En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de junio del año dos mil diecinueve, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**M., G. A. C/ D. C., B. M. S/ Privación de la responsabilidad parental" (Expte. N° 33 - Año 2019)** venidos del Juzgado de Familia N° 1 (Expte. N°425/17), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 715.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado de Familia N° 1 de esta ciudad dictó sentencia a fs. 584/599. La misma fue apelada a fs. 600 por la parte actora y a fs. 602 por la Sra. Asesora de Familia, concediéndose ambos recursos a fs. 601 y 603 respectivamente. Expresó agravios la actora a fs. 608/615 y lo hizo la Asesora de Familia a fs. 620/625 vta. A fs. 628/629 la parte demandada contestó el traslado conferido de los agravios de la actora.

La Asesoría de Familia consideró innecesario citar al niño B. M., conforme su dictamen obrante a fs. 632/y vta.

A fs. 641/y vta. esta Excma. Cámara suspendió el llamado de "autos a sentencia" y solicitó a la Oficina Judicial la remisión de copia certificada de la sentencia dictada en el Caso N° 56.770 caratulada "M. G. en Repr. de Menor B.M. Abuso Sexual Agravado - Puerto Madryn", Carpeta N° 6972 OFIJUD. La misma fue remitida y obra agregada a fs. 644/707 de autos.

2 – <u>La sentencia</u>

La sentencia recurrida suspendió a la Sra. B. M. D. C. del ejercicio de la responsabilidad parental respecto de su hijo B. M., otorgando el ejercicio exclusivo a su padre G. A. M., no haciendo lugar a la privación de la responsabilidad parental de la demandada; hizo saber al Sr. M. que deberá garantizar la continuidad del tratamiento psicológico que B. ha iniciado en su actual lugar de residencia, como también asegurar al niño un contexto estable y de protección, conforme las recomendaciones dadas por el Equipo Técnico del fuero; hizo saber al padre que deberá garantizar y oportunamente promover la vinculación de B. con sus hermanos, Valentín y Emilia, ello cuando a criterio de su terapeuta tratante, estén dadas las condiciones para proceder en tal sentido; instó al grupo familiar involucrado a continuar con sus respectivos tratamientos psicológicos; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. La sentenciante tuvo en cuenta la sentencia que dictara a fs. 290/292 por la que autorizó la permanencia de B. bajo el cuidado de su padre en la localidad de Villa Iris, Pcia. de Buenos Aires. Hizo referencia a las consideraciones del ETI (fs. 535/540) donde las profesionales actuantes expresaron que han surgido elementos recurrentes que indican que B. ha sufrido situaciones de malos tratos físicos y psicológicos en la convivencia con su madre y que al tener mayor estabilidad en su relación con el padre y su pareja, el niño pudo develar lo que le sucedía. Tuvo en cuenta el informe del ETI de fs. 219/221 sobre la personalidad de la madre del niño y que dicho Equipo determinó que la madre y el entorno resulta ser un contexto amenazante, pudiendo desestructurar la estabilidad psíquica y emocional de B., por lo que no considera conveniente que la madre pueda vincularse con su hijo o tener injerencia en las decisiones que hacen a su crianza. Destacó también que el

ETI determinó que resulta prioritario para B. permanecer al cuidado de su padre en un contexto estable y con un abordaje terapéutico adecuado.

Hizo la a quo una valoración de la prueba testimonial producida en autos; en especial a lo declarado por la Dra. N. G. refiriéndose a la pericia agregada a fs. 207/212 en la que participara y donde quedó confirmada la existencia de abuso sexual en B.. También consideró relevante la declaración de la Lic. M. M. (Psicóloga de B.) de la que surge que el niño nunca quiso sesiones junto a su madre, a todos los malestares físicos que el mismo tenía cuando se le preguntaba algo sobre su mamá, a su manifestación con respecto a que había mucha violencia física y verbal por parte de la madre y la pareja de ella hacia él y sus hermanitos y a que fue recién en Septiembre cuando hace referencia a la mamá y su pareja sobre las cuestiones que tienen que ver con el abuso. Dejó constancia la sentenciante que la testigo fue contundente al responder que B. no pudo haber fabulado en estas declaraciones y que entre Septiembre y Octubre dijo claramente no querer ver más a su mamá, insistiendo en proteger a sus hermanos.

Evaluó la a quo la declaración de la Licenciada C. C. (terapeuta de B. desde Agosto hasta el 28/11/2017) quien refiriera que el niño le manifestó que su mamá y su padrastro abusaron de él y su abuelo materno, aparte de otras personas y que no cree que el discurso de B. haya sido algo fabulado o inducido porque no podría tener toda la sintomatología que presenta y de allí que es muy difícil que esta situación no haya existido. Dejó constancia la sentenciante del relato que le hizo B. a su terapeuta sobre la forma en que abusaron sexualmente de él su madre y su padrastro. Finalmente, destaca la sentencia el dictamen de la Asesoría de Familia obrante a fs. 562/580 en el que se hace referencia a la conducta de la madre en toda esta problemática y que está en un todo de acuerdo con las conclusiones del ETI, considerando

que están reunidos los presupuestos para decretar la privación de la responsabilidad parental de la demandada.

Tuvo en cuenta la sentenciante que B. ejerció su derecho a ser oído y que consideraría su interés superior al tomar una decisión en este proceso. Expresó la a quo que la resolución que mejor protege el interés superior de B. está dado por la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de su madre por responder a lo previsto por el art. 702 inc. e) del CCyCN y al Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño. Mencionó la sentenciante quo el nuevo art. 702 del CCyCN conforme la Ley 27.363 que determina que el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure el procesamiento penal o acto equivalente por los delitos mencionados en el art. 700 bis. En este caso y conforme surge de la Causa Penal antes referida aquí, dice la sentencia que se encuentran cumplidos los recaudos que exige la ley dado que se dictó el Auto de Apertura a Juicio que es equivalente al auto de procesamiento de la madre.

Ha dicho también la decisión en crisis que al disponer la "suspensión" del ejercicio de la responsabilidad parental de la progenitora se tiene principalmente en cuenta el dictamen del ETI cuando dice que para B. su madre y el entorno resulta ser un contexto amenazante, pudiendo desestructurar su estabilidad psíquica y emocional y no consideran conveniente que la madre se vincule con su hijo ni tenga injerencia en su crianza, siendo éste un aspecto central en su recuperación.

En lo que hace a la "privación" de la responsabilidad parental peticionada por el actor con fundamento en el art. 700 inc. c) del CCyCN, ha dicho la a quo que se trata de una medida de carácter excepcional y extrema, de interpretación restrictiva dado que ella no solamente afecta al progenitor sino que impide al hijo gozar de la coparentalidad, que es un derecho

fundamental conforme la CDN. Agregó que la pérdida de la patria potestad supone la existencia de hechos graves, tratándose de un recurso extremo y que lo mejor que responde al interés de B. es la suspensión.

3 – <u>Agravios de la parte actora</u>

Afirma la recurrente que el objeto del proceso no fue resuelto por la a quo. Expresa que el objeto es la privación de la responsabilidad parental de la demandada por estar incursa la misma en el art. 700 inc. c) del CCyCN y quedó acreditado en autos que la conducta de la progenitora puso en riesgo la seguridad, y la salud psíquica, física y emocional del niño.

Destaca que la sentencia, al decretar la suspensión, agravia a la parte actora porque se han ignorado o minimizado los informes aportados por el ETI, por las psicólogas actuantes, por la Asesoría de Familia y por los antecedentes penales.

Asimismo, se ataca a la sentencia porque de ella emerge una faz positiva para la accionada ante la probabilidad que tiene -de confirmarse la misma- de plantear un incidente para revincularse con el niño en cualquier momento en razón de no haberse fijado plazo de duración para la suspensión.

Afirma la queja que la demandada destruyó la relación con su hijo y que no debe ser premiada con la "suspensión" de la responsabilidad parental, lo cual avizora un posible, futuro e inmerecido restablecimiento solo en nombre de la coparentalidad.

Se hace referencia a lo que ha dicho la a quo en su decisión con respecto a que la privación no solo afecta al progenitor sino que impide al hijo gozar de la coparentalidad. Y se pregunta: ¿qué coparentalidad?, teniendo en cuenta los vejámenes, mal trato y abusos reiterados en que incurriera la madre en perjuicio de su hijo. De allí que la privación sea bienvenida por

B.. Afirma la recurrente que la sentencia apelada luce como un giño a favor de la demandada, lejos de proteger el superior interés de B..

Se remarcan las conclusiones del ETI sobre la inconveniencia de que B. pueda vincularse con su madre y que ésta no debe tener injerencia en su crianza, resultando prioritario que permanezca al cuidado de su padre.

También se hace referencia a que se ha ignorado el dictamen de la Asesoría de Familia (fs. 562/580) quien ha sido terminante al decir que en el caso se encuentran reunidos los presupuestos para decretar la privación de la responsabilidad parental de la demandada.

Se menciona como prueba a favor de la pretensión del actor la declaración testimonial de la Licenciada M. M. (Psicóloga de B.) y de la Lic. C. C..

Finaliza destacando que en los Considerandos se hace expresa mención a los informes de la Dra. G., a los del ETI y al dictamen de la AF y que ni los refuta ni objeta, con lo cual debió concluir disponiendo la "privación" solicitada por el actor y no la suspensión.

4 – <u>Agravios de la Asesora de Familia</u>

Agravia a la Asesora el decreto de suspensión de la responsabilidad parental resuelto por la a quo y que no haya hecho lugar a la privación de la misma.

Expresa que las pruebas producidas en autos dan cuenta de manera contundente que se ha configurado la excepcionalidad prevista en el art. 700 inc. c) del CCyC, lo que torna procedente la privación de la responsabilidad parental que se demanda.

Destaca que, a tenor de la norma del art. 702 del CCyC la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental opera de pleno derecho en el caso del procesamiento penal o acto equivalente y de allí que no resultaba necesario atravesar todo este proceso, con la indefectible revictimización del

niño y sus familiares, para lograr el resultado dispuesto por la a quo (la suspensión).

Afirma que el instituto jurídico elegido por la a quo no contempla el interés superior de B., en el sentido definido por la Ley 26.061 y que dicha figura fue oportunamente descartada por la Asesoría como solución integral y satisfactoria de los derechos e intereses del mismo.

Remarca que la solución escogida por la sentencia aparenta coincidir con las conclusiones del ETI, aunque se advierte claramente que en realidad se aparta de ellas. Hace notar que la a quo expresa que se apoya en las conclusiones del ETI, que tiene especialmente en cuenta su dictamen y transcribe párrafos de la sentencia que lo plasma, pero al arribar a la solución del caso termina apartándose de tales premisas. Insiste en que la solución escogida no llevan estabilidad y seguridad a la vida de B., conforme las sugerencias del ETI y que la misma sentencia destaca en sus considerandos. Afirma que la decisión del fallo es provisoria, accesoria y dependiente del proceso penal.

Se destaca que la respuesta judicial de la a quo solo será efectiva mientras dure el proceso penal o -en caso de ser condenada- durante el plazo de la condena, luego B. quedará nuevamente bajo la responsabilidad parental de ambos progenitores o deberá iniciar un nuevo proceso de privación de responsabilidad parental.

Dice la Asesoría que la producción de la prueba se centró en los padecimientos de B., los malos tratos psicológicos y físicos recibidos por el niño, la patológica relación materno filial y las graves consecuencias psíquicas hacia el niño, quedando perfectamente configurado el inc. c) del art. 700 del CCyC. Remarca que ha quedado demostrado que B. fue

víctima de ASI y que la progenitora hasta el día de hoy lo niega, pese a las contundentes pericias médicas y psicológicas practicadas al niño.

Refiere en su presentación que los sucesos vividos y aducidos por B., detectados por los terapeutas, constatados por las pericias y testimonios médicos, dan cuenta de lo vivenciado por el niño a expensas de su progenitora, que son hechos de extrema gravedad y crueldad que le han producido un gravísimo daño al niño, con secuelas psíquicas y físicas irrefutables, cuyo pronóstico a futuro es incierto y ameritan tener por configurada la causal de privación de la responsabilidad parental.

Culmina destacando el desacople existente entre la mención que hace la sentencia de todos los padecimientos de B. y las pruebas colectadas sobre su gravísima situación provocada por su madre y, finalmente, no utiliza todos esos elementos y decreta la suspensión de la responsabilidad parental por una causal objetiva como es el procesamiento de la progenitora en sede penal. Según la queja, de nada sirven los considerandos en que funda su decisión si luego termina resolviendo la cuestión por una causal objetiva como es la existencia del proceso penal.

5 – <u>Tratamiento conjunto de los agravios</u>

De la lectura y análisis realizado de los fundamentos recursivos vertidos por ambas recurrentes surge con nitidez que sus agravios se dirigen en la misma dirección respecto de la sentencia en crisis y apuntan a que esta Alzada revoque la decisión de la "suspensión" de la responsabilidad parental y en su lugar decrete la "privación" de la misma. Por lo tanto, resulta procedente y conveniente dar un tratamiento y una respuesta conjunta a ambos planteos recursivos.

5.1 – <u>Planteo preliminar</u>

Como paso previo al abordaje de las diversas cuestiones sobre las cuales gravita el fallo objeto del recurso, considero necesario apuntar la circunstancia concerniente a que la transformación social, política y jurídica experimentada en las últimas décadas de nuestra historia ha modificado el paradigma sociocultural del respeto por el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Bajo esa luz, es dable poner de resalto que el derecho tiene un sentido liberador primario de la persona, es decir, está destinado a asegurar a cada ser humano, fundado en su propia dignidad, su realización personal. En otros términos, debe otorgar a cada persona, en cuanto ser ontológicamente libre, la posibilidad de elegir su proyecto de vida. Es así que el derecho, creado por el ser humano, configura un instrumento de su liberación permanente, una continuada posibilidad de encontrar su propia identidad de ser conforme a su libre elección (conf. FERNANDEZ SESAREGO, C., *"Derecho a la Identidad Personal"*, Astrea, Bs.As., 1992, págs. 337/338 y 342 y *"Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual"*, JA 1999-IV-891 a 892; cit. GRAFEUILLE, C.E., *"Un loable veredicto que posibilita la realización de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes"*, SJA 24/04/2013, 52, JA 2013-II).

