJN, 28/8/07, " S., L. E. c. Diario El Sol", en LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia", Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. V, p. 1097, dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hizo suyo).----------

--- b) El principio rector del interés superior del niño obliga a buscar una solución integral respecto a la problemática que los menores presentan, desde los parámetros fijados en la ley 26.061. De esta forma, deberá establecerse un control judicial para verificar el pleno respeto por los derechos y garantías de los menores (C. Nac. Casación Penal, Sala 3ª, 11/12/07, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación" (causa n° 7537), voto de la Dra. Ángela Ester Ledesma, al que adhirieron los Dres. Tragant y Righi, en LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia", cit, t. V, p. 1097).----------

--- c) Nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades" (C. Nac. Casación Penal, Sala 3ª, 11/12/07, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación" (causa n° 7537), voto de la Dra. Angela Ester Ledesma, al que adhirieron los Dres. Tragant y Righi. en LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia", cit, t. V, p. 1098, con cita de Cilero Bruñol, Miguel: El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en AA. VV. "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", citado, p. 77).----------

--- d) El primordial interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3.1.— impone a toda autoridad en los asuntos concernientes a la infancia estriba en satisfacer las necesidades de aquél del mejor modo posible para la formación de su

personalidad (CSJN, 17/4/07, “Antinao, Celia c. D. C., M. A. - D., G. N.”, en DJ 2007-2, 548, voto en disidencia del doctor Fayt).----------

--- A ello deben sumarse tres pautas extraídas de otros fallos de la CSJN: a) el interés material y moral de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación (Corte Sup., 1/6/04, “Q., M. J. y otros v. C., J. y otros”, JA 2004-IV-754);----

--- b) La regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres (Corte Sup., 13/3/07, “A., F.”, JA 2007-III-48, voto del Dr. Maqueda); y----------

--- c) Pero es claro que el alcance del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño es el de priorizar el "interés superior del niño" en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles; no, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés (Corte Sup., 3/4/01, “S., V. v. M., D. A.”, voto en disidencia del Dr. Petracchi).----------

--- Dejé sentado luego que debía quedar claro que el interés superior de los niños involucrados en esta disputa habrá de ser la pauta axial para resolverla (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 18/9/08 in re “S., L. M. c/L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008) ; ídem, 15/12/2009, “V., R. O. c/ R., A. C. s/ Tenencia”, con primer voto del Dr. Ferrari y segundo voto del suscripto).----------

--- Pero ¿en qué consiste el interés superior del niño en autos?. En primer lugar, en evitar exponerlo a los riesgos graves que para su salud, integridad y maduración significa colocarlo en el seno de una familia que no posee la funcionalidad mínima imprescindible para desempeñar los importantes roles que la familia lleva aparejados.----

---- Justamente, la Asesoría de Familia e Incapaces ha entendido en la especie que éste era un caso de esos que merecían la solución excepcional de extraer al niño de su entorno familiar para preservarlo, lo que la ha llevado a iniciar y continuar esta causa persiguiendo el objetivo de arribar a un pronunciamiento judicial que protegiera el niño. -

--- La solitaria mención, enfática pero huérfana de apoyatura en autos, de que no se ha dado cumplimiento a las pautas de protección familiar de la ONU y las buenas intenciones –que esta Sala comparte como aspiraciones- que exhibe el memorial de apelación no alcanzan para conmover lo decidido en el grado, cuando no se aprecia que el recurso haya conseguido poner de manifiesto los vicios objetivos que padecería el decisorio de grado.----------

--- La claridad de los informes técnicos producidos en la causa dan cuenta de una realidad familiar bien distinta a la que esgrime la apelante, que a la par ensordina el riesgo que se haría correr al menor de hacerse lugar a lo que su parte solicita. Ello así, aún compartiendo las expresiones que deshila la fina sensibilidad humana del letrado

de la apelante, no queda más remedio que concluir que estamos aquí ante un supuesto clarísimo de excepción a la regla de la permanencia del menor en su familia de origen.--

--- Las probanzas de la causa acreditan sin la menor duda que los padres del menor, desafortunadamente, no poseen las condiciones y aptitudes para ejercer los roles familiares y parentales que reclaman, tal como lo resolviera la a quo, en decisorio de grado que ha de confirmarse.----------

--- En segundo lugar, cabe responder a lo dicho por el Sr. M. Á. C., codemandado de autos, quien cuestiona que se pretenda construir una presunción en su contra derivada del hecho de no haberse prestado a la realización de un psicodiagnóstico, censurando que se afirme luego que él no prestó colaboración en el proceso. En respuesta a tal argumento, debe decirse que la actitud asumida en la causa por su parte que se plasmara en una negativa a someterse a un psicodiagnóstico, no es una actuación procesal neutra para una persona que reclama que se le devuelva la custodia de un menor. Exponer a un menor al riesgo de una persona que se ha negado a someterse a un diagnóstico excede lo admisible en materia de riesgos y constituiría una actuación irresponsable. ----------

--- Además, la actitud del codemandado C. es captada por el art. 165 inc. 5, última parte, Ley XIII, Nro. 5, que dispone que la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso puede constituir un elemento de convicción corroborante de la prueba para juzgar la procedencia de la pretensión.----------

--- La actuación del codemandado C. en esta causa lejos ha estado no solo de lo deseable para un litigante, sino de lo admisible como actuación mínima exigida a ellos. Por ende, no cabe sino considerar que sus varias inasistencias a las entrevistas programadas para evaluar su estado (cfr. fs. 62, 75 y 195), tengan un resultado neutro en la apreciación de la prueba reunida en la causa, sino que deben constituir un factor a evaluar negativamente a título de falta de colaboración o reticencia con el tribunal para esclarecer la verdad material en autos, conducta que no hace otra cosa que profundizar el criterio que venimos expresando y se deducía de las pruebas glosadas en la causa.--

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Velázquez de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios.----------

--- En lo concerniente a la imposición de costas, al tratarse de una cuestión de familia no patrimonial, en la que –además- uno de los padres carga con una discapacidad mental manifiesta, no corresponde la aplicación al caso del principio rector de la imposición de costas al vencido; ello, por otra parte, porque es comprensible y hasta lógico que los progenitores procuren ejercer su función y, cuestionen las decisiones que consideran que les impiden ejercerla, cuando consideran que están capacitados para ello. ----------

--- Por último, no estamos aquí en presencia de una litis en sentido clásico, sino de una cuestión de familia de ribetes muy singulares, lo que hace que las costas deban seguir en su imposición esas singularidades, so pena de plasmar una solución inconveniente;

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

por ello, corresponde imponer la carga de las costas de esta instancia en el orden causado (art. 69 segundo párrafo C.P.C.C.).----------

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos devengados en esta instancia por los Dres. A. S. B. y R. E. N. en la suma de $ 170 para cada uno de ellos, montos que se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 59 de la Ley V n° 90,5,7,8,13,29 de la Ley XIII n° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió:----------

----Frente al acuerdo alcanzado al tratar la precedente cuestión, corresponde confirmar la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia en el orden causado y regulando los honorarios de los Dres. A. S. B. y R. E. N., por sus labores de alzada, en la suma de $ 170 para cada uno de ellos.----------

----ASÍ LO VOTO.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión. ----------

--- Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17).----------

--- Trelew, de julio de 2011.---------- -

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia en el orden causado.----------

--- REGULAR los honorarios de los Dres. A. S. B. y R. E. N., por sus labores de alzada, en la suma de $ 170 para cada uno de ellos.----------

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

MARCELO J LOPEZ MESA CARLOS A. VELAZQUEZ

JUEZ DE CAMARA PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.011 – SDF.- Conste.-

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA