Trelew, de setiembre del año dos mil quince.----------

--- **VISTO:** ----------

--- El llamado de autos para resolver de fs. 198vta.----------

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

-- I.- Que en la audiencia celebrada el día 26-08-15 glosada a fs. 197/198vta. el Dr. Ricardo Nassif solicita que atento las manifestaciones vertidas en la audiencia y la preocupación de los operadores que en forma cotidiana tienen contacto con los niños y en pos de defender su interés superior solicita el levantamiento de la prohibición de acercamiento de la Sra. M. M. hacia sus hijos para facilitar el contacto entre los hermanos. Así mismo la Dra. N. apoderada del Sr. M. M. manifiesta que adhiere a lo planteado por el Dr. Nassif y solicita el levantamiento de la medida de prohibición de acercamiento del Sr. M. respecto de sus hijos.---------- Corrido traslado al Ministerio Pupilar manifiesta que formula oposición a la petición formulada por ambos progenitores principalmente teniendo en cuenta las constancias agregadas en autos, las denuncias que se han acompañado al expediente por el que tramita la medida de protección en el transcurso del mes de Julio de distintas personas que han presenciado violencia física de la Sra. M. M. hacia sus hijos, verbales y violencia psicológica también.---------- Respecto del Sr. M., manifiesta que el mismo solicitó se deje sin efecto la medida en el expediente 341 – año 2012, donde se solicitó acompañe documentación que aclare el presunto ASI que se le había imputado no habiendo dado cumplimiento con ello. No media oposición de su parte respecto de la revinculación de los hermanos entre sí. Sigue diciendo la Asesora de Familia que le gustaría que se tuviera en cuenta lo sucedido el día 15 de agosto de 2015 que fuera informado por el Servicio de Protección de Derechos en cuanto a los motivos por los cuales la Sra. M. dejó a sus hijos solos en el Centro Integral de la Mujer. Solicita se remitan las actuaciones que obran en media carátula respecto del expediente 341-año 2012.---------- Por otra parte, la Dra. A., abogada de K., al contestar el traslado que le fuera conferido de la petición efectuada por sus progenitores refirió que presta su conformidad, respecto de ambos, pero que no sabe que pasará respecto de Jesús con su papá.----------

--- II.- Cabe comenzar señalando que de los autos caratulados: “Asesoría de Familia e Incapaces s/ medidas de protección K. C., J. N. y N. A. M. (Expte. 341- Año 2012), agregados por cuerda a los presente, surge que a fs. 632 (cuarto cuerpo) se dispuso la suspensión cautelar de contacto de la Sra. I. M. M. respecto de sus hijos; y a fs. 243 (segundo cuerpo), la prohibición provisoria de acercamiento respecto de su progenitor M. F. M.---------- --- Asimismo en la audiencia celebrada a fs. 197/198vta. de autos, y del citado expediente agregado por cuerda (ver fs. 913, respecto de R. informe de la Dirección General de Servicio de Protección de Derechos a Niños,

Adolescentes y la Familia, denuncia policial de fs. 944 y vta. y pedido de restitución de fs. 947/948 de la Sra. A. I. T., respecto de K., acta de audiencia de fs. 971, entre otras) surge que la Sra. M. se encuentra conviviendo con sus hijos a pesar de encontrarse vigente la medida antes citada. A su vez surge de la audiencia de fs. 195/196 que los niños K. y R. han permanecido con su padre durante las vacaciones de Julio y Enero.----------

-- Por otra parte, han sido oído los niños en las audiencias de fs. 195/196 y 201 y vta. manifestando K. y R. su deseo de permanecer con su madre (fs. 195 in fine) a la vez que J. manifiesta que hace mucho que no ve a sus hermanos y su mamá, que quiere estar con sus hermanos y su mamá, que para él lo importante es que estén los tres hermanos juntos.----------

-- III.- Cabe precisar que las medidas especiales de protección que prevé el art. 19 de la C.D.N., debe ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto, teniendo en miras el interés superior de los niños que implica considerar todos los bienes necesarios para su desarrollo integral y la protección de su persona, entre ellos los que más convienen en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto. (Biocca, Stella Maris, “Interés Superior del Niño”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 30, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 23) .----------

-- Que en el caso de autos, cabe resaltar la modificación de las circunstancias fácticas de los menores desde la llegada de los autos a esta Alzada, época en la que los niños permanecían en el Centro Integral de la Mujer y la actualidad, cuando se toma conocimiento con motivo de las audiencias celebradas en autos, que han sido trasladados imprevistamente a la casa de su abuela en la ciudad de Puerto Madryn conforme surge de las audiencias antes citadas.----------

-- En este marco fáctico, estima esta Alzada que lo primordial es restablecer la situación de K. y R., quienes han interrumpido su asistencia escolar y la cotidianeidad que mantenían en la ciudad de Rawson. A fin, de que retomen la asistencia a un establecimiento escolar, de allí que corresponde disponer que de inmediato se lleven adelante las gestiones para obtener el pase de los mismos a la escuela más cercana al domicilio que residen, encomendando las diligencias pertinentes al Servicio de Protección de Derechos de la ciudad de Rawson.---------- IV.- Respecto, a la revinculación de K. y R. con su hermano J., ya fue resuelta en la audiencia glosada a fs. 210/212 en la cual se resolvió que el Servicio Social de la ciudad de Rawson implementará el traslado de K. y R. desde la ciudad de Puerto Madryn al domicilio de los Sres. M. L. M. C. y A. G., donde permanece J., habiendo manifestado los nombrados su predisposición para que se produzcan estos encuentros.----------

-- Cabe añadir que en el futuro se deberá propiciar que se mantenga con la mayor asiduidad que sea posible la repetición de tales encuentros entre los hermanos

independientemente de los avatares procesales que se presenten con motivo de los planteos y decisiones adoptadas respecto a sus progenitores.----------

-- V.- En orden al levantamiento de la medida de prohibición de acercamiento de los niños con sus progenitores, se adelanta no ha de prosperar la solicitada por el Sr. M. F. M.----------

--- Ello así, en razón de las constancias obrantes a fs. 228/232 en el expediente agregado por cuerda a los presentes de las que surgiría la posible existencia de un episodio de ASI, pues la protección que cabe otorgarles a los menores debe ser interpretada en un sentido amplio, en cuanto es un deber del Estado brindarle las garantías necesarias para su desarrollo y bienestar integral físico, mental, espiritual moral, psicológico y social. Ello hasta tanto se devele lo acontecido.----------

- --- En efecto, la C.I.D.H. reafirma que la determinación del interés superior del niño, en el caso de custodia y cuidado de menores de edad se debe hacer a partir de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y no especulativos o imaginarios (CIDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile y Forneron vs. Argentina, Cfr. Inter alia en Australia: In the marriage of. C. and. J. A. Doyle, (1992) 15 FAM, L.R. 274, 274, 277, cit por Herrera, Natalia Soledad, “La participación del niño en el proceso a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial” en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año VII, Nro. 3, Abril 2015, Ed. La Ley, págs. 17/18).----------

---- VI.- Con respecto a la solicitud de levantamiento de la suspensión cautelar de contacto de la Sra. M. con sus hijos, cabe considerar que en la audiencia glosada a fs. 195/196 K. y R. manifestaron su intención de permanecer junto a su madre.--- Sin embargo, atendiendo a los informes glosados en el expediente 341- año 2012, desde el inicio de las medidas de protección respecto de sus hijos, y más recientemente los hechos de los que dan cuenta las actuaciones producidas en media carátula en primera instancia correspondientes al mismo expediente, (agregadas por cuerda en fotocopia certificada a los presentes autos), especialmente los informes de la Directora del Servicio de Protección de Derechos de la Municipalidad de Rawson glosados a fs. 01 y 04vta. el informe labrado en la comisaría de Rawson obrante a fs. 19, la presentación de la Asesora de Familia de fs. 21/22, y por último el informe de fs. 37 que da cuenta del retiro de la Sra. M. de las instalaciones del CIM, conducta que fuera ratificada por la Sra. M. en el acta de audiencia de fs. 197/198vta. de los presentes autos y en la presentación de la abuela materna Sra. A. I. T., glosada a fs. 216/219vta. de autos, evidencian la ausencia de estabilidad y armonía indispensables para mantener la convivencia pacífica de tal modo que permita el desarrollo normal e integral de los menores, imprescindible para mantener la

