Comodoro Rivadavia, mayo de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"ASESORIA DE FAMILIA (U.J.) s/ MEDIDA DE PROTECCION (Legajo de copias art. 252 inc. 2 CPr.)" Expte N°110/2019**, venidos del Juzgado de Primera Instancia de Familia N°3 (Expte N° 371/2018) venidos por haber interpuesto a fs. 415 A. F. J. F., recurso de apelación contra la resolución de fs.407/407vta. que prorroga la medida de integración provisoria de su hijo con la familia de acogimiento, por el plazo de noventa días.

I- Recurso.

1.- La recurrente, en su memoria de fs.431/435vta. sostiene que la decisión es arbitraria porque carece de adecuada motivación fáctica jurídica. Alega que no se tiene en cuenta los informes presentados por el Dr. E. y la Lic. B. Solicita se revoque la medida y se restituya el niño a su progenitora, en su caso, se implemente un dispositivo de acompañamiento a fin de preservar el vínculo. Hace reserva del caso federal.

2.- Una vez expresados los agravios se celebraron sendas audiencias para tomar contacto con el niño, el grupo familiar alternativo y con su madre.

3.- Posteriormente, la Sra. Asesora de Familia contesta la vista conferida efectuando una extensa y puntual reseña de los hechos que dan sustento a la decisión adoptada. Expone los fundamentos normativos que la sostienen y, sostiene la pertinencia del mantenimiento de la medida. Destaca que requirió la declaración judicial de la situación de adoptabilidad del niño U.J., pedido que se sustanció y que se encuentra pendiente de resolución.

II. Tratamiento de los agravios.

Los argumentos de la recurrente relativos a la carencia de una adecuada motivación fáctica de la resolución no pueden prosperar en tanto encuentran en los antecedentes documentados de la intervención un valladar insuperable. Estos han sido enunciados por la magistrada y la Sra. Asesora, al contestar la vista en esta instancia.

Recordemos que el presente se inicia con motivo de la agresión sufrida por U.J. en marzo de 2018, entonces se siete meses de edad, que le causaron serias lesiones (contusión pulmonar, politraumatismo con trauma de cráneo grave, lesión perianal) con riesgo de vida y que han dejado secuelas graves en la salud de U..

El maltrato y violencia física a que fuera sometido U. le causó politraumatismo craneal, siendo necesario que recibiera asistencia respiratoria y cuidados en terapia intensiva a fin de preservar su vida. Estas lesiones le dejaron como secuela hemiparesia facio-braquio-crural izquierda (pérdida de la movilidad del cuerpo del lado izquierdo), con mayor compromiso del brazo izquierdo y la afectación de control postural, déficit en el sistema visual, retraso en la adquisición del lenguaje, convulsiones. Como consecuencia de ello, U. requiere terapias en las áreas de kinesiología y psicología, fonoaudiología, terapia ocupacional, medicación y control neurológico y/o neurocirujano (ver informe de fs.258/260vta.), necesarias para lograr el desarrollo de sus habilidades funcionales y desarrollo sensoriomotor.

En este contexto el vicio denunciado por la recurrente no se verifica.

El eje rector para resolver la cuestión es el interés superior del niño; concretamente la satisfacción de sus derechos, principio establecido expresamente por el art 706 inc. c) del C.C.C., que debe priorizarse en caso de conflicto con el de los adultos, y da sustento a la medida.

El interés superior del niño no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en todo ámbito y donde deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y a la vez, en el área de las relaciones entre particulares (Bidart Campos, Germán, nota al fallo T. Coleg. Familia 1° Quilmes, La Ley t.1999-C). Este principio debe ser entendido desde una comprensión integral y armónica de todas las directivas contenidas en la Convención Internacional de Derechos del Niño -C.I.D.N.-. En este sentido, el art. 7.1 prescribe que el niño tiene derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. El art. 8.1, establece que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos su nacionalidad y nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. A su vez, el art. 9.1 prescribe que los Estados partes deben velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando se determine que tal separación es necesaria por su interés superior, que puede ser determinada –entre otros motivos- cuando el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres.

En la misma línea la ley 26061 establece el derecho de los niños a conocer quiénes son sus padres y la preservación de las relaciones familiares (art. 11), crecer y desarrollarse en su familia de origen, salvo que ello vulnere alguno de sus derechos reconocidos legalmente, en cuyo caso tendrá derecho a vivir, ser criado y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley (artículo citado).

En este caso, la unidad familiar y la continuidad del niño con su progenitora no respeta el interés superior de U. en los términos reseñados.

Recordemos que el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho a permanecer en su familia de origen, pero “en la medida de lo posible”, y por lo tanto subordinado a que esta familia le garantice y le respete sus derechos humanos, fundamentalmente el derecho a la vida, a la salud física y psíquica y a su integridad, derechos que en el particular han sido seriamente comprometidos.