De conformidad con estas ideas, la doctrina más autorizada entiende que, en el ámbito de las relaciones familiares, la vasta expansión suscitada en la esfera de los derechos humanos ha originado la necesidad de reformular los vínculos paterno filiales, sobre la base de la consideración de los niños, niñas y adolescentes como auténticos sujetos de derechos esenciales, con la particularidad relativa a la vulnerabilidad que les es propia, debido a que se encuentran en pleno proceso de desarrollo y formación (conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A. y H., M., *"Cuando la Corte*

Interamericana de Derechos Humanos habla, hay que escucharla. El derecho de ser oídos de niños y adolescentes en el ámbito regional", LL 20/12/2011, pág. 1; LL 2011-F-1365; GROSMAN, C.P., *"La privación de la patria potestad y el interés superior del niño"*, LL 17/11/2004, pág. 4, fallo coment.: CNCiv., Sala F, 13/09/04, *"T., L. M. c/ F., P. F. J."*, LLOnline; F., M.V. y H., M., *"Crónica de una ley anunciada y ansiada"*, Adla 2005-E, pág. 5809; H., M., *"¿Veinte años no es nada? Algunas reflexiones críticas y necesarias acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño"*, LL 20/11/09; LL 2009-F-1417; OLMO, J.P., *"Nuevas tendencias en materia de privación de la responsabilidad parental"*, LLOnline y *"La privación de la responsabilidad parental como medida de protección de niños y adolescentes. Su proyección sobre la causal de abandono (307, inc. 2, CCiv.)"*, LLBA, agosto 2009, pág. 739, fallo coment.: C.Civ.Com.M., Sala I, 14/05/09, *"Ministerio Pupilar c/ S.D.S."*, LLOnline; HERNAN, M. y MARINO, M.D., *"El derecho a ser oído"*, DJ 23/01/2013, pág. 1, LLOnline; MAZTEIGUI MARCO, F., *"Estado de preadoptabilidad e interés superior del niño"*, LLP, Dic. 2011, pág. 607; JOFRE, G.D., *"Derechos constitucionales e internacionales del menor de edad. Rol de la justicia como integrante del Estado"*, LL Sup. DJProc, Feb. 2013, pág. 13, fallo coment.: CSJSanta Fe, 01/11/12, *"C.D.F."*, LLOnline; YUBA, G., *"Los niños, niñas y adolescentes y las garantías en los procedimientos judiciales y administrativos"*, LLC, Dic. 2012, pág. 1165, fallo coment.: C.Civ.Com.Trab.Flia.Cruz del Eje, sala unipersonal, 06/06/12, *"M.V. c/ Instituto Ntra. Sra. del Rosario s/ acción de amparo"*, LLOnline; CANDIA, G.A., *"Ineficacia de la medida de efectivización de derechos para protección de la infancia vulnerable"*, LL, abril 2011, pág. 147; DPyC, abril 2012, pág. 283; RODRIGUEZ de TABORDA, M.C., *"La Convención de los Derechos del Niño en la jurisprudencia de la Corte"*, LL 27/09/12, Supl. Act., pág. 1; CORDI, V.P., *"La familia como derecho humano fundamental"*, LLOnline; SABSAY, D.A. y

ALLEGRETTO, M., *"Derechos de la niñez"*, DFyP, sept. 2010, pág. 3; DIPASCUAL, R., *"Nulidad de la pena de prisión perpetua impuesta a un menor"*, DJ 06/03/2013, pág. 5, fallo coment.: CSJSanta Fe, 01/11/12, *"C.D.F."*, LLOnline; en GRAFEUILLE, C.E., ob. cit.).

En la misma senda, se afirma que la patria potestad -hoy responsabilidad parental- ha dejado de ser percibida como aquel poder omnímodo que detentaba el pater familias del derecho romano, consistente en el conjunto de derechos que se le atribuían sobre la persona y los bienes de sus hijos (conf. ZANNONI, E.A., *"Derecho Civil. Derecho de Familia"*, T. II, 3ª. edic. actual. y ampl., Astrea, Bs.As., 1998, págs.. 680/681; LLOVERAS, N., *"Patria Potestad y Filiación. Comentario analítico de la ley 23.264"*, Depalma, Bs.As., 1986, págs.. 145/146 y OLMO, J.P., *"Nuevas tendencias…"*, cit.).

Es así que, en la actualidad, las legislaciones modernas la conciben como una función asignada a los padres cuyo propósito principal reside en la formación y la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, tendencia ésta que no supone sino la materialización del postulado atinente a su interés superior (art. 3, Convención de los Derechos del Niño) (conf. SABSAY, D.A. y ALLEGRETTO, M., ob. cit.; OLMO, J.P., ob. cit.).

A partir de allí, se sostiene que esta nueva matriz axiológica abandona la concepción paternalista, propia de la doctrina de la situación irregular, cuyo pilar reposa en la disposición del menor como objeto de tutela por parte del Estado (conf. F., M.V. y H., M., *"Crónica de una ley…"*, cit.; H., M., *"¿Veinte años no es nada?"*, cit.; F., M.V. – G. D., A. – H., M., *"Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Comentada, anotada y concordada. Comentario de Solari, Néstor E."*, LL 2008-C-1356; SABSAY, D.A. y ALLEGRETTO, M., *"Derechos de la niñez"*, cit.).

De tal modo, debe mantenerse como regla de principio que, a la par de la enorme trascendencia que reviste el interés primordial de los niños, niñas y adolescentes como fundamento y, a la vez, fin último de la función protectoria de los padres, es dable atribuir singular relevancia a la ponderación que de su interés preponderante debe efectuar el Estado en ocasión de la adopción de medidas que los involucren, pues en esta disciplina, como en pocas, es que adquiere capital importancia la necesidad de atribuir efectividad a las prerrogativas inherentes a la existencia misma de los niños, niñas y adolescentes, máxime frente a hipótesis en las que sus padres no adecuen su conducta a los preceptos y los principios que emergen tanto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, como de la Ley 26.061 (conf. OLMO, J.P´., *"Nuevas tendencias…"*, cit. y *"La privación…"*, cit.; F., M.V. y HERERA, M., *"Crónica de una ley…"*, cit.; YUBA, G., *"El derecho a una familia y la función del Estado como garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes"*, LL 03/10/2011, p´g. 9; LL 2011-E494, fallo coment.: Cám.Trelew, Sala A, 08/07/2011, *"C.L., C.E."*, LLOnline).

La sentencia dictada en la instancia originaria y la que debe dictar esta Alzada involucra cuestiones de significativa relevancia jurídica y filosófica en punto al alcance de la función que el Poder Judicial está llamado a asumir frente a supuestos en los que el ejercicio efectivo de las libertades y los derechos fundamentales de que son titulares niños, niñas y adolescentes, requiera de su auxilio a los fines de garantizarles tanto la igualdad real de oportunidades y de trato, como el pleno goce y ejercicio de las prerrogativas reconocidas por la Constitución Nacional y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

Resulta procedente remarcar que la expansión de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones familiares ha planteado la necesidad de

reformular las relaciones paterno-filiales, sobre la base de la consideración de los niños y adolescentes como sujetos de derecho fundamentales.

Es así que el art. 5 de la C.D.N. introduce el concepto de las responsabilidades de los padres respecto de los hijos, relacionándolas con los derechos y deberes parentales que son necesarios para asumir dichas responsabilidades. Es decir, los deberes y derechos de los padres se derivan de su responsabilidad por el bienestar del niño, lo que significa actuar en su interés superior. De este modo, se ha situado al niño y su interés como fundamento y, a la vez, finalidad última de la responsabilidad parental (conf. art. 18.1, CDN).

Pero si bien es cierto que el reconocimiento de la responsabilidad primordial de los padres respecto a sus hijos es confirmado por la CDN (párrafos 5° y 6° del preámbulo y arts. 5, 9, 10 y 18), no lo es menos que el Estado está autorizado a intervenir para proteger los derechos del niño, reconociendo que el interés superior del niño no siempre coincide con el de los padres y que, por esa misma razón, no siempre es protegido por ellos. Para lo cual, es necesario que existan mecanismos idóneos puestos en marcha a través de la legislación y el acceso a los tribunales, mediante los cuales los niños -o el Estado en su nombre- puedan hacer respetar tales derechos cuando los padres los infringen. Y es así que nuestro ordenamiento interno prevé la posibilidad de privar a los padres de esta responsabilidad, ante el incumplimiento de los deberes que se les imponen para la protección y formación integral de sus hijos. Al respecto, los arts. 700 y 700 bis del CCyC, enumeran las distintas causales por las que procede dicha privación.

Ahora bien, la privación de la responsabilidad parental fue pensada históricamente como una sanción a los padres. Pero ello se condice con la idea de privar a los padres de un derecho que tienen sobre los hijos, o de un

poder: la “patria potestad” (hoy llamada: “responsabilidad parental”). En cambio, concebir la privación de la “responsabilidad parental” como una medida de protección de los hijos, es conteste con el carácter de función. Con lo cual, nos vemos obligados a cambiar el punto de vista desde el cual se formularán los fundamentos de la privación de la responsabilidad parental: ahora desde los titulares activos de la protección y formación integral (conf. OLMOS, J.P., *Nuevas tendencias en materia de privación de la responsabilidad parental”*, LLOnline AR/DOC/2608/2009).

La concepción de la privación de la responsabilidad parental como una medida de protección a los hijos, es conteste con el carácter de “función” que corresponde otorgarle a la responsabilidad que tienen los padres respecto de la protección y formación de sus hijos, donde el acento está puesto más con la idea de privar a los padres de un derecho que tienen sobre los hijos, o de un poder: la patria potestad (hoy llamada responsabilidad parental).

En todo caso, y dado que el mantenimiento o decaimiento de la responsabilidad parental procederá en el interés del hijo, se ha observado con gran lucidez que si para resguardar ese interés corresponde privar de la responsabilidad parental al progenitor, la grave sanción a considerar para éste será la consecuencia de la protección, pero no el objeto de la medida a tomar (conf. GRAMIGNI, S.N., *“La privación de la patria potestad y el derecho del niño a mantener vinculación jurídica con el progenitor”*, JA 2009-I638 – SJA 14/01/2009, coment. Fallo: SCJMendoza, Sala 1ª., 21/11/07, *“C., A.L. c/ D.D.”*; OLMO, J.P., *“La privación de la responsabilidad parental como medida de protección…”*, cit.).

5.2 – La privación de la responsabilidad parental

A-) El marco legal.

La privación de la responsabilidad parental (antes llamada “patria potestad”) supone la existencia de hechos graves conforme la importancia que tal sanción reclama. Es por ello que deben concurrir actuaciones u omisiones que respondan al deliberado propósito de soslayar las obligaciones que conllevan la paternidad o ser esto el resultado de una actitud declinante del progenitor.

En esta materia el bien jurídicamente tutelado es la seguridad y el normal desarrollo psicofísico y moral del niño. El art. 700 del CCyC prevé en cuatro incisos las causas de privación de la responsabilidad parental y la Ley 27.363 incorporó, mediante el art. 700 bis del CCyC, tres causales más. En lo que aquí interesa, el inciso “c)” del art. 700 prevé como causal de privación ***“poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo”***. Este inciso engloba con amplitud las situaciones de peligro en que el actuar de los progenitores puede colocar a sus hijos menores. No alude, como lo hace el código español e italiano al “grave incumplimiento de los deberes paternos”; centra su regulación en el peligro material o moral a que puede quedar sometido el niño cuando el padre o la madre ejercitan sobre él malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia. Corresponde al juez estimar si la concurrencia de uno solo de estos comportamientos es suficiente para crear la situación de peligro moral o material, o si es menester la concurrencia de varias de las conductas descriptas por la norma.

El contacto entre padres e hijos es un derecho y un deber que sólo puede ser restringido o suprimido cuando de su ejercicio puede derivarse un peligro para la salud física o moral de los niños, se traduzca en una perturbación perniciosa de su desarrollo psicológico, exista la posibilidad fundada de otro tipo de agresión o se demuestre que el incumplimiento es justamente el

medio elegido por el progenitor para causar daño al hijo (conf. CNCiv., Sala G, 05/11/85, La Ley 1986-.A-109; CNCiv., Sala B, 03/08/89, La Ley 1990-A-108; CNCiv., Sala C, 01/11/90, La Ley 1992-B-2; BOSSERT, G.A., *"Régimen jurídico de alimentos"*, Astrea, Bs.As., 1993, pág. 227 y sigs.).

Al tratar esta causal, que estaba prevista en el art. 307, inc. 3) del Código Civil de Vélez, Bueres-Highton, en la obra que dirigen comentando el referido código, expresan que se trata de la causal de pérdida de la patria potestad más relevante por englobar el peligro en que puede colocar el padre/madre al hijo/hija en todos los planos de la vida: la seguridad, la salud física o psíquica y la moralidad.

A su vez, se agrega a lo dicho que a la expresión *"poner en peligro"*, cabe exigirle marcada gravedad y al mismo tiempo no estar a un eventual resultado, pues lo que aquí interesa es la potencialidad (conf. FERRER – MEDINA y MENDEZ COSTA, *"Código Civil Comentado"*, Rubinzal Culzoni, 2004, T. II, pág. 95).

En referencia a la anterior redacción de la norma, se ha dicho que el mismo implica una gran latitud en las facultades de los jueces de apreciar los hechos de los padres que pueden quedar incluidos en sus términos (conf. BELLUSCIO, A., *"Manual de Derecho de Familia"*, 8ª edic., Astrea, T. 2, pág. 415).

B-) Un criterio rector.

Está fuera de todo debate que estando en juego el derecho al desarrollo de la personalidad del niño, rige el art. 3° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, conforme el cual *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una*

consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". En otros términos, el beneficio del menor ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar y, por tanto, de la privación de la potestad de los padres (conf. GROSMAN, C., *"La privación de la patria potestad y el interés superior del niño"*, LL 2004-F-972; RUISANCHEZ CAPELASTEGUI, COVADONGA, *"La privación de la patria potestad"*, Barcelona, Ed. Atelier, 2006, pág. 35; CASTILLO MARTINEZ, C. del C., *"La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales"*, Valencia, Ed. Práctica de derecho, 2000, págs. 21 y sigs.; SCJMendoza, 21/11/2007, *"C. A.L. c/ D.D."*, LLOnline AR/JUR/7911/2007).

Teniendo en cuenta los principios que estoy enunciando, debe destacarse que no resulta suficiente la mera ponderación de los niños, niñas y adolescentes como legítimos sujetos titulares de derechos humanos, sino que es preciso que el Estado garantice que el ejercicio de tales prerrogativas esenciales sea efectivo en orden a lograr su verdadera protección y formación integral, máxime frente a casos en los que los padres del menor involucrado no ajusten su comportamiento a los preceptos y premisas consagrados tanto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como en la Ley 26.061.

En similar línea argumental es dable poner de resalto que los derechos fundamentales de que gozan niños, niñas y adolescentes sólo pueden ser ejercidos en condiciones de igualdad sustantiva respecto de las demás personas, siempre que los poderes del Estado adopten las medidas que fueren necesarias para tornar efectivas dichas atribuciones (conf. F., M.V. y H., M., *"Crónica de una ley anunciada y ansiada"*, Adla 2005-E, pág. 5809; MAZTEIGUI MARCO, F., *"Estado de preadoptabilidad e interés superior del niño"*, LLP, Dic. 2011, pág. 607; JOFRE, G.D., *"Derechos*

constitucionales e internacionales del menor de edad. Rol de la justicia como integrante del Estado", LL, Suplem. Doctrina Judicial Procesal, Feb. 2013, pág. 13; OLMO, J.P., *"La privación…"*, cit., *"Nuevas tendencias…"*, cit.; YUBA, G., *"El derecho a una familia y la función del Estado como garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes"*, LL 03/10/2011, LL 2011-E-494; BARBAROSCH, E., *"El contrato social contemporáneo"*, LL 2004-A-838 y *"Teorías de la justicia y la metaética contemporánea"*, Ed. La Ley, Bs.As., 2007, pág. 67; GRAFEUILLE, C.E., ob. cit.).

En esa inteligencia, en la sentencia a dictarse debe remarcarse que las pautas que deben servir de guía para el conflicto suscitado se encuentran en dos principios básicos que emergen de la Convención de los Derechos del Niño: 1) la noción del niño como sujeto de derechos y no como objeto y 2) el interés superior del niño. Toda consideración del interés superior de los niños debe comenzar por su condición de persona humana, que la equipara, en derecho y dignidad, con el resto de sus congéneres.

De allí que cuando el Estado se mantiene neutral frente a la desigualdad o el desequilibrio social, en realidad deja de ser neutral, pues lo que hace es tomar partido por el *status quo*. Por eso, el Estado debe dar mayor atención a quienes se hallan en las posiciones sociales menos favorables (conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A., *"Las acciones positivas"*, Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate, vol. 41, julio 2001, www.juecesdemocracia.es/,k pág. 56).

Es el interés primordial del niño el que se erige, en efecto, como prima medular para la justa solución del asunto, conforme lo establece el art. 3.1 de la citada Convención. En el Derecho moderno los deberes y derechos de los padres se derivan de su responsabilidad por el bienestar del niño, lo que significa actuar en su interés superior.

En una postura coincidente se estima que tal interés preeminente es un concepto vago, de contenido indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones, que encuadra dentro de las llamadas definiciones marco y que, por encontrarse en permanente evolución y transformación, ofrece al juzgador interviniente un espacio abierto y flexible, a los fines de que sea cubierto de contenido, de acuerdo con el caso concreto de que se trate.

En el mismo orden de ideas se sostiene que esta cuestión se sitúa dentro de una perspectiva que considera el interés preponderante de niños, niñas y adolescentes como una locución dúctil, cuya ponderación posibilita sopesar, en cada caso concreto, la idoneidad de los padres para llevar adelante la función referida a la formación y la protección integral de sus hijos menores de edad. A partir de allí se suele reservar la expresión "interés superior" para aludir a la búsqueda del mayor beneficio para el niño, niña o adolescente implicado, proveyendo una solución definida que abarque las circunstancias familiares, fácticas, históricas, culturales, sociales, políticas, axiológicas y económicas, que convergen en la vida de éstos (conf. LLOVERAS, N. y OVIEDO, M.N., *"El interés del niño, niña y adolescente: una vez más como núcleo central de una decisión jurisdiccional"*, LL 04/04/2011, pág. 10; LL 2011-B-390; JUNYENT de DUTARI, P., *"Derechos humanos y familia. Una respuesta a las adopciones irregulares por la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*, LL 31/12/2012, pág. 6; CIOLLI de AGUIRRE, M.L., *"Guarda judicial amplia en la perspectiva de los derechos humanos"*, LLNOA, marzo 2012, pág. 133, Cám.Flia, y Suc. Tucumán, Sala 2ª., 13/12/2011, *"Rojas, F.N. s/ guarda judicial amplia"*, LLOnline; GRAFEUILLE, C.E., ob. cit.).

En el camino que vengo marcando se afirma con extrema agudeza que el axioma atinente al interés superior implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para

la elaboración de medidas en todos los órdenes relativos a su vida. En definitiva, comprende el deber de asegurar la máxima satisfacción de derechos y garantías que sea posible (conf. SOLARI, N.E., *"Un principio con jerarquía constitucional: el interés superior del niño"*, DFyP, abril 2010, pág. 27).

C-) El principio general de la integridad y la preservación de la familia de origen.

En razón de no desconocerlo, cabe referirme brevemente al principio general relativo a la integridad y la preservación de la familia biológica.

Se admite como regla de principio que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a vivir junto a su familia de origen (arts. 17 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos y arts. 8, 9, 18 y 21 CIDN), llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

Es que uno de los principios rectores y básicos que se derivan de los derechos humanos de que son titulares los niños, niñas y adolescentes es el de permanencia y preservación de los lazos familiares biológicos; más frente a la premisa que sostiene la inexistencia de derechos absolutos, esta prerrogativa puede ceder cuando esa preservación no configura la medida que mejor guarda concordancia con la regla referida a su interés superior (conf. JUNYENT de DUTARI, P., *"Derechos humanos…"*, cit.; KEMELMAJER de CARLUCCI, A. y H., M., *"Familia de origen vs. familia adoptiva: de las difíciles disyuntivas que involucra la adopción"*, LL, supl. Const., noviembre 2011, pág. 20, LL 2011-F-225).

Ahora bien, el principio es muy claro y conocido y en virtud de la compatibilización debida con el interés superior del niño, el mismo significa que deberá evitarse la separación de los hijos de sus padres y demás familiares o sustraerlos, total o parcialmente a su supervisión, salvo cuando

circunstancias que afecten el bienestar y futuro del niño no dejen otra opción viable (conf. CDN, arts. 8 y 9).

En conclusión: el niño, niña o adolescente debe permanecer, en principio, dentro de su núcleo familiar, salvo que medien razones determinantes que, en función de su interés primordial, conduzcan a la necesidad de apartarlo de aquél (conf. JUNYENT de DUTARI, P., *"Derechos humanos…"*, cit., pág. 6; GRAFEUILLE, C.E., cit.).

D-) Estado actual del conocimiento sobre la privación de la responsabilidad parental.

En la actualidad existe una virtual unanimidad en la doctrina, tanto científica como judicial, al interpretar que nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de privar a los padres del ejercicio de la responsabilidad parental, frente a hipótesis en las que se verifique el incumplimiento de los deberes que se les imponen para la protección y el desarrollo integral de sus hijos menores de edad.

Es que, conforme lo he dicho precedentemente, al constituir la responsabilidad parental una función destinada a la formación integral del hijo, cuyo desempeño supone un deber de los padres y un correlativo derecho de los niños, niñas y adolescentes, el recurso excepcional atinente a la privación de aquélla importa una medida de protección del hijo menor de edad, y no una sanción originada en la inconducta del progenitor (conf. OLMO, J.P., *"La privación…"*, cit., *"Nuevas tendencias…"*, cit.; GROSMAN, C.P., *"La privación…"*, cit.; GRAFEUILLE, C.E., cit.).

Nuestro régimen legal prevé los supuestos excepcionales en que, precisamente, por consideraciones superiores que atañen al interés del hijo menor, procede la privación o bien la suspensión del ejercicio de la

responsabilidad parental en razón de la inconveniencia de que el padre, la madre o ambos continúen ejercitando dicha autoridad (arts. 700, 700 bis y 702 del CCyC).

E-) Las pruebas producidas en autos.

Avanzando en el camino que me conduce a decidir el acierto o el error de la a quo al decidir de la forma en que lo ha hecho, conforme el planteo que realizan en sus fundamentaciones los apelantes, hay que remitirse a la producción de las pruebas del proceso en las que se ha basado la sentenciante para tomar la decisión recurrida. Inclusive y en atención a que el análisis de la producción probatoria no es una materia cuestionada por las quejas –lo que está cuestionado es la decisión final--, resulta procedente seguir el mismo orden de la sentencia originaria y remarcar de dichas probanzas lo que resulte relevante para la decisión que debe tomarse en esta instancia.

Tuvo en cuenta la sentencia las consideraciones vertidas por el Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) en la oportunidad en la que le fuera requerido su dictamen, previo a resolver (fs. 535/540). Veamos los puntos destacados de esta intervención:

1) Con respecto a la convivencia de B. con su madre y la pareja de ésta, el ETI ha dicho: ***"…durante la convivencia de B. con su madre y la pareja de ésta, el niño ha evidenciado situaciones compatibles con malos tratos presentando además signos de ASI…"***, *"…el relato del niño fue recepcionado desde el área de Familia por la Lic. Claudia Franca psicóloga de este ETI. Las consideraciones de la profesional respecto de la escucha del niño figuran a fojas 20 del Expediente N° 1047/2016 caratulados: "M. G. s/ violencia Familiar". En el mencionado informe se describe lo expresado espontáneamente por el niño y es*

ampliado a fojas 159 del mismo expediente, resaltando lo siguiente: "el relato del niño presentaba coherencia interna, lógica, siendo espontáneo y libre de condicionamientos o rigideces que el niño no pudiera explicar. El mismo presentaba las características propias del discurso de un niño de su edad… el relato fue acompañado de una carga emocional congruente con los sufrimientos relatados en relación a los hechos plasmados en la denuncia".

2) Se menciona la Historia Clínica de la Lic. M. M. (fs. 369 y 37) donde constan las entrevistas mantenidas con el niño y en las cuales B. *"ha referido lo que no le gusta de la casa de mamá, entre otras:* ***"que tengan relaciones sexuales delante mío, estar desnudos adelante mío, que se peleen siempre que me peguen, que me griten, que no me dejen ver a mis parientes paternos, obligarme a hacer cosas, mentirme, injusticia, que duerman en la misma cama desnudo, que me toquen mis partes íntimas, que maltraten a mi hermano y yo lo defiendo y me pegan, que se hagan los buenos y en casa me maltrata, que me bañen, que me maltrataban y me amenazaba para que no lo cuente"*** *(Texto escrito por B. durante la terapia con la Lic. M.)".*

3) Esta Licenciada en el informe de fs. 411 a 423 y durante el testimonio brindado en la audiencia "*señaló el sufrimiento evidenciado por el niño en tiempos previos a la denuncia efectuada. De dicho tiempo la profesional destaca los síntomas de tipo emocional y físicos del niño, tales como: vómitos y deposiciones frecuentes, observados durante las sesiones".*

4) Prestó testimonio la Médica Ginególoga Dra. N. G., que participó del protocolo de ASI administrado a B. y dijo que *"surgen detalles claros que* ***el niño presentaba al momento del examen signos físicos compatibles con ASI****. Durante la audiencia la médica asevera y amplía lo ya vertido en su informe de fojas 41 del Expte: 1047/2016".*

5) Se plasman las consideraciones vertidas en la audiencia por el Médico Pediatra Dr. M. que *"convergieron en el mismo sentido respecto a que **las lesiones físicas de un abuso y las secuelas no pueden ser producidas por ningún otro padecimiento de salud física, como celiaquía o diarreas a repetición"**.*

6) La Psicóloga Lic. G. atendió al niño B.. La misma *"presenta un informe donde surge que **B. había expresado que recibía malos tratos por parte de su madre**, dando cuenta de la opinión de las docentes del niño quienes manifestaban **que éste temía ver a su madre**, señalando lo siguiente: **"ambas maestras coincidían en la expresión de miedo del niño y del temblor que le habría provocado ese encuentro distante…"**.*

7) La Psicóloga tratante de B. por indicación de su Obra Social luego de la denuncia efectuada, Lic. C. C., detalló en su H.C. e informes (fs. 463 a 479 y 188) y en su testimonio, ***"situaciones compatibles con ASI y maltrato que han afectado a B.**, abordando ella terapéuticamente aspectos vinculados al **trauma que le ha ocasionado al niño dichas vivencias**. La mencionada profesional centró el tratamiento de la sintomatología que presenta B. concluyendo que **existen en él indicadores de trauma con estado de disociación y episodios de re-experimentación"**.*

8) Según las profesionales de este Equipo *"han surgido elementos recurrentes que indican que **B. ha sufrido situaciones de malos tratos físicos y psicológicos en la convivencia con su madre, llevándole un tiempo significativo poder explicitar dichas situaciones**. Quedó señalado en los distintos testimonios, que en un principio empezaron a aparecer en él sintomatología física y emocional hasta que al tener mayor estabilidad en la relación con el padre y su pareja y al haber podido sostener un espacio terapéutico, el niño pudo develar lo que le sucedía".*

9) Las referidas profesionales han sido claras en sus conclusiones respecto del ejercicio de la parentalidad por parte de la demandada, al expresar: *"**encontramos recurrencia y convergencia en los elementos que se desprenden de los múltiples informes del expediente, y en los testimonios de la audiencia, donde se pone de relieve los aspectos disfuncionales vinculados al ejercicio de la parentalidad por parte de la madre de B."**.*

10) El informe trata luego la cuestión relativa a la *"clasificación de la parentalidad disfuncional"*. En este punto dice: *"…Son madres y padres ausentes o no disponibles para sus hijos. Presentan serias dificultades para establecer relaciones afectivas y de apego seguro con sus hijos e hijas… Las relaciones y cuidados que ofrecen a sus hijos son inestables, cambiantes y caóticas. Los niños a menudo se ven confrontados a los comportamientos abruptos, impredecibles e impulsivos de sus padres. Por lo tanto **desde muy pequeños viven en ambientes cargados de estrés y dolor… estos padres con frecuencia son inaccesibles para sus hijos…**Lo que define las prácticas parentales incompetentes son la falta de eficacia de las respuestas en los requerimientos de todo tipo que los hijos e hijas solicitan…las respuestas de las madres y padres, así como en general sus modelos de comunicación, son incoherentes y contradictorias. Por ello, **la relación que ofrecen a sus hijos no les aporta seguridad ni fiabilidad, sino ansiedad y desconfianza"**.*

11) Al referirse a las incoherencias como resultado de las incompetencias parentales, deja sentado que las mismas se expresan en varios ámbitos vitales para el desarrollo de los hijos: "***incoherencias entre la esencia de las funciones parentales y los actos negligentes, de maltrato físico, abuso sexual o manipulación psicológica…**En otras palabras, **no hay concordancia entre lo que se predica y lo que se practica.** En este sentido, **los niños tienen***

dificultades para desarrollar una identidad sana y encontrar modelos conductuales constructivos para imitar…”.

12) Al tocar el punto relativo a las necesidades que deben ser satisfechas en los niños (seres en desarrollo) a fin de poder desarrollarse sanamente, se expresa: ***“Las carencias, el dolor y el estrés traumático provocan daño, y éste puede ser irreversible si no se cambian las condiciones de vida de los niños y niñas****. Por lo tanto,* ***nada justifica que para darles una oportunidad a los padres u honrar la patria potestad, se sacrifique una vez más a los niños y a las niñas…”***.

13) En la problemática que concierne a la madre de B. y conforme lo que surge de la audiencia de autos y de las evaluaciones realizadas, el informe es terminante al expresar: ***“han quedado puestas de relieve las falencias y contradicciones demostradas por la madre en el cuidado del hijo, sobre todo a la falta de receptividad a sus diferentes planteos y escasas posibilidades de pensar a su hijo como sujeto de padecimiento (luego de detectado los signos físicos de ASI), centrándose en los perjuicios que se le ha ocasionado a ella a partir de la denuncia”***.

14) Al hacer referencia a la personalidad de la progenitora, plasma las siguientes características: *“Suelen presentarse a si mismo como normales, responsables y sin exteriorización del sentimiento de culpa. Presentan escasa capacidad de insight* [término utilizado en psicología que se puede traducir como “visión interna” o más genéricamente “percepción” o “entendimiento”. Mediante un *insigth* el sujeto “capta”, “internaliza” o comprende una “verdad” revelada. Es un proceso mental por el que súbitamente comprendemos un problema y su solución. Significa también “mirar hacia adentro”] *prefieren suponer una etiología médica a su sintomatología, proyectan la responsabilidad en los otros respecto de la situación que padecen. Presentan tendencia a la inmadurez,*

egocentrismo, inseguridad, gran necesidad de atención y afecto. Los vínculos que establecen están signados por la superficialidad, dado que no se presentan con capacidad empática en relación a los otros, lo que le dificulta involucrarse emocionalmente… un estilo de personalidad expansivo, con predominio de los síntomas conversivos, inmadurez, y dificultades en el reconocimiento de las problemáticas personales".

15) Se hace referencia a las conclusiones de la Psicóloga del Cuerpo Médico Forense, Lic. Elsa Sánchez, sobre su análisis de la personalidad de la demandada y su pareja (fs. 436/437 y 441/443), quien ha dicho: *"Intento manifestar con estas expresiones que ambas Personalidades tanto la del Sr. M. como la de la Sra. D. C.,* ***son Personalidades con fuertes desajustes internos -con fallas a nivel de los controles impulsivos-con modalidades de actuación de estilo psicopático que ocultan detrás de falsos andamiajes neuróticos…"***.

16) Teniendo en cuenta el cuadro que se ha presentado en este proceso y el lugar donde el grave conflicto se suscitara, los profesionales han dicho: ***"No hay peor trauma que el producido dentro de la propia familia: sus consecuencias tan graves están asociadas al significado de las relaciones intrafamiliares, a la situación paradójica en la que los niños son maltratados por quienes se supone que tienen que cuidarles, protegerles y educarles"***.

17) Se ha considerado luego cuál es el camino a seguir para lograr una recuperación de B. y brindarle la oportunidad de tener una calidad de vida digna y sana. Y en este punto el informe dice: *"este ETI entiende que* ***es imprescindible asegurarle a B. un contexto de serenidad para elaborar los padecimientos sucedidos y sentirse a resguardo de un vínculo dañoso"***.

"Si bien B. M. ha podido expresar los sucesos vivenciados, al haber sido de larga data y con un compromiso emocional significativo (grupo familiar primario),

estos episodios le han generado una vivencia traumática que en la actualidad debe continuar elaborando para poder lograr un equilibrio personal. Los niños que atraviesan situaciones traumáticas no recuperan su estabilidad en tratamientos a corto plazo, deben tener un tratamiento prolongado, y además contar con la seguridad que quienes perciben como persona abusiva, no volverá a generarle daño".

18) Con respecto a la relación entre B., su madre y el entorno, el informe ha sido también terminante: ***"Para B.… su madre y el entorno resulta ser un contexto amenazante, pudiendo desestructurar su estabilidad psíquica y emocional, por lo que resulta necesario que él perciba que no existe posibilidad de que se reiteren las situaciones vivenciadas. Por ello no considera conveniente que la madre pueda vincularse con su hijo ni tener injerencia en las decisiones que hacen a su crianza. Este aspecto es central en su recuperación ya que hace al contexto estable que se requiere para elaborar psíquicamente lo sucedido"***.

19) Nuevamente se insiste en el informe sobre la conveniencia y características que debe tener el *tratamiento del niño* (B.). Y aquí se expresa que *"los niños y niñas víctimas de malos tratos necesitan y tienen el derecho a participar en un programa terapéutico – educativo para calmar y elaborar sus dolores, un programa que estimule los recursos naturales del niño, le proporcione apoyo social y le brinde un entorno protector y productor de buenos tratos. El trabajo terapéutico debe hacerse en un contexto que garantice la protección del niño, pero no solamente esto, también es necesario un ambiente donde se le posibilite nuevas formas de vinculación constructiva. Es importante no perder de vista el hecho de que si los niños y las niñas no están protegidos, es muy difícil ayudarles a encontrar formas sanas para enfrentar el estrés y el dolor".*

20) En relación con lo señalado en el punto anterior, el informe no deja dudas sobre cómo debe continuar la vida, la educación, la crianza y el tratamiento de B., al expresar: ***"estimamos que resulta prioritario para B. permanecer al cuidado de su padre en un contexto estable, y con un abordaje terapéutico apropiado".*** *"Es de señalar que el padre, Sr. G. M., ha procurado para su hijo los tratamientos que han sido necesarios…".* ***"…resulta conveniente que el niño B. M. continúe conviviendo con su padre y su grupo familiar, sin injerencias por parte de la madre en su crianza, dándole continuidad al tratamiento terapéutico que realiza para superar las vivencias traumáticas que ha atravesado".***

"…estimamos importante para el desarrollo y recuperación integral de B., que el progenitor pueda contar con la autonomía necesaria para tomar las determinaciones y realizar las gestiones atinentes a la crianza y cuidado del mismo…" (la negrita me pertenece).

Corresponde remitirme ahora al testimonio de la Dra. N. G., médica ginecóloga contratada por el hospital para intervenir en los Protocolos de ASI y que ha sido también considerado y valorado por la a quo en su sentencia.

Esta profesional reconoció la pericia agregada a fs. 207/212 en la que participó junto al Dr. G., expresando que **allí quedó confirmada la existencia de abuso sexual en B., siendo los indicadores la ausencia de pliegues total en las zonas superiores e inferiores del ano, ausencia total de tonismo y de fuerza para cerrar el esfínter y la presencia de materia fecal.** Agregó que **todos éstos son signos patognomónicos de una violación y que no pueden deberse a otro factor, porque ninguno trae incontinencia y la incontinencia es un factor muy importante**.

Con respecto a la antigüedad de las lesiones que observaron, manifestó que no son recientes y que no puede determinar el tiempo. Con relación a los pliegues anales expresó que si es una violación se vería una disminución de aquéllos, pero **cuando es algo crónico y reiterado puede observarse una ausencia de pliegues, y en el caso eso fue muy característico, muy de libro, muy fácil de describir, muy evidente y no tuvieron duda al respecto, reiterando que no tuvieron dudas**. Destacó también que en el caso era evidente que no había tonismo rectal, el esfínter se abrió, era muy característico, era algo que no estaba cerrado, apenas en el menor esfuerzo que le piden al niño desaparece el ano y se transforma en una cosa redonda y no tiene continencia. Señaló que el tacto rectal no era necesario porque no había tonismo, la dilatación es o no es y que en todas partes se hace de la misma manera. Dijo que los pliegues anales no pueden desaparecer por rascado, **desaparecen con las penetraciones y ésto, como aparentemente fue crónico, en algún momento tuvo que haber sido una lesión en el ano, porque un pene en el ano de un chico es importante y la cicatriz es la ausencia de pliegues** (la negrita me pertenece).

Otro aporte importante en la producción probatoria lo constituye la declaración de la Lic. M. M. (Psicóloga de B. cuando éste tenía 9 años de edad) e intervino con motivo de intentar la revinculación con su madre. Dijo que las sesiones fueron individuales y que **el niño nunca quiso sesiones junto a su mamá**. Recordó que hubo una declaración muy importante del niño y que fue en un encuentro donde él lloró muchísimo, manifestando que **le habían arruinado la vida**, pero no podía poner en palabras lo que le pasaba. Destacó que la aparición de los dolores de panza y demás síntomas, coincidían cuando ella le preguntaba algo de su mamá o algo que pasaba en la dinámica del contexto materno, entonces él siempre

respondía con esto de levantarse e ir al baño y tener diarrea o vómitos; manifestaba seguido dolores de panza, dolores de cabeza, siempre fueron síntomas corporales. Declaró que lo que manifestó el niño en un primer momento, tanto desde lo escrito como desde lo verbal, es que **había mucha violencia física y verbal por parte de la mamá y la pareja de la mamá, hacia él y hacia sus hermanitos**; es lo que dice en un primer momento cuando comienza a negarse a ir a la casa de su madre. Siempre expresaba que había cosas que no le gustaban, pero las cuestiones relacionadas con el abuso las verbaliza recién en el mes de Septiembre, cuando refiere que **la mamá y la pareja de su mamá dormían con él desnudos, le hacían tocar sus genitales y después comenzó a nombrar a terceros,** dijo que **en una parte debajo de su casa le ponían el pene en la boca y el pene en la cola**.

Al ser consultada si B. pudo haber fabulado los hechos que relató, respondió contundentemente que **no**, dado que es un niño que desde lo evolutivo y su expresión, siempre pudo mantener un hilo de conducción en todo lo que le pasó, destacando que cuando le volvió a preguntar algunas cuestiones trabajadas en sesiones anteriores, él siempre mantuvo el mismo discurso y esto le parece fundamental para descartar la fábula.

Dijo que entre el mes de Septiembre y Octubre claramente B. **dice no querer ver más a su mamá**, insistiendo todo el tiempo en proteger a sus hermanos. Recuerda que cuando le preguntó a B. porqué no quería tener sesiones vinculares con su mamá, le manifestó angustiado y llorando que **aquélla dentro de la sesión iba a ser una cosa y después afuera iba a ser otra, haciéndole creer que está todo bien, que nos llevamos bien y no es así**.

Al preguntársele a la testigo si el relato que hace B. es creíble, contesta sin dudarlo que **sí**, porque tiene un hilo de conducción y mantiene en el tiempo el mismo discurso. Destaca que **los momentos de angustia de B. siempre**

estuvieron relacionados con algo que pasaba en la casa materna y que **B. no mencionó que la violencia haya pasado en otros contextos, sino que siempre era en la casa de la mamá**.

Con respecto a la angustia del niño, aclaró que la misma fue cesando a medida que pudo verbalizar todas las situaciones que fue viviendo y **estuvo más tranquilo, más relajado y sin tantos momentos de angustia cuando se quedó viviendo en la casa de su papá y ya no se vinculó con su mamá**.

Con relación a las sesiones mantenidas con la madre de B., la testigo dijo que ella fue siempre muy reiterativa en preguntarle si el niño le había dicho algo de J. y qué pensaba de J.. Aclaró que en un principio B. no hablaba de J. pero comenzó a referirse a él cuando pudo verbalizar los abusos.

Refirió también que con relación a la casa del papá el niño escribió las siguientes palabras: verdad, libertad, actitud, diversión y con respecto a la casa de la madre: **mentira, maltrato, presión y engaño**; aclara que todo fue escrito espontáneamente por B..

Declaró también la Lic. C. C., que fuera terapeuta de B. desde Agosto hasta fines de Noviembre de 2018.

Dijo que **el niño le manifestó que su mamá y su padrastro abusaron de él, y su abuelo materno, aparte de otras personas**. Manifestó que ella no ahondó en el tema y que su intervención se focalizó en que B. disminuyera sus síntomas. Destacó que B. está disociado, entonces puede hablar de lo que le pasó como si dijera fue a comprar pan al negocio, su estado psíquico es de fragmentación, entonces él puede hablar de un evento terrible sin angustiarse, **esto no quiere decir que no le genere angustia, que no haya sucedido ninguna de esas cosas que se piensan, se desintegra su personalidad sobre todo en un niño que ha sido abusado desde su infancia, es un mecanismo defensivo**, es una cuestión operativa, **que puede**

tener consecuencias a largo plazo, terribles, porque hay que trabajar la disociación, volver a unir partes de su personalidad, ir zurciendo lo que se rompió.

Refiere que cuando empezaron a trabajar la mentira, **B. le dijo que él estaba acostumbrado a mentir y que cuando vivía con su mamá tenía que mentir porque si su papá se enteraba lo que le pasaba, le podía pasar algo a él o le podían hacer algo a su hermano**. Señaló que **B. le manifestó que tuvo que mantener por mucho tiempo una situación que estaba viviendo, como haciendo de cuenta que no existía y que ahora la mentira le salía automática**.

Afirmó que el niño está todo el tiempo preocupado de que su papá y P. no se enojen, claramente **porque es lo único que le queda, porque la mamá, que es alguien que lo debía cuidar, lo debía contener, lo violentó**.

Sostiene que **B. quería irse de este lugar por el miedo a cruzárselos, refiriéndose a su madre y padrastro, a volver a verlos, él creía que lejos iba a estar mejor, además estaría cerca de su abuela y porque tenía mucho miedo a que su madre y padrastro se lo lleven.**

Dejó constancia que no cree que el discurso del niño haya sido algo fabulado o inducido porque no podría tener toda la sintomatología que presenta, por lo menos al nivel que la tiene, por lo que es muy difícil que esta situación no haya existido.

Al preguntársele si los indicadores emocionales que presenta B. están asociados al abuso sexual del que presuntamente fue víctima o pueden estar asociados a la conflictiva familiar del niño, responde que **cree que están relacionados directamente con el abuso, y si no existió abuso tiene que haber existido un maltrato sistemático durante muchos años, físico y**

emocional para que se desarrolle todo esto. Declaró que **B. le hizo referencia a maltratos en el hogar materno, amenazas, que lo dejaban solo, que como castigo su mamá lo amenazaba que lo metería en la ducha con su padrastro y que éste también le gritaba y lo amenazaba con hacerle algo a su papá.**

Con respecto a los abusos, la testigo sostiene que **B. relató que su madre abusaba sexualmente de él, le hacía tocar sus pechos, que cuando se enojaba lo ponía en penitencia y una de ellas era meterlo en la ducha con el padrastro en donde éste también abusaba de él, que era tocado en sus partes íntimas, que tenía imágenes de las situaciones abusivas** (la negrita me pertenece).

Merece también mi consideración el dictamen de la Sra. Asesora de Familia obrante a fs. 562/580 de autos y que fuera evaluado por la Magistrada a quo en su sentencia.

A) En lo que respecta a la postura asumida en la cuestión por la demandada, expresa la Asesora que resulta significativo que la demandada, Sra. De C., **en ninguna oportunidad haya evidenciado algún tipo de inquietud o duda sobre la develación de ASI que efectuara B., negando la contundencia de las pericias practicadas, pretendiendo someterlo una y otra vez a un examen**, argumentando distintas patologías que podía padecer el niño y ser la causa de las lesiones que presentaba, las cuales han sido descartadas no solo por los médicos forenses sino también por la propia pediatra de B.. Ha dicho que **no es posible hablar de vínculo donde hay patología, donde hay negación;** que **la demandada no reconoce NADA en su conducta con su hijo que le pudiera haber dañado o afectado traumáticamente; no reconoce el maltrato sufrido por B. durante la convivencia en el hogar materno, que dan cuenta los informes y**

testimonios recogidos en autos. Destaca que **la progenitora no logró advertir que B. es un ser humano digno que requiere por su estado de vulnerabilidad física y emocional de especiales cuidados y protección. Los "vínculos" se construyen con amor, día a día. Ser padre o madre es un resultado de actos consecuentes no es un título legitimado en sí mismo.**

B) Se destaca en la presentación bajo análisis que el lazo de sangre no es el que determina que alguien se sienta hijo de alguien sino quien lo acompaña en la vida…el lazo de sangre no es referencia para nadie. Por lo tanto, **no es la biología sino el amor lo que determina la responsabilidad de la paternidad. Es con ternura, con sensibilidad y respeto a su individualidad, a su sentir, que se es padre para ese niño, niña o adolescente.**

C) La Asesora concluye que **no encuentra elementos para apartarse de las conclusiones del ETI** y considera que se encuentran reunidos los presupuestos para decretar la privación de la responsabilidad parental de la Sra. B. De C., respecto de su hijo B. M. en los términos del art. 700 inc. c) del CCyCN.

F) La solución a la cuestión.

F.1) Inicialmente resulta procedente dejar sentado que el derecho de los niños a una **"tutela judicial efectiva"** obliga a que la sentencia resuelva la cuestión suscitada en un plazo razonable, recordando que "el tiempo de los niños" no es el mismo que el de los adultos. Luego de analizadas las presentes actuaciones, es indiscutible que debe efectivizarse dicha "tutela" en favor de un menor que ha resultado ser la víctima de acciones y omisiones generadas por personas mayores entre las cuales está nada menos que su propia madre.

He tratado este tema de la "tutela judicial efectiva" al emitir mi voto in re *"Lettieri, A.H. c/ Martínez, C.E. s/ Régimen de Comunicación"* (Sent. 30/05/17, Reg. N° 04/17) y resulta procedente reiterarla en este caso en atención a sus particularidades.

Se trata de un derecho humano fundamental de naturaleza constitucional y supranacional por imperio de los arts. 14, 16, 18, 42, 43 y 75, incs. 22 y 23 de nuestra Ley Fundamental y art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 2.3, ap. a, b y c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Su contenido es amplio por cuanto despliega sus efectos en el acceso a la justicia, en el desarrollo del proceso y en la ejecución de los pronunciamientos. Con inigualable docencia se ha afirmado que como garantía del ciudadano frente al Estado, la tutela judicial efectiva conlleva el indelegable deber de éste de remover todo obstáculo irrazonable que impida el real e igualitario acceso de aquéllos a la actividad jurisdiccional, y el aseguramiento de la eficacia de los magistrados a la hora de prestar el servicio de justicia satisfaciendo los presupuestos básicos que le son encomendados: remover el conflicto y mantener o restablecer la paz quebrantada o amenazada de quebrantarse (conf. ROSALES CUELLO, R. – MONTERISI, R.D., *"La sentencia arbitraria como vulneración del debido proceso; su tutela doméstica y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"*, J.A., 2005-I-474).

Es sabido que una variante del derecho a la tutela judicial efectiva es la tutela diferenciada de los derechos y situaciones "sensibles", que se configura como un tipo especial de procedimiento autónomo o cautelar, regido por reglas propias y flexibles, que tiene por finalidad el tratamiento de conflictos que

requieren un tratamiento distinto, sea por su complejidad o por su urgencia, cuando se vean afectados derechos esenciales de las personas.

Esta tutela diferenciada debe concretarse cuando se encuentran involucrados los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la salud, a la educación, a las condiciones dignas de subsistencia, al ambiente sano, entre otros, que integran los denominados derechos económicos, sociales, culturales (DESC) o en las situaciones necesitadas de especial protección en que se encuentran, bajo ciertas circunstancias, los niños, adolescentes, ancianos, personas con capacidad restringida o incapacidad, mujeres, etc. (todos ellos, sujetos "particularmente vulnerables") (conf. MASCIOTRA, M., *"Poderes-deberes de la Alzada y la protección especial de niños y adolescentes"*, La Ley 15/02/2017, 6; La Ley 2017-A, 345; DFyP 2017 (abril), 116).

En tales situaciones se imponen procesos con jueces activos, con procedimientos flexibles y adaptables a las especiales circunstancias de la causa, cargas probatorias comprensivas del tipo de conflicto en cuestión, favorecer y coadyuvar a soluciones autocompuestas, acentuación de los deberes de colaboración de las partes, flexibilización del principio de congruencia, etc.

La tutela diferenciada no solo trae aparejado criterios procesales o pautas procedimentales amoldadas a la naturaleza del derecho objeto del debate, lo que habilita una verdadera justicia "protectora" o "de acompañamiento" (conf. BERIZONCE, R.O., *"El proceso civil en transformación"*, pág. 45, Ed. Platense, 2008), sino que también se traduce –merced a la fuerza vinculante de los compromisos que en materia de derechos humanos fueron asumidos por la Nación en el plano internacional— en condicionamientos directos a la hora de elegir una solución al caso concreto de conformidad con los derechos

e intereses en juego (conf. ROSALES CUELLO, R. – MARINO, T., *"Regulación de la tutela judicial efectiva y el debido proceso"*, La Ley, 2014-E, 880).

Así lo ha reconocido la CSJN en los casos que resulta de aplicación la Convención sobre los Derechos del Niño y deviene aplicable el deber de los poderes públicos –administrativo, legislativo y judicial— de atender prioritariamente a su interés superior (art. 3) (conf. Fallos 326:2906; 322:2701 y 324:122).

Tengo en cuenta también lo que se ha dado en llamar la triple dimensión del Derecho Procesal (dimensión constitucional, social y transnacional). Precisamente en el marco de la dimensión social aparece la justicia protectora o "de acompañamiento", que cobija entre otros a los procesos de familia y especialmente aquellos en los que están involucrados menores, en la que al magistrado interviniente sin perjuicio de conservar su función dirimente se le adiciona una función protectora que encuentra su justificación en la afectación de derechos o intereses de personas en condiciones de vulnerabilidad y su fundamento en los principios cardinales que incorporó la enmienda constitucional de 1994.

Cabe destacar, en tal sentido, la recepción de las "acciones positivas" a cargo del Estado para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales, con acento en la protección diferenciada que se confiere a "los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad" (art. 75, inc. 23, 1er. párrafo, in fine).

La justicia protectora se manifiesta en la función de vigilancia y control que deben ejercer los jueces a fin de preservar a quienes el ordenamiento jurídico pretende tutelar preferentemente; en ese rol, deberán interpretar las normas con un sentido amplio, favorable a las soluciones protectoras y adoptar, aun de oficio si así fuere posible, las medidas necesarias para el cumplimiento

del fin tuitivo en materia de dirección del proceso, manejo probatorio, cautelares, ejecución de fallos, etc. (conf. RIVAS, A.A., *"Teoría General del Derecho Procesal"*, pág. 213, Lexis Nexis, 2005).

En esta materia de justicia de protección (seguridad social, laboral, menores, derechos sensibles vinculados a la vida, a la dignidad humana, a la salud, a la educación, a las condiciones dignas de subsistencia, al ambiente sano, etc.) destacó el maestro Morello –hace ya más de una década— que la Corte acentúa el consejo a los jueces a fin de *"impedir que las exigencias formales frustren el derecho a amparar (de carácter alimentario asistencial o donde el interés del menor –de su cuidado, formación y salud— sean determinante) y afirmar los valores y principios jurídicos de raigambre constitucional"* (conf. MORELLO, A.M., *"El Proceso Justo"*, pág. 659, 2ª. edic., Edit. Platense, 2005).

Hasta aquí, estamos en presencia de preceptos procesales que se consagran para configurar una justicia de contenido social y público, éticamente sustentable, que coloca en manos de los jueces la responsabilidad y el compromiso de evitar, en los supuestos concretos, el oprobio de que se incurra en injusticia con el pretexto de administrar justicia, lo cual es la peor de las injusticias (conf. DEVIS ECHANDIA, H., *"Tratado de Derecho Procesal Civil"*, T. I, pág. 373, Temis, Bogotá, 1961).

Es dable observar un importante consenso relativo a que la interpretación judicial no se efectivice mediante una aplicación mecánica del contenido literal de la norma. En este sentido, a mediados del siglo pasado el maestro Borda postuló la necesidad de una justicia antiformalista, realista y humana; por lo que debe buscarse la exégesis más justa que satisfaga con acierto el fin de la ley, dejando el intérprete de lado las soluciones notoriamente injustas que no son compatibles con la idea del bien común que está en la

esencia del derecho (conf. BORDA, G.A., *"Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil"*, La Ley, 64-348).

No cabe la menor duda que existe una franca retirada del formalismo. Se tiende a que todo sea menos dilatado, menos costoso, menos complicado. La doctrina procesal moderna tiende a armonizar las exigencias de las formas con las particularidades que se presentan en los casos concretos, para que las decisiones judiciales sean verdaderamente útiles, es decir, no se trata de desarticular formas procesales, sino impulsar un proceso dinámico que concrete un resultado efectivo.

La misión judicial no se agota en la letra de la ley, de manera que debe optarse por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos (conf. CSJN, 06/11/80, La Ley 1981-A, 397; ídem, 23/03/05, La Ley, 2005-B, 646).

Es que debe tenerse clara conciencia de la función instrumental del proceso, cuyo objeto radica en la efectivización de los derechos, por ende, todo excesivo rigor de las formas, resulta lesivo del adecuado servicio de justicia garantizado por el art. 18 de la C.N. Resulta imperioso concebir que el proceso no constituye un fin en sí mismo, sino que debe estar construido como instrumento adecuado a las exigencias del derecho sustancial al que debe servir (conf. MASCIOTRA, M., *"El principio de congruencia en los procesos civiles, patrimoniales y de familia, laborales y colectivos ambientales"*, pág. 79, Ad-Hoc, 2010; ídem, ob. cit.).

Las actuaciones judiciales además de contener pretensiones procesales incorporadas a través de los escritos constitutivos plasman y demuestran la

existencia de una controversia, y en este caso puntual, una grave conflictiva familiar que desborda las pretensiones incoadas y el objeto específico de la apelación deducida.

De la cantidad de actuaciones tramitadas entre los progenitores y de las pruebas producidas en autos -a las que he hecho especial referencia aquí- surge una gravísima situación provocada por la madre (y el padrastro) de B. y por lo que estuvo y está seriamente comprometida la salud psicofísica de un niño que actualmente tiene solo 12 años de edad. De allí que su situación personal y familiar resulta a todas luces más relevante que cualquier otra cuestión que aquí se pretendiera esgrimir. B. requiere una "tutela judicial efectiva" y ello debe ser cumplimentado mediante la intervención de los tribunales actuantes.

F.2) Dije antes aquí en el "Planteo Preliminar" que el Estado está autorizado a intervenir para proteger los derechos del niño, reconociendo que el interés superior del niño no siempre coincide con el de los padres y que, por esa misma razón, no siempre es protegido por los padres. Agregué que es necesario que existan mecanismos idóneos que se activen a través de la legislación y el acceso a los tribunales, mediante los cuales los niños -o el Estado en su nombre- puedan hacer respetar tales derechos cuando los padres los infringen.

He destacado también que ante el incumplimiento de los padres de los deberes que se les imponen para la protección y formación integral de los hijos, la ley prevé la privación de la responsabilidad parental (conf. arts. 700 y 700 bis CCyC).

No está demás insistir en que la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental constituye una función destinada a la formación integral del hijo,

razón por la cual este desempeño implica un deber de los padres y un correlativo derecho de los niños.

Me anticipo a afirmar que en función de lo prescripto por la CDN, de lo expresado oportunamente por B. y de la prueba rendida surge que la progenitora no ha mostrado una reacción de alarma contención y protección ante la experiencia psicotraumática vivida por su hijo, exponiéndolo a situaciones de riesgo, no admitiendo la realidad y verdad de los hechos ocurridos y no siendo permeable a las necesidades de su hijo.

Es importante destacar a esta altura que ha quedado demostrado que no surge del peritaje y testimonios producidos en autos que el niño sea fabulador y surge también que toda la situación vivenciada por B., debido a la conflictiva parental de larga data, le ocasionó y ocasiona un psicotrauma que de no ser atendido adecuadamente y de persistir el problema, causaría daños irreparables en su psiquismo.

No tengo dudas -luego de leer atentamente todas las constancias de esta causa- que el niño presenta un cuadro psicológico compatible con la vivencia de un hecho traumático de tipo sexual, habiendo experimentado sentimientos de desamparo y amenaza a su integridad física. Por otra parte, dado la edad de la víctima, los hechos acontecidos son de un gran impacto psíquico por su situación de vulnerabilidad ante el avasallamiento y las presiones sufridas por parte nada menos que de su madre y su padrastro, todo lo cual ha resultado altamente nocivo para su salud psíquica, generándole confusión y sentimientos de culpabilidad.

Insisto en que los profesionales especializados en la materia han afirmado la credibilidad de B. y la existencia de abusos sexuales relatados por el niño cometidos por su madre, su padrastro y hasta por terceros, todo lo cual ha sido descripto con detalles y lenguaje apropiados a su edad. No resulta

menos relevante la negación que de estos gravísimos hechos hace la progenitora, al no hacerse cargo del problema manifestado por su hijo.

Nuestro régimen legal vigente prevé los supuestos excepcionales en que, precisamente por consideraciones superiores que atañen al interés del hijo menor, procede la privación o bien la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental en razón de la inconveniencia de que el padre, la madre o ambos continúen ejercitando dicha autoridad (arts. 700, 700 bis y 702 CCyC).

Al respecto, el inciso "c" del artículo 700 del CCyC prevé la privación de la responsabilidad parental al padre o la madre ***"por: …c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo"***. Entonces, aun cuando en abstracto deba presumirse que el mantenimiento de la responsabilidad parental atiende al genuino beneficio del hijo/a menor de edad, tampoco es dudoso que en concreto, existiendo certeza acerca de que los gravísimos maltratos proferidos por B. M. D. C. a su hijo B. han tenido una entidad tal que ya afectó la salud física y psíquica del niño e, incluso, hasta ha puesto en peligro la futura personalidad del menor, resulta pertinente disponer la **privación** de aquélla, más como medio de protección del hijo que de reproche a la conducta de su progenitora, siendo por ello imposible compartir la decisión de la distinguida Magistrada sentenciante que dispuso solamente la "suspensión".

Sucede que el art. 700 del CCyC estatuye en su inciso "c" causales objetivas, que funcionan independientemente de que puedan ser imputadas a título de dolo o de culpa a los progenitores. Así, la puesta en peligro a que alude el inciso pueden resultar tanto de un accionar voluntario de los padres como, también, de una incapacidad constitutiva o patológica padecida por éstos. Lo atendible para la tipificación de la causal es que la acción u omisión de

los padres o de alguno de ellos, subjetivamente imputable o no, demuestre -como acontece en esta causa- **el peligro cierto que implica para el menor dejarlo bajo la guarda de su progenitora** (conf. D'ANTONIO, D.H., *"Código Civil Comentado"*, FERRER, F.A.M. – MEDINA, G – MENDEZ COSTA, M.J. – Directores, Rubinzal-Culzoni, T. II, pág. 309; C.C.C.San M., ED 141-685, cit. por AZPIRI, J.O., *"Juicios de Filiación y Patria Potestad"*, Hammurabi, 2ª. edic., 2006, pág. 349, entre otros).

Frente a la realidad de una conducta materna de extrema gravedad para el desarrollo bio-psico-social del menor y ante los terminantes dictámenes psicológicos que aconsejan evitar el contacto materno filial por considerarlo nocivo para el desarrollo del niño, no considero prudente y mesurada la medida que ha adoptado la Magistrada de la instancia originaria y de allí que proponga su revocación y, en su lugar, disponga **la privación de la responsabilidad parental a la madre del niño** demandada en autos.

Considero que de este modo tratamos realmente al niño como sujeto y no como objeto, aspecto éste que constituye el vértice del juzgamiento y desplaza cualquier otro tipo de consideración. Las conductas de maltrato aberrante al que la progenitora ha sometido a su hijo varón, bastan para decretar la privación de la responsabilidad parental de la misma.

Se ha interpretado que todas las conductas deben adquirir la entidad suficiente como para "poner en peligro" la seguridad, la salud física o psíquica del hijo, por lo que debe apreciarse que cabe exigirles marcada gravedad y al mismo tiempo no estar a un eventual resultado pues conforme lo he dicho supra- lo que aquí interesa es la potencialidad. La inconducta grave bastará por sí sola para considerar que se ha dado la causal y aun cuando por particularísimas circunstancias la personalidad del hijo no se haya deteriorado o desvirtuado, la suficiencia del accionar paterno para

lograrlo deberá estar para tener por tipificado el supuesto legal (conf. D'ANTONIO, D.H., ob. cit.; Cám.Apel.Trelew, Sala B, 15/04/08, LLOnline AR/JUR/3760/2008).

La expresión actual respecto del "peligro para la seguridad, salud física o psíquica del hijo" tiene una amplitud suficiente que permite encuadrar dentro de ella cualquier supuesto del que redunde un perjuicio grave para el menor, por lo que dependerá de la apreciación judicial la conducta del progenitor para determinar si ha tenido la gravedad suficiente como para justificar la privación de la responsabilidad parental (conf. AZPIRI, J.O., *Incidencias del Código Civil y Comercial – Derecho de Familia"* – BUERES, A.J.- Dirección – Hammurabi, pág. 269). Surge de lo que hasta aquí he venido diciendo y fundamentando que he apreciado la conducta de la progenitora y no cabe sino concluir que la misma ha tenido la gravedad más que suficiente como para justificar la privación que propongo.

F.3) En el marco probatorio que he analizado anteriormente aquí, entiendo que la parte actora acreditó suficientemente las razones que le confieren legitimación a su pretensión, sin que exista insuficiencia en su producción probatoria, más aun cuando ninguna prueba en concreto y relevante produjo la demandada a los fines de dilucidar el objeto de este proceso. Resulta clara que una larga lista de derechos del menor han sido vulnerados por la conducta de la demandada y ello surge de las probanzas del proceso y de la misma sentencia en crisis que las ha enumerado y considerado acreditadas y de allí que la decisión recurrida no sea suficiente como "tutela judicial efectiva" en favor de B. y no alcance a brindarle al mismo toda la protección que necesita. O sea, no se advierte que transitando por el camino elegido en la primera instancia se alcance la referida "tutela"

de la que antes he hablado aquí y de allí la necesidad de revocar la decisión en crisis.

Dentro de los derechos reconocidos por la CDN encontramos el derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (art. 19, inc. 1°); a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, siendo básicamente los padres los responsables de proporcionar las condiciones necesarias para el desarrollo del niño (art. 27, incs. 1° y 2°); a la protección por parte del Estado contra toda forma de explotación y abuso sexuales (art. 34); así como a la recuperación física y psicológica y a la reintegración social del niño víctima de abuso, destacándose que esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño (art. 39). Es indudable que la demandada ha violado todos estos derechos respecto de su hijo y la privación de la patria potestad que propongo no es más que la aplicación del art. 9, inc. 1° de la Convención en cuanto dispone que *"Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto 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"*. De acuerdo a las constancias de la causa, hoy resultaría sumamente pernicioso para B. la revinculación con su madre (conf. Cám.Apel.Trelew, Sala B, 15/04/08, cit.).

En dicho marco fáctico y normativo no resulta entendible la conveniencia de mantener la responsabilidad parental en beneficio de la demandada y de allí que corresponda revocar la "suspensión" que se ha decretado en la primera instancia y disponer la "privación" prevista por el Art. 700 inc. c) CCyC.

F.4) En lo que se refiere al "interés superior del menor", varias veces mencionado en la sentencia y en este voto, el art. 3 de la Ley 26.061 lo define como "*…la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley…*", y entre los distintos elementos que involucra su respeto, destaco la condición de sujeto de derecho (inc. a) y el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural (inc. c). A su vez se dispone que este principio rige, entre otras, en materia de patria potestad y que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (último párrafo). Se ha conceptualizado el interés superior del niño como su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo, lo que significa que resultará de su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados, siendo una directriz que cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (conf. cita de GROSMAN, C., en G. D.-F.-H., *"Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia"*, Ed. Ediar, 2007, pág. 86). En cuanto a la determinación de este interés en el caso concreto se ha sostenido que es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido éste por el que más conviene en un momento dado en una cierta circunstancia y analizado en concreto su caso particular (conf. cita de B., S.M. en G. D.-F.-H., ob. cit., ídem, pág. 89; Cám.Apel.Trelew, Sala B, 15/04/08, cit.).