comunicación de la progenitora con sus hijos.----------
-- Ello así, pues si bien la opinión del niño debe ser tenida en cuenta, considerada e integrar ineludiblemente la motivación de la decisión, puede o no seguirse siempre que pueda argumentarse de la prueba rendida en la causa que la opinión del niño resulta dañosa para sus derechos. Y, tal es lo que se vislumbra en el caso de autos, los sucesivos conflictos de convivencia, la interrupción intempestiva de la actividad escolar de los niños, y la falta de una residencia en un lugar habitual de modo permanente, “prima facie” indican que no se dan los presupuestos indispensables para levantar la medida cautelar dictada.----------
-- La responsabilidad parental que pesa sobre la progenitora y que se traduce en la obligación de orientar, cuidar y acompañar a sus hijos evidencia importantes falencias a tenor de los antecedentes mencionados, encontrándose los niños en una permanente situación de inestabilidad e incertidumbre respecto de las conductas que adoptará su madre, que lejos está de satisfacer el deber materno que le impone el art. 18, ap. 1 in fine de la CDN enderezado a procurar su desarrollo integral y su protección, aspectos que integran el interés superior de los menores, entendido como el que más conviene dada una circunstancia determinada y un caso concreto en particular.----------
--- En efecto, el interés superior del niño proporciona un pauta objetiva que permite definir una situación específica por lo que resulta de mayor beneficio para el niño. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. Esto significa que resultará de interés de éste toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos, y perjudicial aquéllas que puedan vulnerarlos (Grosman, Cecilia P., “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”,
LL, 1993-B-1094). ----------
-- Se ha resuelto que, la atención primordial del “interés superior del niño” a que alude el art. 3 de la Convención de 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; este principio proporciona así un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del menor con los adultos que lo tienen bajo su cuidado, y la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor, de modo de que, frente a un presunto interés del adulto, se priorice el niño (SCBA, 26/10/10, “R., M.L. v. C., H”, Abeledo Perrot, N° 70066944).---------- Ello así, por los fundamentos expuestos corresponde rechazar el levantamiento de la suspensión cautelar de contacto de la Sra. I. M. M. respecto de sus hijos
K., R. y J.----------
--- VII.- Atendiendo a que la abuela materna A. I. T. manifiesta su intención de permanecer al cuidado de K. y R. hasta superar la situación existente según se desprende del escrito glosado a fs. 216/219vta., que de los informes agregados en el expediente 341- año 2012 surge que mientras K. permaneció bajo al guarda de su

abuela, se habían cumplido las pautas establecidas con la finalidad de otorgarle a la misma un lugar de permanencia estable con los cuidados y atención que requiere (ver informe de fs. 866/867 y 871/872), corresponde atribuirle la guarda provisoria de los mismos hasta tanto se pronuncie esta Alzada respecto de los recursos de apelación articulados contra la sentencia definitiva dictada en autos.---------- En tal contexto, dése intervención al Servicio Social de Puerto Madryn, a fin de que evalúe la necesidad de los niños de recibir asistencia psicológica, disponiendo lo pertinente a tal fin e informe cada quince días al respecto.---------- Ello así, porque el derecho de los niños a ser oídos no implica que no puedan desatenderse sus preferencias, si de los elementos obrantes en la causa provenientes de una objetiva valoración de su medio, como en el caso traído a conocimiento de esta Alzada, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés. En tal caso, se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientar a los niños para la comprensión de la decisión y sus motivos.---------- Asimismo, toda vez que de las audiencias glosadas a fs. 195/196 y fs. 197/198vta. surge que la progenitora percibe la cuota alimentaria de sus tres hijos, y que conforme lo expresado en los párrafos que anteceden permanecerán bajo la guarda provisoria de su abuela K. y R.; a la vez que J. permanecerá con la familia M. C. y G., y dado que la cuota alimentaria se ha establecido en beneficio de los menores, es que se encomendará a la Asesora de Familia de la ciudad de Rawson, que arbitre los medios necesarios a fin de que sea percibida proporcionalmente por los guardadores con destino a atender las necesidades de los beneficiarios de la misma (args. art. 661, inc. c) CCyC).----------

-- **<u>Disidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero</u>.**----------

- Si bien el suscripto comparte las decisiones de los magistrados expresada en los párrafos que anteceden respecto a la necesidad de mantener la escolaridad de K. y R. sin interrupciones, de propiciar la comunicación entre los hermanos, como asimismo en el otorgamiento de la guarda provisoria a su abuela materna, Sra. A. I. T., y la intervención de la Asesoría de Familia respecto de la distribución de la cuota alimentaria que percibiría actualmente la Sra. M. M., entre la abuela materna guardadora de K. y R. y la familia que acogió a J., y mantener la prohibición de acercamiento respecto del progenitor de los menores, Sr. M. F. M., he de disentir respecto del mantenimiento de la suspensión cautelar de contacto respecto de su progenitora, Sra. M. M.---------- Al respecto, cabe traer a colación la autonomía progresiva que promueve el nuevo código civil y comercial en relación a las personas menores de edad, de conformidad con los arts. 25 y 26. En efecto, el reconocimiento de la adquisición gradual de las aptitudes y cualidades madurativas de las personas menores se constituye en un principio rector determinante para el ejercicio de sus derechos. Este concepto

propone el reconocimiento a medida que los niños adquieren mayores competencias, de mayor capacidad para asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de protección.----------

