Puerto Madryn, Diciembre de 2011

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**Z.; O. E. y Otro S/ Medida de Protección (de M. D. G.)", Expediente 296 Año 2011** venidos del Juzgado Familia N° 2, por haber interpuesto a fs. 67, la Sra. M. G., recurso de apelación contra el auto interlocutorio registrado bajo el Nº 444 del año 2011 de fs. 56/60.

I. A fs. 56/60 la Sra. Jueza de grado resuelve hacer lugar a la medida de protección instada, y otorgar cautelarmente la guarda judicial del menor M. E. J. D. G., a sus abuelos paternos, por el plazo de seis (6) meses, pudiendo acortarse y/o prorrogar dicho plazo si las circunstancias debidamente acreditadas lo justifican.

La Sra. M. G., progenitora del niño, se agravia con la medida dispuesta por la *a quo*. En su memorial de fs. 73/74, refiere que la misma no obedece a directivas legales respecto del fortalecimiento y sostenimiento del vínculo familiar.

Aduce que la Magistrada omite valorar cuestiones que resultan relevantes a fin de tutelar los derechos de su hijo, considerando que la sentencia se aparta del interés superior de éste.

Destaca que la Lic. Franca, en el informe de fecha 24 de junio de 2011, concluye que los niños deben permanecer bajo su cuidado con seguimiento por parte del Servicio de Protección.

Señala que no es una persona con problemas físicos ni psíquicos que le impidan asumir responsablemente el cuidado y educación de su hijo, siendo la única problemática por la que atraviesa socioeconómica.

Cita leyes nacionales, provinciales y tratados internacionales.

A fs. 89 se encuentra agregada en autos, la audiencia celebrada por ante ésta Excma. Cámara de Apelaciones; y a fs.91 la contestación de la vista que

le fuera concedida a la Asesoría de Familia e Incapaces, en donde considera, atento no haberse evaluado cambio alguno en la progenitora, y conforme el informe realizado por la Lic. Elsa Sanchez en el Expte. 290/2011, que E. debe continuar provisoriamente al cuidado de sus abuelos paternos.

II. 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, "Antinao, Celia 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..."*.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial 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 C.D.N.).-

En igual sentido la Corte de 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 (artículos 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.

La evaluación psicológica de fs. 194/196 de los autos "Asesoría de Familia e Incapaces s/ Medida de Protección (de los menores G.C.F G. y M.E.J D. G.), Expte. 290/2011, con más los informes agregados en los presentes autos, son prueba suficiente y eficaz para tener justificado con el grado de certeza que exige este pronunciamiento, que el niño en este momento no tiene adecuado resguardo junto a su progenitora.

En la audiencia celebrada en la sede de esta Cámara, se advirtió la intención de la Sra. G. en recuperar la custodia de su hijo, pero por otro lado, no se observa predisposición, ni intención de cumplir con lo que le fuera ordenado por la magistrada *a quo* para que ello ocurra, situación que asimismo se ve reflejada en los informes del Mini Hogar agregados en el expediente *ut supra* mencionado.

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. Claudia Franca de fs. 17/18 surge: "Considerando las dificultades de la Sra. G. para el ejercicio de su rol materno, recomiendo que la misma realice un tratamiento psicológico de efectivo cumplimiento; presentando regularmente informe de la evolución del mismo, por parte de su profesional tratante. La finalidad principal del tratamiento, gira en torno a que la Sra. pueda desarrollar pautas de cuidado, atención, protección y contención de sus hijos... Teniendo en cuenta la necesidad de la Sra. G. de buscar trabajo, y el hecho de no contar con una red de apoyo familiar que pueda asumir el cuidado y atención de sus hijos M. y C., durante el tiempo en el que se aboque a la búsqueda de empleo recomiendo que los niños permanezcan en el minihogar durante algunas horas del día ".

En los autos: "Asesoría de Familia e Incapaces s/ Medida de Protección (de los menores G.C.F G. y M.E.J. D. G.) Expte. 290/2011 se encuentra agregado un informe psicológico realizado a la Sra. M. G., en el cual se concluye que la misma padece de un Trastorno límite de personalidad, severo. Asimismo, se señala que se visualiza una inestabilidad general interna, niveles ansiosos paranoides de importancia, niveles agresivos altos, posibilidades de incurrir en actings auto y heteroagresivos, sin conciencia de enfermedad, entre otros aspectos.

Ante la renuencia de la progenitora de iniciar tratamiento psicológico para revertir la situación actual, y el rechazo a cualquier apoyo que intenta brindársele, teniendo en cuenta la provisoriedad que caracteriza a las decisiones en el derecho de familia, con más la vista favorable de la Asesoría de Familia e Incapaces (v. Fs. 91) se confirmará la resolución en

crisis, ello sin perjuicio, del trabajo multidisciplinario con el que se aborde el grupo familiar y la adopción de cualesquiera sean las opciones para lograr el reintegro de M. E. junto a su madre.

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. 56/60 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 y encontrarse con licencia la Dra. María Inés de Villafañe(art 8 y 9 Ley V N° 17).

REGISTRADA BAJO EL N° /11 SIF.-