En la especie, encuentro relevante el respeto por determinados derechos como contenido del interés superior del menor, entre los que destaco el derecho a la dignidad y a la integridad personal, que en el texto del art. 9 de la Ley 26.061 se concretizan en el reconocimiento de los menores como sujetos de derechos y por ende a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación, entre ellas la sexual (1er. párrafo) y al reconocimiento de su derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral (2do. párrafo) (conf. Cám.Apel.Trelew, Sala B, 15/04/08, cit.).

De la lectura del cúmulo de pruebas producidas en autos surge de manera elocuente la vulneración de tales derechos del menor por parte de la madre, lo cual conlleva a considerar que, en este caso concreto, la decisión que propongo se encuentra en un todo consistente con la defensa del interés superior del niño y en el reconocimiento de sus derechos, lo que no se lograría de confirmarse la decisión dictada en la instancia de origen. Teniendo en cuenta las características especiales que el caso presenta, el interés superior de B. y el reconocimiento de sus derechos justifican la decisión de privar a la madre de la responsabilidad parental.

Es de toda evidencia que la madre del menor debe ser privada de la responsabilidad parental toda vez que, a través de las pericias psicológicas y exámenes médicos efectuados al niño, se determinó que el mismo sufre un daño psicotraumático con diversas secuelas -fobias, temores nocturnos, conductas evasivas, etc.- cuyo desencadenante fue un abuso sexual por parte de su madre y su padrastro, frente a lo cual la progenitora no vio a su hijo como víctima, ni sus padecimientos y necesidad de sentirse protegido frente a tan grave agresión, sino que -por el contrario- mostró una actitud pasiva y negadora, poniendo en riesgo su salud psicofísica. De la prueba rendida

surge que la progenitora expuso a su hijo a situaciones de riesgo, no siendo en absoluto permeable a sus necesidades.

Asimismo y siempre analizando la plataforma fáctica, no tengo dudas que B., siendo muy pequeño, sufrió hechos traumáticos que le produjeron graves consecuencias en su persona y en su vida de relación (familia, escuela, sociedad), referido al abuso sexual del que fue víctima por parte de su madre y su padrastro.

Por otra parte, en el presente, la edad de B. y lo acontecido en su historia vital, me permite presumir en él suficiente competencia para saber

por qué motivos no desea mantener ningún tipo de vínculo con su progenitora, decisión que, indudablemente, está provocada por todo el maltrato que ella le ha dispensado durante mucho tiempo.

Por ello y no coincidiendo con el razonamiento de la Sra. Magistrada sentenciante, considero que frente a los graves hechos sufridos por B., su madre ha puesto en serio riesgo su salud psicofísica, resultando ajustado a los hechos comprobados en la causa y a derecho, el privarla de la responsabilidad parental.

F.5) La sentencia en crisis ha hecho expresa referencia a la Causa Penal que ha sido instruida con motivo de los hechos que se han planteado y acreditado en estos actuados. Me refiero a los autos caratulados: **"M., G. en Repr. de Menor B.M. Abuso Sexual Agravado"**, Carpeta N° 6.972, Caso N° 56.770 MPF (conf. fs. 422/427), en los que la Jueza Penal a cargo concluyó que se hallan cumplidos los recaudos que exige el codificador para declarar admisible la acusación presentada. La Magistrada consideró acreditado en grado de probabilidad, que los imputados son probables autores y partícipes de los hechos que se les imputan, a saber: abuso sexual gravemente

ultrajante por su duración agravado por el vínculo (art. 119, párr. 2do., en función del 4to. párr. inc. c del C. Penal); respecto de hechos de mano propia, ello en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante por su duración y/o circunstancias de su realización agravado por convivencia, en grado de partícipe primario (arts. 45, 55 y 119 1° y 2° párrafos en función de 4to. párrafo inc. f del C. Penal) respecto de los hechos de tocamiento y sexo oral por A. J. M. y en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia en grado de partícipe primario (arts. 45, 55 y 119, primer y tercer párrafos en función del 4to. párrafo, inc. f del C. Penal), todo ello en la modalidad de delito continuado.

Ha dicho la sentenciante originaria que el Auto de Apertura a Juicio, si bien no es un Auto de Procesamiento, entiende que es el acto equivalente al que se refiere la norma del art. 702, inc. e) del CCyC. Reitero que esta norma prevé la "suspensión" de la responsabilidad parental mientras dure el procesamiento penal o acto equivalente por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. En este punto he de coincidir con lo que expone en sus agravios la Sra. Asesora de Familia cuando hace referencia que no resulta, ni resultaba necesario en este caso atravesar un doloroso juicio, con la indefectible revictimización del niño y sus familiares/representantes para lograr el resultado de la "suspensión" de la responsabilidad parental dado que el Código Penal lo prevé expresamente ante el procesamiento por los delitos imputados a la aquí demandada. O sea –conforme dice la Asesora en su fundamentación recursiva— ante lo actuado en el juicio Penal podría haberse ordenado la inscripción de la "suspensión" de la responsabilidad parental de la madre sin la necesidad de tramitar todo este proceso y de allí su planteo en cuanto a la necesidad de decretar en estos actuados la

“privación” en razón del aval que brindan para justificar esa medida las probanzas aquí producidas y a las cuales ya me he referido supra.

Hemos visto y he dicho a lo largo de este voto que este caso encaja perfectamente en lo previsto por el art. 700 inc. “c” del CCyC, por lo que la privación de la responsabilidad parental que la demandada ostenta sobre su hijo B. debe ser dispuesta en tanto la prueba arrimada lleva al convencimiento de la conveniencia de sustraerlo de la autoridad materna, pues todos los informes especializados y demás pruebas producidas en el proceso han concluido que existe un altísimo riesgo psicofísico para aquél y, además, se ha dictado el auto de apertura a juicio en sede Penal (o auto de procesamiento) contra la madre por los delitos ya referidos cometidos en perjuicio de su hijo menor.

Resulta claro para mí que en el caso se configuró el supuesto contemplado por el art. 700 inc. c) del CCyC, en la medida en que se acreditó que la conducta de la demandada ponía a su hijo menor en situación de peligro en su seguridad y en su salud física y psíquica, lo cual autoriza a disponer la privación de la responsabilidad parental.

Sin perjuicio de ello, es dable señalar que se ha plasmado judicialmente que para privar a uno de los progenitores de la responsabilidad parental no se requiere la existencia de una condena penal, ni siquiera de la existencia de una causa penal promovida. Es que, la norma en la cual se funda la privación de la responsabilidad parental, prevé la conducta paterna que ponga en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo (art. 700, inc. c) CCyC). Recordemos que el anterior Código Civil preveía la misma puesta en peligro y le agregaba que ello ocurriera mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia.

Permítaseme insistir en que no tengo la menor duda en que corresponde aquí revocar la decisión de la distinguida Magistrada sentenciante de la instancia originaria y disponer la "privación" pretendida por la parte actora y por la Asesoría de Familia, en razón de que el citado art. 700 inc. c) del CCyC engloba con amplitud las situaciones de peligro en las que el actuar de los progenitores puede colocar a los hijos menores, siendo suficiente la potencialidad aunque no se haya producido el resultado. En este caso -y conforme las pruebas producidas- el accionar de la madre fue mucho más allá de la "potencialidad", dado que los graves hechos en perjuicio de su hijo se consumaron, o sea, el resultado se produjo. El proceder de la progenitora descripto en este inciso no se compadece en lo más mínimo con el medio esperado por la ley para que el menor se desarrolle plenamente; de allí, entonces, la necesidad de paralizar las conductas que hacen peligrar la formación del hijo, privando a la madre de su autoridad (conf. CNCiv., Sala I, *"S., E.E. y Otros c/ R., M.A. s/ Privación de la Patria Potestad"*, 06/06/2013, LLOnline AR/JUR/109632/2013).

Por último, no es un dato menor dejar sentado que si -conforme hemos visto- es relevante el procesamiento penal de la madre, a mayor abundamiento y como medida oportunamente dispuesta por esta Alzada, se ha acompañado en autos una copia auténtica de la sentencia dictada el día 02 de Mayo de 2019 en los autos caratulados: **"M., G. EN REPR. DE MENOR B.M. ABUSO SEXUAL AGRAVADO – PUERTO MADRYN" Carpeta N° 6972 OFIJU Legajo N° 56770**, la que resolvió: ***"…CONDENAR a B. M. D. C.… como autor penalmente responsable de los delitos de Abuso Sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo en carácter de autora (art. 119, 2° párrafo, y 4 párrafo inciso B) en concurso real con Abuso Sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia en grado***

de partícipe primario (arts. 119 2° y 4 párrafo inc. f, C.P.N.) en concurso real con Abuso Sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia en grado de partícipe primario (art. 119, 3 y 4 párrafo inc. f), a la Pena de Dieciseis (16) Años de Prisión, accesorias legales y costas (Artículos 5, 12 y 29 inc. 3° del Código Penal)… por los hechos ocurridos en la ciudad de Puerto Pirámides, a partir principios del año 2012 y hasta fines del año 2015, en perjuicio del niño B. M.…" (conf. fs. 644/708). En la misma sentencia fue condenado también el concubino de la demandada de C., **A. J. M.**, como autor materialmente y penalmente responsable de los delitos de Abuso Sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia en carácter de autor (arts. 45, 119 2° y 4 párrafo inc. f) en concurso real con Abuso Sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia en carácter de autor (arts. 119 párrafo 3° y 4° inc. f, y 45 C.P.), todos en la modalidad de delito continuado (art. 55 C.P.N.), a la pena de Catorce (14) Años de prisión accesorias legales y costas (Arts. 5, 12 y 29 inc. 3° del Código Penal) ***por los hechos ocurridos en la ciudad de Puerto Pirámides, a partir principios del año 2012 y hasta fines del año 2015, en perjuicio del niño B. M.***.

Resulta obvio decir que esta sentencia no ha adquirido firmeza y de allí que simplemente dejo constancia de su dictado y de su contenido condenatorio para la aquí demandada y su concubino como un antecedente de lo que sus conductas hacia el niño ha generado.

Por otra parte, he dicho anteriormente en este punto que para privar a uno de los progenitores de la responsabilidad parental no se requiere la existencia de una condena penal, ni siquiera de la existencia de una causa penal promovida. Quiero decir con esto que, aun cuando no se hubiese instruido la Causa Penal en la que ha resultado condenada la demandada,

las pruebas colectadas en estos actuados tienen la entidad y solvencia suficiente como para sustentar la privación de su responsabilidad parental conforme aquí lo propongo.

F.6) Por último, haré una breve referencia a dos puntos de la decisión de la a quo que corresponde también ser considerados.

Uno es el que dice que *"…la privación de la responsabilidad parental debe aplicarse siempre como una medida de carácter excepcional y extremo ya que, como sostienen los jueces, no solo afecta al progenitor, al enervar el ejercicio de sus derechos funciones, sino que impide a la hija gozar de la coparentalidad, derecho fundamental que resulta de la Convención de los Derechos del niño…Es por ello que la pérdida de la Patria potestad supone la existencia de hechos graves conforme la importancia que tal sanción reclama…"* (conf. fs. 598 in fine/y vta.).

No puedo compartir estos fundamentos de la Magistrada sentenciante. No se discute que la privación es de carácter excepcional, pero lo que no puede avalarse es que, en este caso, deba priorizarse el derecho del hijo a *"gozar de la coparentalidad"*. Y lo que sostengo está sólidamente apoyado en las constancias de autos; por ejemplo, en la conclusión del ETI al decir que **no considera conveniente que la madre pueda vincularse con su hijo ni tener injerencia en las decisiones que hacen a su crianza**, según lo he destacado supra y surge expresamente de la decisión de primera instancia. Esto aparece ratificado por las Licenciadas del ETI al decir que **resulta conveniente que el niño B. M. continúe conviviendo con su padre y su grupo familiar, sin injerencias por parte de la madre en su crianza, dándole continuidad al tratamiento terapéutico que realiza para superar las vivencias traumáticas que ha atravesado**, lo que también surge de la

sentencia en crisis. También ha dicho la a quo en su sentencia que tiene en cuenta el dictamen del ETI que dice: **"…Para B., su madre y su entorno resulta ser un contexto amenazante, pudiendo desestructurar su estabilidad psíquica y emocional, por lo que resulta necesario que él perciba que no existe posibilidad de que se reiteran las situaciones vivenciadas... no consideramos conveniente que la madre pueda vincularse con su hijo ni tener injerencia en las decisiones que hacen a su crianza. Este aspecto es central en su recuperación ya que hace al contexto estable que se requiere para elaborar psíquicamente lo sucedido…"**.

Ante estas terminantes conclusiones, no es posible confirmar la decisión de tener en cuenta el derecho del hijo a *"gozar de la coparentalidad"*. Precisamente, los expertos han informado y aconsejado todo lo contrario para que B. pueda ir recuperándose del calvario que le hicieron vivir su propia madre y su concubino. Todo contacto o cercanía con su madre es hoy gravemente perjudicial para él y de allí que no pueda hablarse de gozar de *"la coparentalidad"* como se dice en la sentencia de primera instancia.

El otro punto que tampoco comparto es cuando la Sra. Magistrada a quo dice: *"…dadas las particularidades del caso, reitero que la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de la Sra. D. C. respecto de B., es lo que considero refleja el mejor interés de éste…"* (conf. fs. 598 vta.). Como contracara de la decisión de la a quo, afirmo -en razón de los fundamentos hasta aquí vertidos- que la suspensión decretada en la sentencia no respeta en modo alguno "el mejor interés" de B. y de allí la necesidad de revocarla por esta Alzada. Hemos visto que las pruebas han sido claras, terminantes, sólidas y contundentes sobre los graves perjuicios cometidos por la madre hacia su hijo y la imperiosa necesidad de alejarla de él para poder realizar un tratamiento adecuado que apunte fundamentalmente a su recuperación,

tarea que no será ni sencilla ni breve. De allí que la única forma de proteger y respetar el "superior interés del niño" es decretando la privación de la responsabilidad parental de la demandada, conforme se solicitara al demandar.

6 – Conclusión

En atención a los fundamentos hasta aquí expuestos, corresponde admitir los agravios vertidos por los recurrentes y, en consecuencia, **revocar parcialmente** la sentencia en crisis en cuanto no admitió la demanda por privación de la responsabilidad parental de la Sra. B. M. D. C. y suspendió a la misma del ejercicio de la responsabilidad parental respecto de su hijo B. M. y **hacer lugar a la demanda decretando la PRIVACION de la responsabilidad parental de la demandada B. M. D. C. respecto de su hijo B. M. (art. 700, inc. "c" del CCyC**), correspondiendo dar cumplimiento a los demás puntos ordenados por la sentencia originaria.

La privación de la responsabilidad parental de la madre que aquí se decreta deberá inscribirse por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia del Chubut, quien deberá colocar la correspondiente nota marginal en el Certificado de Nacimiento de B. M., D.N.I. N° X, nacido el día 08 de Diciembre del año 2006 en Puerto Madryn (Chubut), hijo de G. A. M. y de B. M. D. C. y que se encuentra registrado en el Tomo III – Acta 633 – Año 2006. A tal fin, se librará oficio de estilo.

Así lo voto.

7 – Adecuación de costas y honorarios

La revocación parcial de la sentencia torna aplicable la norma del art. 282 del CPCC. En consecuencia, corresponde mantener la imposición de las costas

de la primera instancia a la parte demandada en su condición de vencida en el proceso (art. 69 CPCC) y regular los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. A. N. A., en la suma representativa de 130 (Ciento Treinta) Jus y los de los Dres. R. A. S. y L. G., letrados apoderados de la parte demandada, en conjunto, en la suma representativa de 100 (Cien) Jus, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 7, 9, 29, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

8 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de la Alzada a la parte demandada que resulta vencida en el recurso que les fuera concedido a las recurrentes (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. A. N. A., en la suma equivalente al 35% de la que le corresponda por su labor en la instancia originaria y los de la Dr. L. G., letrada apoderada de la parte demandada, en la suma equivalente al 25% de la que le corresponda por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5,13, 29, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE por la NEGATIVA**.