-- Ello así, atendiendo a las edades de K., R. y J., obviamente, sin que sus manifestaciones de deseos implique que deban ser aceptadas incondicionalmente, debe considerarse que su opinión se convierte en pauta central a ser tenida en cuenta para determinar el interés superior en el caso concreto. Es decir, en la situación fáctica por la que transitan actualmente. De allí, que hacer lugar a la opinión del niño, por más que desde una mirada adulta se considere contraria a su propio interés, significa que sea protagonista de sus decisiones. En el peor de los casos, esta opinión siempre valdrá para que el niño tome conciencia sobre el efecto beneficioso o no de su decisión, constituyéndose en una experiencia vital para sí mismo (Minyerski, Nelly – Herrera Marisa “Documento de trabajo sobre la nueva ley de protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 26061)”, pág. 21 revista citada).---------- En tal marco de consideraciones, es que habiendo manifestado los tres menores M. su deseo de ver y mantener comunicación con su madre, sin perjuicio que de hecho ésta lo hace respecto de K. y R. desde que volviera a la casa de su madre quien los tiene a su cuidado, violando la prohibición de acercamiento vigente hasta la fecha, estimo que procede su levantamiento aún cuando condicionado.---------- En tal sentido, es de destacar que las decisiones judiciales que se adoptan respecto de personas menores están signadas por la provisoriedad, y lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en el marco provisorio de la situación planteada.----------

--- Ello así, sin perjuicio de que oportunamente se deberá resolver en definitiva respecto del estado de adoptabilidad de los menores declarado en la instancia anterior, procede, como lo adelantara, levantar mientras tanto y de manera condicionada la medida de suspensión de contacto de los niños respecto de su madre.----------

--- Es que, en este marco fáctico, cabe subrayar que nos desconozco las alternativas por las que han transitado los menores, lo que diera fundamento a la medida de prohibición de acercamiento dispuesta. De allí que de reiterarse algún suceso del tenor de los acontecidos, se reinstalará la prohibición de acercamiento de la progenitora respecto de sus hijos de inmediato.---------- ----

- --- En síntesis, por lo hasta aquí expuesto, propicio hacer lugar al levantamiento de la suspensión cautelar de contacto respecto de su progenitora, Sra. M. M., sin perjuicio de la resolución que en primera instancia se adopte respecto a la petición de la Sra. A. I. T. respecto de su hija M. M.---------- En relación al menor J., su madre podrá verlo en el domicilio de los Sres. M. C. y G., previo aviso y consenso de los mismos sobre día y hora de visita.------ En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de

Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, por mayoría, **RESUELVE:**---------- ---------- I. Disponer que se lleven adelante de inmediato las gestiones para obtener el pase de los niños M. K. C. M. y N. A. R. M. a la escuela más cercana al domicilio que residen en la ciudad de Puerto Madryn, encomendando las diligencias pertinentes al Servicio de Protección de Derechos de la ciudad de Rawson.---- II. Rechazar la petición de levantamiento de prohibición de acercamiento de los niños M. K. C., N. A. R. y M. J. N. M. respecto de su progenitor M. F. M.---------- III. Rechazar el levantamiento de la suspensión cautelar de contacto de los niños M. K. C., N. A. R. y M. J. N. M. respecto de su progenitora I. M. M.----------
IV. Otorgar la guarda provisoria de M. K. C. y N. A. R. M. a la Sra. A. I.T., hasta tanto se pronuncie esta Alzada respecto de
la cuestión de fondo.----------
-- V. Dése intervención al Servicio Social de Puerto Madryn, a fin de que evalúe la necesidad de los niños de recibir asistencia psicológica, disponiendo lo pertinente a tal fin, e informe cada quince días al respecto.----------
-- VI. Encomendar a la Sra. Asesora de Familia de la ciudad de Rawson, la realización de las gestiones pertinentes respecto de la cuota alimentaria correspondiente a los menores, conforme se indica en el considerando respectivo.----------
--- VII. Remitir copia certificada del presente pronunciamiento al Juzgado de Familia Nro. 3, para ser agregada a las actuaciones que tramitan por media carátula, correspondientes a los autos caratulados: “Asesoría de Familia e Incapaces s/ medidas de protección K. C., J. N. y N. A. M.” (Expte. 341- Año
2012).----------
-
--- Regístrese y notifíquese.----------

RAUL ADRIAN VERGARA **ALDO LUIS DE CUNTO** **SERGIO RUBEN LUCERO**
JUEZ DE CAMARA **PRESIDENTE** **JUEZ DE CAMARA**

REGISTRADA BAJO EL NUMERO DEL AÑO 2015 -SIF. CONSTE.

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA