Puerto Madryn, de Abril de 2021.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**M., P. M. S/ Medida de Protección de derechos (de G. R., Z. J. y G. R., J. F.)"**, Expte. 202/2020 venidos del Juzgado de Familia N° 2 (Expte. 12 Año 2020), por haber interpuesto a fs. 124 la Sra. M., recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo Nº 416 del año 2020 de fs. 115/122.

I. La Sra. Magistrada de grado resuelve a fs. 115/122 en primer lugar, dejar sin efecto la medida cautelar dispuesta el día 30 de enero de 2020 (fs. 38) de residencia de las niñas Z. J. y J. F. en el domicilio de los abuelos maternos, requerida por la Sra. P. M. M. en su presentación inicial.

En segundo lugar, dispone el reintegro de las niñas Z. J. G. R. y J. F. G. R. junto a su madre Sra. M. J. R. a su domicilio quien reasumirá todos los deberes y obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

En tercer lugar, insta a la Sra. P. M. M. a que en el plazo de veinticuatro horas reintegre a las niñas Z. J. y J. F. al hogar materno, con sus pertenencias personales y documentación.

En cuarto lugar, dispone cautelarmente y por el plazo de tres meses, un régimen de comunicación de las niñas Z. J. y J. F. G. R. con su abuela materna Sra. P. M. M.

En quinto lugar, intima a la Sra. M. a que se abstenga de efectuar cualquier tipo de comentario negativo o descalificante sobre la progenitora de las niñas delante de éstas y de interferir en la crianza de las mismas y en las decisiones que toma la progenitora en ejercicio de la responsabilidad parental y en caso de advertir alguna situación de riesgo para las niñas y/o vulneración de sus derechos, deberá informarlo en autos peticionando las medidas jurisdiccionales que estime necesarias.

En sexto lugar se dispone que la Sra. R. continúe asistiendo de manera regular a su tratamiento psicológico y concluya la gestión de turnos psicológicos para sus hijas Z. y J.

En séptimo lugar le reitera a la Sra. R. que sus hijas no deben tener ningún tipo de contacto con el Sr. G. P., ello bajo apercibimiento de revisar las medidas que por la presente se adoptaron.

En octavo lugar indica la continuidad de la intervención del Servicio de Protección de los Derechos del Niño y del Adolescente en la problemática de autos, que deberá efectuar un estricto seguimiento de la situación familiar.

En noveno lugar hace saber a las Sras P. M. M. y M. J. R. que podrán contar con la colaboración del SPDNyA para canalizar cualquier conflicto o situación en general que se presente con las niñas.

Contra dicha resolución se alza la Sra. P. M. M. a fs. 124, fundando el memorial de agravios a fs. 132/135.

Le causa agravio que la Sra. Jueza de grado, haya ordenado el reintegro de sus nietas a su madre.

En segundo lugar, la agravia el hecho que no haya sido tenida en cuenta la opinión de Z. J. y J. F. vertidas en el informe de sede penal, donde expresaban que querían permanecer con ella.

Sostiene que la a quo omitió, sin fundamento alguno, cumplir con la manda legal de escuchar y tener contacto personal con las niñas.

Asevera que debido a la omisión de la Sra. Jueza de primera instancia, se torna inválida la sentencia dictada.

Resalta la importancia de la pericia realizada en sede penal, destacando que fue la única que se le realizó a las niñas y en donde queda claro que querían permanecer con ella y el temor de volver junto a su madre.

Considera que el fundamento de la a quo no resulta de una deducción lógica y coherente de toda la expresión pericial y deviene en la práctica una omisión de dichas valoraciones.

A fs. 139/141 luce agregado en autos la contestación del memorial de agravios, a fs. 165 las audiencias celebradas por ante esta Excma. Cámara de Apelaciones.

La Asesora de Familia emite su dictamen a fs. 168 considerando que debe rechazarse el planteo efectuado por la actora.

II. Se agravia la Sra. M. ya que la a quo no tuvo contacto personal con las niñas, omitiendo el derecho de las mismas a ser escuchadas y que su opinión sea tenida en cuenta.

Por otro lado, le causa agravio que no tuvo en cuenta el único informe pericial que se les realizó a las niñas, en donde manifestaban que querían permanecer junto a ella y que tenían miedo de volver con su madre.

Si bien el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente garantiza el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, lo establece sobre aquellos que están en condiciones de formarse un juicio propio y libre.

Muchas veces, de acuerdo a la edad de los menores involucrados o influencias, ese derecho debe ser efectivizado a través de distintas alternativas, como por ejemplo su psicólogo personal, el ETI, etc.

De las constancias de autos surge que el Servicio de Protección de Derechos y la Asesoría de Familia han acompañado a las niñas y grupo familiar en el presente proceso, concluyendo que las niñas se encontraban seguras regresando junto a su madre.

Del informe de la Lic. F. de fs. 126 surge que: *"Por lo que considero que, independientemente de la madurez con la que cuentan las niñas y contemplando el aspecto emocional evaluado oportunamente por la Lic. P., no respondería al mejor interés para ellas quedar involucradas como parte en el Expte. en curso en el ámbito de familia, ya que implicaría dejarlas sumergidas en mayores presiones,*

sobreexponiéndolas en cuestiones que, en lo inmediato, pueden encontrar resolución de modo alternativo".

Por otro lado, en ocasión de celebrar audiencia en esta Cámara las niñas tuvieron la oportunidad de ser oídas, manifestando su deseo y voluntad de permanecer junto a su madre (fs. 165), por lo que el agravio será desestimado.

En relación a que la Sra. Jueza de grado no tuvo en cuenta el único informe pericial que se les realizó a las niñas, es sabido que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas –como ya lo referí— la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Si bien el informe realizado en sede penal es valioso e importante, no puede tomarse de manera aislado, sino que debe analizarse con el resto de las pruebas del expediente.

Es dable destacar que según el art. 39 de la Ley 26.061, *las medidas excepcionales de protección serán adoptadas cuando el interés superior del niño exija que no permanezcan en su núcleo familiar. El decreto reglamentario 415/2005 establece que se entenderá que el interés superior del niño exige esta separación cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del niño y/o cuando él fuera víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible la exclusión del agresor"* ("Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" Análisis de la Ley 26.061).

La mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de todo niño de crecer en el seno de su familia, grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros.

El Pacto Internacional d*e* Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su art. 10. 1. establece que*: ``Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posible… ".*

Los arts. 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño disponen la protección de todos los niños contra toda forma de *"...abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación...mientras se encuentren bajo la custodia de los padres..."*, agregando que los niños solo podrán ser privados permanentemente de su medio familiar cuando su *"...superior interés exija que no permanezcan en ese medio..."* debiendo garantizar *"...otros tipos de cuidado para esos niños..."*.

Tanto la Convención como la ley 26.061 establecen que en toda decisión judicial, administrativa o proveniente de organismos intermedios de la sociedad, la consideración primordial para resolver cualquier conflicto de intereses en que estén involucrados los derechos de menores de edad, será

priorizar sus intereses por sobre el de los adultos (art.3.1. CDN y art.3 de la ley 26061).

Tal disposición a las que nos obliga la Convención constituye un "principio", no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, antes de tomar una medida respecto de ellos, deben adoptarse todas aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

Tal principio también ha sido consagrado en forma expresa en el CCCN disponiendo el art. 706 inc. c) que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

El "interés superior del niño" posee un contenido indeterminado ya que es una idea en permanente evolución y transformación, que varía según las pautas culturales y sociales y es de contenido flexible, porque es necesario acomodarlo a cada situación a resolver, interpretando las particularidades de cada caso y valorándolas conforme con las reglas de la sana crítica. Importa en definitiva una justicia más particularizada y es un elemento evolutivo de acuerdo a las circunstancias y tal flexibilidad representa en el derecho, su elemento de movilidad y acercamiento a la realidad.

De todo lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta en conjunto todas las constancias de autos, informe psicológico en sede penal, informes del ETI, del Servicio de Protección de Derechos, más la opinión de la Asesoría de Familia surge claramente que el mejor interés de las niñas Z. J. y J. F. es vivir junto a su progenitora, por lo que la sentencia recurrida debe ser confirmada en todo cuanto ha sido materia de agravios.

III. Las costas de esta instancia se imponen a la apelante vencida (art. 69 CPCC); regulándose los honorarios correspondientes a la Ab. B. D. en 10 Jus y a la Ab. M. S. A. en 8 Jus, ambas por su actuación en esta instancia (Arts. 5, 6 bis y 7 Ley XIII Nº 4 y sus mod.).

Por ello la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn

RESUELVE:

1) **CONFIRMAR** la Sentencia Interlocutoria registrada bajo N° 416/20 de fs. 115/122 en todo cuanto ha sido materia de agravios.
2) **IMPONER** las costas de esta instancia a la apelante vencida (art. 69 CPCC).
3) **REGULAR** los honorarios profesionales de la Ab. B. D. en 10 Jus y a la Ab. M. S. A. en 8 Jus,, ambas por su actuación en esta instancia (Arts. 5, 6 bis y 7 Ley XIII Nº 4 y sus mod.).
4) **REGÍSTRESE**, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La presente sentencia es firmada por dos Jueces de Cámara en virtud de encontrarse una vocalía vacante y concordar en la solución del caso.