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u>, la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el

apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen, optando -como el Dr. Fiordelisi ha propuesto al Acuerdo-, por el tratamiento conjunto de las quejas del Sr. M. como las de la Asesoría de Familia.

2. <u>Tratamiento de los agravios conjuntos</u>

a) La sentencia que llega en apelación involucra ingresar a un conflicto donde deberemos abordar la cuestión sobre el mejor interés de B., eje central de protección y destinatario fundamental en tanto sujeto de pleno derecho.

Así lo dispone y como principio procesal constitucional, la regla del art. 3.1 de la CDN, que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otra consideración, *"no solo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que además debe ser el mejor interés a la hora de dilucidar conflictos de derechos"* (Lloveras- Salomón "El Derecho de Familia. Desde la Constitución Nacional", pág. 121 Editorial Universidad, Bs. As., 2009).

La norma 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. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.

A más de ello " *Cada una de las decisiones que los jueces de familia adoptamos deberá estar anclada en esa manera de resolver que mandan los dos primeros*

artículos del CCyC: integrando, proyectando y expandiendo el universo del sistema jurídico privatista, al más amplio y abarcativo mundo del derecho constitucional y transnacional del que forma parte ineludible"(Tavip Gabriel "El rol del Juez en los conflictos con personas menores de edad" Revista Derecho Privado y Comunitario, 2016-1 págs. 333 y sgtes., Ed. Rubinzal Culzoni).

Es oportuno señalar aquí, que esta Cámara consecuente con la norma del art 130 de la Ley III N° 21 y la importancia de la participación de los chicos en el proceso para que puedan ejercer su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta a la hora de sentenciar, dio intervención a la AFI para que se expida sobre la necesidad de realizar la audiencia con B., haciéndolo a fs. 631 por la negativa con base tanto en el dictamen del ETI (fs.515/ 516) como en el de la psicóloga tratante (fs. 486/488).

Vale señalar también, que esta Cámara recibió en audiencia al grupo familiar en oportunidad de dictar sentencia en los autos "M.; G. A. c/ D. C., B. M. s/ Incidente de Modificación del Cuidado Pers. de Hijo" Expte. N° 55/2016.

b) Dicho lo anterior, también dejaré a salvo que no altera la motivación fundada de este voto que acompañe al Dr. Fiordelisi, en su planteo preliminar, pues permite contextualizar la relevancia de la responsabilidad parental en cuanto su función, misión o rol de los progenitores destinada a su formación y protección integral de sus hijos como el ya expuesto eje del interés superior del niño.

Tal como ha señalado Grosman, el concepto del interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera más efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de

las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (conf. Grosman, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LL, 1993-B-1095).

Por su parte, la CIDDHH, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, señaló que el interés superior del niño debe ser entendido "como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia... Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño". Establece así "el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades".

c) Ingresando en el aspecto medular de sendos agravios diré que el CCC luego de definir a la responsabilidad parental en su art. 638 como *"el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado"*, en el art. 639 enumera los principios generales que rigen la materia, respetando la igualdad de los deberes y derechos de los progenitores frente al ejercicio y a la titularidad de los mismos sin distinción ni de sexo, ni de origen matrimonial, a saber a) el interés superior del niño, b) la autonomía progresiva, c) y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se articulan en el

art. 640 de dicho cuerpo normativo como formas legales derivadas, y reguladas en el art. 641, al contemplar los diferentes contextos generadores de efectos jurídicos en la relación paterno-filial. Así, la titularidad refiere al conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales, mientras que el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquéllos.

Tanto en los supuestos en los cuales los progenitores convivan o no, el principio es que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos, análoga presunción legal instituye en relación a la conformidad de uno respecto a los actos realizados por el otro, salvo aquellos actos que requieren conformidad expresa de progenitores y de conformidad con lo normado por el art. 645, por lo que la atribución del ejercicio a uno solo de los progenitores es excepcional.

Ahora bien, los deberes y derechos emergentes de la responsabilidad parental, se centran -como vengo sosteniendo- en el principio rector del interés superior del hijo.

La función parental de protección, va direccionada a que el hijo logre su pleno desarrollo bio- psico -social y su formación integral.

En este marco, el CCC introduce el concepto de cuidado personal (Art. 648 C.C y C) al referirse a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la organización de la vida cotidiana del hijo.

Se entiende por cuidado personal el derecho deber de los progenitores de tener al hijo consigo. Es la presencia física la característica esencial de este cuidado, función que, a su vez, debe asegurar el derecho del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (conf. art.9º CDN), garantía del efectivo ejercicio del derecho a mantener su vida familiar.

El principio general de que el cuidado personal de los hijos es de ambos padres, no es una pauta absoluta e incuestionable, en tanto no siempre es posible su realización. En los supuestos donde no existe convivencia de los progenitores el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos (art. 649 CCC.). Admitiendo de manera excepcional se acuerde o se disponga el cuidado unilateral en cabeza de uno de ellos (Art. 650 CCC.), sea porque no puede llevarse a cabo por los dos, o porque puede de intentarlo se puede perjudicar al hijo.

En el expediente que he citado al inicio, esta Cámara confirmó lo dispuesto en la sentencia de grado respecto a que la modalidad de cuidado personal compartido alternado, era la que mejor se ajustaba al interés de B. y se exhortó a los progenitores a procurar un mejor y mayor diálogo que les permitiera en el futuro flexibilizar la modalidad que se imponía.

Reitero, la finalidad que se expresa en las reglas generales es que la responsabilidad parental consiste en la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo, reconociéndolo en su individualidad como sujeto de derechos y no como objeto de los deberes que se enuncian.

Es claro que el apartamiento de algún o algunos de los deberes que se enuncian son señales de un rumbo que termina menoscabando los derechos fundamentales del hijo.

De allí que cuando esas obligaciones se incumplen por uno o ambos progenitores, la norma traza el modo de sancionarlo/s, procurando que la misma tenga carácter protectorio para el hijo.

Luego, el C.C y C (arts. 699/ 704) aborda las causales de extinción, privación, suspensión y la rehabilitación de la responsabilidad parental.

d) Me he permitido reseñar los aspectos que regulan la responsabilidad parental pues lo que aquí debe definirse es si la suspensión de la Sra. D. C.

del ejercicio de la responsabilidad parental de su hijo B. es ajustada a los hechos probados en el expediente o si resulta del mejor interés del joven la privación de aquélla, tal como vienen sosteniendo en sus agravios el progenitor y la Sra. Asesora de Incapaces.

A esos fines el art. 700 del CCC expresa que cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.

Agrega que en los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d), desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo.

La Ley Nº 27.363, sancionada el 31/05/2017, promulgada el 22/06/2017 y publicada en el B.O.: 26/06/2017, incorporó el artículo 700 bis que establece que "*Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos 1 y 11 del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor; b) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata; c) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se*

trata. La privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere.

A diferencia de la extinción -que opera de pleno derecho y por causales objetivas que no guardan relación con reproche o imputación a uno o ambos progenitores, la privación requiere la declaración judicial, esto es la sentencia pertinente, previa valoración de la inconveniencia para el hijo del mantenimiento de la responsabilidad parental en cabeza del o de los progenitor o progenitores o -en su caso-, la condena penal firme.

Por su lado, la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, se halla motivada en situaciones de imposibilidad de ejercicio y operan de pleno derecho, ya que no se ha dejado al criterio judicial esa determinación como que, cesa la suspensión –automáticamente-, al desaparecer las causales que lo fundaron. Esto es así, porque al no tratarse de una medida de naturaleza sancionatoria, sino que, por cuestiones fácticas, se advierte que uno de los progenitores no se halla en condiciones de ejercer la responsabilidad parental, resulta entendible que la suspensión también cesa de pleno derecho cuando se revierte la circunstancia por la que se ha dado inicio a la suspensión.

Desde este punto, es un acierto de la Sra. Asesora de Familia cuando indica que no hubiera sido necesario atravesar este proceso en tanto conforme el art.702 del CCC la suspensión en el ejercicio de la responsabilidad operaba de pleno derecho.

Es que el art. 2 de la ley 27.363 modificó el art. 702 del CCC incorporando a las causales ya enunciadas en la norma el inc e) que refiere como causal *"El procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada*

establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061…."

Conforme la cláusula de vigencia temporal de la norma y lo dispuesto en los autos caratulados "M., G. EN REPR. DE MENOR B.M. ABUSO SEXUAL AGRAVADO" Carpeta Nº6.972, Caso Nº 56.770 MPF, la Dra. Stella Maris EIZMENDI, jueza penal, dictó el auto de apertura a juicio, "acto equivalente" en nuestra jurisdicción al que refiere la norma civil. Por lo que la suspensión de la Sra. D. C. en el régimen de responsabilidad parental operaba de pleno derecho.

e) Tal como indica la señora magistrada, la privación de la responsabilidad parental constituye una medida de extrema gravedad y debe interpretarse de manera restrictiva.

Estoy convencida que aun centrándonos en su carácter excepcional y sin desentenderme de algún tinte sancionatorio, la decisión judicial que se adopte en ese sentido está esencialmente dirigida a la protección de los hijos.

Por ello, afirmo que la privación es un recurso extremo que supone la existencia de hechos graves, implica que la/el sancionada/o ha/n incumplido los deberes a su cargo, siendo insuficiente para la privación el cumplimiento más o menos irregular de los deberes y funciones a su cargo; las causas deben interpretarse restrictivamente (art. 9.1. de la CDN) y se mantiene a pesar de su reversibilidad, exigiendo por tanto, la mayor certeza posible en la prueba producida.

La aplicación efectiva de la privación, estará subordinada más allá del efecto sancionatorio al padre, a resultar un eficaz instrumento de protección para B. en tanto responda a su mejor interés.

Así "*No obstante el carácter sancionatorio de las conductas de los progenitores que conllevan la pérdida de la responsabilidad parental, la misma siempre debe tener en miras el mejor interés del hijo, puesto que si se juzgara que tal privación es una sanción por la cual el padre pierde los derechos debido a su inconducta y no una medida destinada a la protección del hijo, se estaría penando al padre, junto al hijo, por lo que no sería posible de sostener esa interpretación, a la luz de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, la privación de la responsabilidad parental debe aplicarse siempre como una medida de carácter excepcional y extremo que no solo afecta al progenitor, al enervar el ejercicio de sus derechos-funciones, sino que impide al hijo gozar de la coparentalidad, derecho fundamental que resulta de la mentada Convención. Es por ello que la pérdida de la patria potestad supone la existencia de hechos graves conforme a la importancia que tal sanción reclama, en tanto deben concurrir actuaciones u omisiones que respondan al deliberado propósito de soslayar las obligaciones que conlleva la paternidad o ser el resultado de una actitud del progenitor "*(Cám. Fam., Mendoza, Mendoza "A., C. A. por el menor B., M. vs. B., L. A. s. Privación patria potestad"; 10/08/2017; Rubinzal Online; 2130/13/7F-244/2016; RC J 7083/17).

Se ha dicho "*Cada uno de los supuestos contemplados en la norma que se analiza importan la pérdida de la titularidad de la responsabilidad parental, luego de la decisión judicial que así lo establece. Se trata en definitiva, como lo ha dicho la doctrina de "un recurso extremo previsto en el ordenamiento jurídico, por medio del cual los padres no podrán ejercer sus derechos-deberes derivados de la patria potestad. Dicho criterio excepcional y restrictivo de la privación de la patria potestad queda fortalecido con el carácter eminentemente temporal de la sanción, pues puede*

ser recuperada exigiendo, por lo tanto una mayor certeza en la prueba producida" (Solari Néstor, Criterios para la privación de la patria potestad, en D.J. del 14/06/2006 pág. 472).

f) Sentadas las bases que serán de aplicación, pondré mi atención en la causa de privación de la responsabilidad parental prevista en el art. 700 inc c) cuál es la de poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo.

Y lo expongo así porque al tiempo del dictado de esta sentencia, contamos con la sentencia recaída en la causa penal "M., G. en Repr. de Menor B.M. Abuso Sexual Agravado" donde la Sra. B. D. C. fue condenada como autora y partícipe primario de delitos dolosos contra la persona de su hijo B. (v.644/707). La condena no se encuentra firme (fs.708) y en los términos del art- 700 bis de adquirir firmeza ese fallo, se produciría de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental.

g) Retomando la cuestión medular que nos convoca, el CCC señala como tercera causa de la privación de la responsabilidad parental cuando se configura por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo.

No me es ajeno que, en el marco de esa norma, los supuestos que podrían verificarse son lamentablemente numerosos.

De allí que considerando los efectos de la privación y determinado su carácter extremo e interpretación restrictiva, los jueces deberán verificar en concreto el perjuicio actual o potencial, para la seguridad y bienestar físico o psíquico del hijo menor de edad. *"La causal se justifica ya que determinadas conductas de los progenitores pueden en muchos casos contrariar el objetivo básico central de la responsabilidad parental, tal como está delineada en el artículo 683 del*

Código Civil y Comercial, como es la protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de esta y no se haya emancipado…"(Tratado de Derecho de Familia, Aida KEMELMAJER de CARLUCCI, Marisa H. y Nora LLOVERAS Directoras Tratado de Derecho de Familia, Rubinzal Culzoni Editores, edición 2014, pág. 404).

El supuesto entonces solo debe operar en casos graves.

Esto es, no alcanza un estado de duda ni un incumplimiento más o menos irregular, sino que éste debe ser palmario; esto es que resulte irreconciliable con el ejercicio de la función, reñidas con los fines que persigue la responsabilidad parental que son vale reiterar -esencialmente y aun cuando lo hago en exceso en este voto- la protección y formación integral de los hijos.

En ese contexto, no abrigo ninguna duda que se acreditó en este expediente las circunstancias de gravedad que impone la norma. Tanto la seguridad como la salud física y psíquica de B. se han violentado no solo por los actos en que ha sido víctima por la conducta de su progenitora sino que ha estado instalado en un medio familiar que le fue adverso y con ello me refiero a la inconducta para con él del Sr. M..

Estoy persuadida que no afecta la autonomía de mi voto que no transcriba los informes y declaraciones de los que ha dado cuenta el Dr. Fiordelisi en el voto que me antecede. Tengo presente que la señora jueza de la anterior instancia ha dado cuenta de un análisis pormenorizado de la prueba rendida y lo reitera el magistrado que me antecede, señalando que no ha sido la apreciación individual de la prueba materia de agravio, sino que se cuestiona la decisión final que se adopta.

Por ello es que me ocuparé de traer a mi voto aquellas conclusiones que me permitirán apartarme de la medida de suspensión por la que opta la

magistrada de grado y resolver que la privación de la responsabilidad parental de D. C. es la que mejor se ajusta al mejor interés de B..

Debo recordar aquí que al tiempo de dictar la sentencia de grado se conocía la tramitación de la causa penal donde aún no había recaído sentencia definitiva.

Dicho todo lo anterior me ocuparé del informe del ETI.

De esa valiosa prueba, previo al dictado de la sentencia de grado, se extrae que se han valorado las entrevistas con B. que les permiten sostener que durante su convivencia de B. con la madre y la pareja de ésta -Sr. M.-, el niño evidenció situaciones compatibles con malos tratos presentando además signos de ASI como que el relato del niño presentaba coherencia interna, lógica, siendo espontáneo y libre de condicionamientos o rigideces que el niño no pudiera explicar y que sus dichos fueron acompañados de una carga emocional congruente con los sufrimientos relatados en relación a los hechos plasmados en la denuncia.

Se ocupan las profesionales del ETI de referenciar puntualmente todos los informes, entrevistas y declaraciones en la audiencia de vista de causa entre ellos los de la terapeuta de B. Lic. M. M. donde constan las entrevistas mantenidas con el niño y en las cuales B. hizo referencia a las situaciones que no le han gustado y que debió vivir en la casa de su mamá (ya transcriptos por el Dr. Fiordelisi) como la sintomatología de tipo emocional y físicos del niño, tales como: vómitos y deposiciones frecuentes, observados durante las sesiones; el testimonio de la Dra. G. que participó del protocolo de ASI administrado a B. y dijo que “surgen detalles claros que el niño presentaba al momento del examen signos físicos compatibles con ASI. Durante la audiencia la médica asevera y amplía lo ya vertido en su informe de fojas 41 del Expte: 1047/2016”; las consideraciones del

pediatra M. que afirma que las lesiones físicas de un abuso y las secuelas no pueden ser producidas por ningún otro padecimiento de salud física, como celiaquía o diarreas a repetición", el de la Lic. G. que aluden al maltrato que recibía de su madre, el informe de la Lic. C. que, detalló en su H.C. e informes (fs. 463 a 479 y 188) y en su testimonio, "situaciones compatibles con ASI y maltrato que han afectado a B., abordando ella terapéuticamente aspectos vinculados al trauma que le ha ocasionado al niño dichas vivencias.

La valoración de la prueba reunida las lleva a concluir, luego de haber participado de la audiencia de vista de causa en la que han escuchado los testimonios que *"han surgido elementos recurrentes que indican que B. ha sufrido situaciones de malos tratos físicos y psicológicos en la convivencia con su madre, llevándole un tiempo significativo poder explicitar dichas situaciones. Quedó señalado en los distintos testimonios, que en un principio empezaron a aparecer en él sintomatología física y emocional hasta que al tener mayor estabilidad en la relación con el padre y su pareja y al haber podido sostener un espacio terapéutico, el niño pudo develar lo que le sucedía".*

Dirán que encontraron "*recurrencia y convergencia en los elementos que se desprenden de los múltiples informes del expediente, y en los testimonios de la audiencia, donde se pone de relieve los aspectos disfuncionales vinculados al ejercicio de la parentalidad por parte de la madre de B.".*

Se expiden respecto de las características de la parentalidad disfuncional para luego referirse en concreto respecto de la progenitora de B. "*han quedado puestas de relieve las falencias y contradicciones demostradas por la madre en el cuidado del hijo, sobre todo a la falta de receptividad a sus diferentes planteos y escasas posibilidades de pensar a su hijo como sujeto de padecimiento (luego de*

detectado los signos físicos de ASI), centrándose en los perjuicios que se le ha ocasionado a ella a partir de la denuncia".

Avanzan en la personalidad de la Sra. D. C. y dicen que encuentran perspectiva similar en las conclusiones del informe de quien fuera la Psicóloga del CMF de esta ciudad Lic. Elsa Sánchez quien concluyó en su análisis de la personalidad de D. C. y M. de fs. 436/437 y 441/443), quien escribió*: "Intento manifestar con estas expresiones que ambas Personalidades tanto la del Sr. M. como la de la Sra. D. C., son Personalidades con fuertes desajustes internos -con fallas a nivel de los controles impulsivos- con modalidades de actuación de stilo psicopático que ocultan detrás de falsos andamiajes neuróticos…".*

Finalmente y luego de formulaciones teóricas que sostendrán su informe indican que consideran conveniente hacer lugar a la petición del progenitor en relación a la privación de la responsabilidad dado que el art. 700 in c contempla la privación de la responsabilidad parental en los casos en que se ha puesto en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del niño. Dirán que *"este ETI entiende que es imprescindible asegurarle a B. un contexto de serenidad para elaborar los padecimientos sucedidos y sentirse a resguardo de un vínculo dañoso. Si bien B. M. ha podido expresar los sucesos vivenciados, al haber sido de larga data y con un compromiso emocional significativo (grupo familiar primario), estos episodios le han generado una vivencia traumática que en la actualidad debe continuar elaborando para poder lograr un equilibrio personal. Los niños que atraviesan situaciones traumáticas no recuperan su estabilidad en tratamientos a corto plazo, deben tener un tratamiento prolongado, y además contar con la seguridad que quienes perciben como persona abusiva, no volverá a generarle daño".(…) Para B.… su madre y el entorno resulta ser un contexto amenazante, pudiendo desestructurar su estabilidad psíquica y emocional, por lo que resulta*

necesario que él perciba que no existe posibilidad de que se reiteren las situaciones vivenciadas. Por ello no considera conveniente que la madre pueda vincularse con su hijo ni tener injerencia en las decisiones que hacen a su crianza. Este aspecto es central en su recuperación ya que hace al contexto estable que se requiere para elaborar psíquicamente lo sucedido… resulta conveniente que el niño B. M. continúe conviviendo con su padre y su grupo familiar, sin injerencias por parte de la madre en su crianza, dándole continuidad al tratamiento terapéutico que realiza para superar las vivencias traumáticas que ha atravesado..."…estimamos importante para el desarrollo y recuperación integral de B., que el progenitor pueda contar con la autonomía necesaria para tomar las determinaciones y realizar las gestiones atinentes a la crianza y cuidado del mismo…".

Aduna a la justificación del daño infringido a B. las declaraciones de la Dra. N. G. quien actuó como profesional médica contratada por el Hospital local para intervenir en los Protocolos de ASI y que ha sido también considerado y valorado por la a quo en su sentencia quien describió los indicadores de ASI que ya fueron transcriptos por el magistrado que me antecede en el voto y que estimo innecesario reiterarlos aquí.

Valoro también el aporte a este proceso de las declaraciones de la Lic. M. M. (psicóloga de B. cuando éste tenía 9 años de edad) quien describió su intervención, la negativa del niño a tener sesiones con su mamá, los síntomas corporales cuando se hablaba de ella, la manifestación escrita y verbal sobre la violencia física y verbal por parte de la mamá y la pareja de la mamá, hacia él y hacia sus hermanitos, hasta que a partir de septiembre comienza a verbalizar las cuestiones relacionadas con el abuso, las que han sido reseñadas por el Dr. Fiordelisi al transcribir la declaración. Estimo relevante dejar consignado que a criterio de la profesional no era posible que B. pueda haber fabulado los hechos relatados para lo cual ha dado razones como que

los momentos de angustia del niño siempre estuvieron relacionados con algo que pasaba en la casa materna y que B. no mencionó que la violencia haya pasado en otros contextos, sino que siempre era en la casa de la mamá. Aclaró que en un principio B. no hablaba de J., pero comenzó a referirse a él cuando pudo verbalizar los abusos.

Resulta otro dato convictivo que la Lic. M. señale que en las sesiones con De C., ésta fue siempre muy reiterativa en preguntarle si el niño le había dicho algo de J. y qué pensaba de J..

En la declaración de la Lic. C. C., terapeuta de B. desde Agosto hasta fines de Noviembre de 2018, dijo que el niño le manifestó que su mamá y su padrastro abusaron de él, y su abuelo materno, aparte de otras personas.

En lo que entiendo relevante para justificar el daño infringido al niño la sicóloga señaló que su intervención se focalizó en que B. disminuyera sus síntomas, destacando que B. está disociado, su estado psíquico es de fragmentación, entonces él puede hablar de un evento terrible sin angustiarse, esto no quiere decir que no le genere angustia, que no haya sucedido ninguna de esas cosas que se piensan, se desintegra su personalidad sobre todo en un niño que ha sido abusado desde su infancia, es un mecanismo defensivo, es una cuestión operativa, que puede tener consecuencias a largo plazo, terribles, porque hay que trabajar la disociación, volver a unir partes de su personalidad, ir zurciendo lo que se rompió.

Por otro lado descree que el discurso del niño haya sido algo fabulado o inducido porque no podría tener toda la sintomatología que presenta, por lo menos al nivel que la tiene, por lo que es muy difícil que esta situación no haya existido como que los indicadores emocionales que presenta B. están directamente relacionados al abuso sexual y si no existió abuso tiene que

haber existido un maltrato sistemático durante muchos años, físico y emocional para que se desarrolle todo esto. Maltrato en el hogar materno al que hizo referencia B. como que también describió el abuso sexual.

Las otras cuestiones y dentro del contexto probatorio que debo apreciar, han sido reseñadas tanto en la sentencia de grado como por el Dr. Fiordelisi.

Por su lado, estimo innecesario reiterar aquí lo dictaminado por la Sra. Asesora de Familia obrante a fs. 562/580 de autos, que fuera evaluado por la Dra. P. y luego por el Dr. Fiordelisi y que en definitiva han sido base de los argumentos que sostienen el recurso deducido por la Asesoría.

He reseñado la prueba cumplida y estoy absolutamente convencida que se ha configurado el presupuesto del art. 700 inc del CCC pues se lo expuso a situaciones de abuso sexual y maltratos que han comprometido objetivamente su seguridad y su salud psicofísica, vulnerando la finalidad esencial de la responsabilidad parental.

La Sra. B. D. C. no garantizó ni la protección, ni el desarrollo ni la formación integral de su hijo B. generando un daño grave y actual a su hijo que ha sido descripto detalladamente por los profesionales que intervinieron conforme el protocolo ASI como aquellos terapeutas que han acompañado a B. y que demandará no sólo de un tratamiento profesional sino del acompañamiento de su grupo familiar de pertenencia para lo que se advirtió era necesario que el padre cuente con la autonomía necesaria para tomar las determinaciones atinentes a la crianza y cuidado de B. (informe ETI fs.580).

No puedo soslayar en la valoración de la prueba reunida y que también fue señalado por la Lic. Sánchez como la Asesoría, que la demandada no evidenció mayor inquietud sobre lo vivido por B..

Sobre la base que todo era una mentira, ha ido cuestionando cada intervención de peritos, descalificándolos con argumentos netamente

subjetivos y que percibo más dirigidos a protegerse y proteger a su pareja que a reconocer el daño sufrido y constatado por el CMF junto con la médica G..

No se advierten intentos de comprender a B., su mirada sobre los hechos se enanca en la falta de acusación fiscal en la causa penal ganando con ello tranquilidad, negando toda situación de riesgo vivida por B. y reiterando una confabulación de todos contra el núcleo familiar que conforma con J. M..

Ya concluyendo mi voto, la tutela judicial efectiva que nos exige B. es la privación de la responsabilidad parental de la Sra. B. D. C..

Tengo en claro que la decisión que propongo hará cesar de pleno derecho todos los derechos emergentes de la responsabilidad parental y que tal decisión responde al mejor interés del niño quien deberá transitar un largo camino para superar los estigmas de lo vivido y que esa recuperación y reintegración será solo posible en un ambiente donde se fomente su salud integral, el respeto a sí mismo y su dignidad y se cuente con la autonomía necesaria para adoptar las decisiones consecuentes a esos fines.

Vale también señalar que si bien recayó sentencia condenatoria en la causa penal "M., G. En Repr. De Menor B.M. Abuso Sexual Agravado" Carpeta Nº6.972, Caso Nº 56.770 MPF y con ello que las pruebas reunidas en sendos expedientes son complementarias, se cuenta en autos con elementos probatorios suficientes para que con plena convicción se disponga la privación de la responsabilidad parental.

h) Consecuentemente con lo que vengo diciendo voy a acompañar la propuesta que ha formulado al Acuerdo el Dr. Fiordelisi y voto por la revocación parcial de la sentencia que deberá decretar la privación de la responsabilidad parental de la Sra. B. D. C., respecto de su hijo B. M. en los

términos del art. 700 inc c) del CCC, sin perjuicio de los demás puntos ordenados en el fallo que llegan firmes a ésta instancia.

En cuanto a las cuestiones formales de inscripción ya se ha ocupado el magistrado que me antecede en el voto y no afecta a la autonomía de mi voto hacer propias las que ha dispuesto el Dr. Fiordelisi.

3. <u>Las costas.</u>

a) Conforme la manda del art. 282 CPCC la revocación parcial de la sentencia amerita disponer sobre las costas y honorarios de la instancia de grado. En orden a que en definitiva se admite la demanda, las costas se mantienen a la demandada vencida (art. 69 del CPCC). Los honorarios que, en la unidad de medida arancelaria, propone el Dr. Fiordelisi para las Abs. A. A. y los del Ab. R. S. y L. G. en conjunto y proporción de ley, se ajustan a la actividad profesional cumplida en la sede anterior.

b) En cuanto las costas en esta Alzada deberán imponerse a la demandada vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). Los honorarios para la Ab. A. A. y para los Abs. R. S. y L. G. en conjunto y proporción de ley, se ajustan al mérito y resultado de la actividad profesional cumplida en esta sede.

VOTO a la cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mi colega integrantes de esta Excma. Cámara los fundamentos que he expuesto precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida en cuanto no

admitió la demanda por privación de la responsabilidad parental de la demandada B. M. D. C. y dispuso suspender a la misma del ejercicio de la responsabilidad parental respecto de su hijo B. M..

2) HACER LUGAR A LA DEMANDA y PRIVAR DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL a la demandada B. M. D. C. respecto de su hijo B. M. (art. 700, inc. "c" del CCyC), correspondiendo dar cumplimiento a los demás puntos ordenados por la sentencia originaria.

3) DISPONER la inscripción de la privación de la responsabilidad parental aquí dispuesta por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia del Chubut, quien deberá colocar la correspondiente nota marginal en el Certificado de Nacimiento de B. M., D.N.I. N° X, nacido el día 08 de Diciembre del año 2006 en Puerto Madryn (Chubut), hijo de G. A. M. y de B. M. D. C. y que se haya registrado en el Tomo III – Acta 633 – Año 2006. A tal fin, se librará oficio de estilo.

4) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS de la primera instancia, manteniendo su imposición a la parte demandada vencida en el proceso (art. 69 CPCC) y regulando los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. A. N. A., en la suma representativa de 130 (Ciento Treinta) Jus y los de los Dres. R. A. S. y L. G., letrados apoderados de la parte demandada, en conjunto, en la suma representativa de 100 (Cien) Jus, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 7, 9, 29, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada que resulta vencida en el recurso que les fuera concedido a las recurrentes (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. A. N. A., en la suma equivalente al 35% de la que le corresponda

por su labor en la instancia originaria y los de la Dr. L. G., letrada apoderada de la parte demandada, en la suma equivalente al 25% de la que le corresponda por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5,13, 29, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de junio de 2019.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn por mayoría pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto no admitió la demanda por privación de la responsabilidad parental de la demandada B. M. D. C. y dispuso suspender a la misma del ejercicio de la responsabilidad parental respecto de su hijo B. M..

2) HACER LUGAR A LA DEMANDA y PRIVAR DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL a la demandada B. M.

D. C. respecto de su hijo B. M. (art. 700, inc. "c" del CCyC), correspondiendo dar cumplimiento a los demás puntos ordenados por la sentencia originaria.

3) **DISPONER** la inscripción de la privación de la responsabilidad parental aquí dispuesta por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia del Chubut, quien deberá colocar la correspondiente nota marginal en el Certificado de Nacimiento de B. M., D.N.I. N° X, nacido el día 08 de Diciembre del año 2006 en Puerto Madryn (Chubut), hijo de G. A. M. y de B. M. D. C. y que se haya registrado en el Tomo III – Acta 633 – Año 2006. A tal fin, se librará oficio de estilo.

4) **ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS** de la primera instancia, manteniendo su imposición a la parte demandada vencida en el proceso (art. 69 CPCC) y regulando los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. A. N. A., en la suma representativa de 130 (Ciento Treinta) Jus y los de los Dres. R. A. S. y L. G., letrados apoderados de la parte demandada, en conjunto, en la suma representativa de 100 (Cien) Jus, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 7, 9, 29, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** a la parte demandada que resulta vencida en el recurso que les fuera concedido a las recurrentes (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. A. N. A., en la suma equivalente al 35% de la que le corresponda por su labor en la instancia originaria y los de la Dr. L. G., letrada apoderada de la parte demandada, en la suma equivalente al 25% de la que le corresponda por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5,13, 29, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /19 SDF. CONSTE.