La ley 26.601 art. 3 in fine establece que cuando exista conflicto entre los intereses de los niños frente "a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". La Corte Federal tiene dicho que, ante un conflicto de intereses, se prioriza el del niño, ya que el niño tiene derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto. Frente a un presunto

interés del adulto, se prioriza el del niño ("S.C. S/adopción", JA 2005-D-87, JA 205-IV-22; mismo sentido SCBA Ac. 84.418 19/06/02; Ac. 87.832 28/07/04).

En este sentido, la CSJN ha dicho que lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño. Por ello, y más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar" (CSJN Fallos 330:642. voto del Dr. Juan Carlos Maqueda en "A.,F s/ protección de personas" 13/03/2007, citado en Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, "Interés Superior del Niño", Diciembre 2012,1ª edición. Buenos Aires. CSJN 2013, pág. 91. Citados en el Dial DC2200).

La decisión tiene como finalidad preservar la integridad físico-psíquica del niño, sobretodo teniendo en cuenta que por su escasa edad (actualmente 18 meses) y por su estado de salud precisa de cuidados especiales y terapias específicas, como se señaló anteriormente.

Los informes del ETI n°1233/18 y su anterior n°360/18, dan cuenta que persiste la dificultad de F. de dimensionar la gravedad de la situación de U. y las secuelas de ello. Destacan que es fundamental centrarse en la situación vital de U. para la toma de decisiones. Señalan el riesgo de vida que sufrió en sus primeros meses como consecuencia del maltrato y grave negligencia

que afectaron sus posibilidades de desarrollo saludable, siendo necesario que los vínculos primarios sean de calidad, incondicionables, estables y continuos. (fs. 308/309).

Manifiestan que el foco de F. está puesto sus propias necesidades más que en las de su hijo, advierten que la voluntad de cuidar o tener al niño no alcanza para ejercer su rol de manera adecuada y protectoria.

En la audiencia de fs.253/254, el Dr. E. y la Licenciada B. declaran que F. asiste a la terapia y expresa la voluntad de tener contacto con su hijo. Establecen como alternativa la posibilidad de contacto con el niño dentro de una familia de acogimiento. Afirma el primero que:…pero "irse hoy con el niño en brazos le trae dudas, debe haber una visión integral…(sic Dr. E.)". La Licenciada A., manifiesta que una vez encontrada la familia e integrado el niño, se verán las condiciones para poder organizar un proceso gradual de vinculación con el hijo, pero que no es el momento y que las evaluaciones están encaminadas y el foco es U.

A fs. 258/260, se glosa el informe del centro de rehabilitación neuropediátrico P., del área de kinesiología y psicología familiar, que detalla el estado de salud de U., las terapias y atención médica que recibe y el vínculo de contención y de apego que el niño tiene con la familia de acogimiento, que ha posibilitado los avances en su desarrollo físico y psíquico.

Destacan la importancia del soporte afectivo que recibe U. y la decodificación de las necesidades del niño, soporte que es vital pues de no haber tenido a un adulto que lo mire, le brinde confianza, que lo proteja,

que lo calme," no podría haber sobrevivido a semejante agresión física y emocional" (fs.260).

Reiteramos, en el caso se debe priorizar el interés superior del niño y las necesidades de U., premisa básica de la decisión en crisis que no ha sido desvirtuada por la recurrente no obstante la técnica prolija e ilustrada de su representante técnico.

La extensión y la modalidad de la medida han sido dispuestas por la jueza con base en las especiales circunstancias del caso y el discurso revisionista exhibe una mera disconformidad con lo resuelto, pero no alcanza para conmover la resolución adoptada.

III.- Al proceder al estudio de la causa, advertimos que la Sra. Asesora, el 17 de octubre de 2018, promovió el pedido que se declare la situación de adoptabilidad de U. y se otorgue la guarda con fines de adopción (fs.261/287).

La magistrada requirió a la Oficina de Adopciones Delegación Comodoro Rivadavia y al Servicio de Protección de Derechos que informe sobre la existencia de familias de acogimiento y fijó audiencia (fs.288 y fs. 294). A fs.301/302 la Asesora contestó la vista conferida.

A fs. 308/309 se agrega el informe del ETI n° 1233/2018 con las entrevistas realizadas a F. J. F..

A fs. 309/310 la magistrada ordena la integración provisoria de U. con la familia de acogimiento A.-C. por el plazo de noventa días.

A fs.318, el 25 de octubre de 2018, la Asesora solicita se provea el pedido de declaración de adoptabilidad de U..

A fs. 319, la magistrada ordena correr traslado a la progenitora, que se notifica a fs.323 el 29 de octubre de 2018.

A fs.320/321, se glosa el informe de la Oficina de Adopciones sobre el proceso de vinculación del niño con la familia de acogimiento; se actualiza el mismo a fs.342/343.

A fs.356/359, el 11 de diciembre de 2018, la progenitora contesta el traslado.

El trámite descripto evidencia que se ha dado inicio al pedido de declaración de adoptabilidad del niño, que el mismo se sustanció con la progenitora y debe ser resuelto (art.3 CCyCom).

Además de la manda del Código Civil y Comercial, la ley de fondo impone a la magistratura plazos y medidas específicas para resolver situaciones como las que nos ocupa y, en tal previsión legal ha fundado la Sra. Asesora los dos pedidos referenciados (arts. 3, 607 inc. c) y ss. CCyCom).

La cuestión no es irrelevante.

En efecto, el transcurso del tiempo en la vida de una persona es esencial, pero además si esto sucede en la etapa de crecimiento, evolución y aprendizaje de un sujeto es trascendental.

Por ello, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas, la comprobación de situaciones anómalas que determinan que la permanencia del niño en el ámbito familiar originario le ocasionará sufrimientos o daños, más las recomendaciones de los órganos administrativos y auxiliares de justicia, corresponder buscar la solución que mejor armonice con el interés superior del niño y lograr su desarrollo en condiciones dignas de

salud, educación, en un marco de contención afectiva y espiritual, y privilegie su situación actual.

En consecuencia, cumplidos los plazos legales y los recaudos previstos por los arts. 607,608, 609 y cc del CCyCom., frente a los extremos acreditados en autos, se debe dictar pronunciamiento en la instancia de grado sin más trámite y así se ordena.

IV.- La recurrente pide que se reestablezca el contacto con su hijo, debiéndose tener presente las disposiciones de los artículos 555,706 y conc. del CCyCom.

El art. 555 establece que los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, deben permitir la comunicación de éstos con sus padres y familiares que enuncia la norma, siendo deber de la magistratura, en caso de oposición fundada, resolver la cuestión por el procedimiento más breve.

Se ha indicado que "el artículo en análisis comienza mencionando un conjunto de sujetos a los que se les reconoce un verdadero derecho a mantener una adecuada comunicación con las personas menores de edad… con las que se encuentran unidos por el vínculo de parentesco. Esta circunstancia no resulta menor, pues es precisamente en virtud de ello que correlativamente se impone a todo aquél que se encuentre en una posición de cuidado respecto de aquellas el deber de proveer los medios conducentes para que la instancia de trato se vea realizada. Y siendo éste un principio general que gobierna la materia, sólo podrá exceptuarse su cumplimiento por las razones concretas a las que la norma refiere…" (Lorenzetti, Ricardo Luis "Código Civil

y Comercial de la Nación” Comentado, Tomo III, página 465, Ed. Rubinzal Culzoni).

En concordancia con lo normado por el citado artículo, el 652 del mismo Código establece que la progenitora no conviviente tiene derecho y el deber de mantener una fluida comunicación con su hijo. Este derecho- deber es consecuencia de la responsabilidad parental del progenitor y a su vez es un derecho del niño en virtud que mantener dicho contacto puede favorecer su desarrollo.

En el particular, la comunicación y contacto entre madre e hijo han sido suspendidos con el dictado de la medida desde hace un año aproximadamente, vínculo que no ha sido reanudado en función de las recomendaciones adversas del ETI.

Ahora bien, teniendo en cuenta el cumplimiento de F. de las terapias psiquiátrica y psicológica y la evolución que informan los profesionales que posibilitarían reanudar el contacto con el hijo, en las condiciones que determine el ETI, corresponde hacer lugar al pedido y ordenar que, en la instancia de grado se implemente el régimen de comunicación entre madre e hijo, en la forma y mecanismo que determine el Equipo Interdisciplinario, que deberá evaluar la situación y la afectación que produce en U..

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar parcialmente el recurso y confirmar la resolución de grado. Ordenar en la instancia de grado se implemente el dispositivo o mecanismo necesario para establecer el régimen de comunicación materno-filial conforme los considerandos pertinentes. Ordenar a la magistrada de grado a dictar la resolución pertinente respecto del

pedido de declaración de adoptabilidad del niño U.J., sin más trámite.

V.- Teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión, las costas se imponen por su orden. Se regulan los honorarios de los profesionales actuantes de conformidad con la etapa del proceso, naturaleza del mismo, labor realizada, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 8, 29, 13 y ss. Ley XIII N°4 y n° 15)

Por ello, la Sala **A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia **RESUELVE**:

1°) Rechazar parcialmente el recurso de fs.415 y confirmar en la resolución de fs.407/407vta.

2°) Ordenar que en la instancia de grado de implemente el dispositivo necesario para establecer el régimen de comunicación entre F. J. F. y el niño U.J., conforme los considerandos pertinentes.

3°) Ordenar que se resuelvan en la instancia de grado los pedidos realizados por la Sra. Asesora de que se dicte la declaración de la situación de adoptabilidad de U J y se otorgue la guarda con fines de adopción fs.261/287 y fs.318.

4°) Las costas de segunda instancia se imponen por su orden.

5°) Regular los honorarios del Dr. D. C. D. A. en la suma de pesos equivalente a 4 jus.

6°) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 435.

7°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Julio Antonio ALEXANDRE
JUEZ de CAMARA

Fernando NAHUELANCA
PRESIDENTE

Silvia Noemí ALONSO JUEZA de CAMARA

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2019 DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS