

"Á. F. A. y Á.

Causa Nº 55.454

C. A. y Á. M.

Á. s/ Protección y Guarda de
Personas"

Juzgado de Familia Nº1 - Tandil

-

Nro....83.....Sent.Civ.-

En la Ciudad de Azul, a los 20 días del mes de octubre de dos mil once, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental - Sala I, Doctores, Lucrecia Inés Comparato, Ricardo César Bagú y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**Á. F. A. y Á. C. A. y Á. M. Á. s/ Protección y guarda de personas**" (Causa nro. 55.454), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Doctores **COMPARATO - BAGÚ - LOUGE EMILIOZZI.** -

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

- C U E S T I O N E S -

1ra.-¿Es justa la sentencia apelada de fs.377/387vta?

2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

- V O T A C I O N -

A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

I) a.- La Sra. Juez A-quo a cargo del Juzgado de Familia de la Ciudad de Tandil, dicta sentencia a fs. 377/387vta. decretando el desamparo y estado de adoptabilidad de los menores C. A. A., F. A. A. y M. A. A., hijos de A. E. y M. A. A..- Para así decidir y en apretada síntesis, la Sra. Jueza cita lo que surge de los informes psicológicos, socio-ambientales, del Servicio Local de Promoción y Protección, de los establecimientos escolares, de los institutos en los que se encuentran alojados los menores, de la causa n° 8030 del ex juzgado de Menores; de las declaraciones testimoniales de los niños y su madre que constan en la presente causa.- De las pruebas señaladas infiere que se encuentra probado el maltrato físico, maltrato emocional, corrupción de los menores y negligencia en la atención física, la ausencia del padre que evitara ello y la participación de la madre en la producción de tales hechos.-

II) Este decisorio es apelado por la progenitora a fs. 398, habiendo sido concedido libremente, expresa agravios a fs. 416/427.-

La recurrente persigue la revocatoria de lo decidido, esgrimiendo para ello que no se han agotado las acciones ni estrategias de parte del Estado, ni la prueba producida en autos para que los menores puedan continuar siendo criados en el seno familiar garantizándose la unidad, identidad biológica, el ejercicio de la legítima defensa y el derecho a ser oídos.- Menciona la medida de restricción de acercamiento dictada con anterioridad a la sentencia y que ello le impidió acercarse a sus hijos, que no se respetó el debido proceso al impedírsele ser escuchada y no proveer sus peticiones, negativa a la producción de prueba psicológica-psiquiátrica sobre su persona y evaluación de revinculación. Dice que no se ha configurado el estado de abandono, solicita se preserve la identidad biológica y la unidad familiar y ofrece prueba.-

III) A fs. 430/431 el Tribunal resuelve: citar a los menores y a la apelante a fin de ser oídos, con colaboración del equipo técnico de la Oficina Pericial; ordenar la realización de una pericia psiquiátrica-psicológica respecto de A. E.; y solicitar la causa penal nº 518 "V. J. L. s/ abuso sexual doblemente agravado, abuso sexual con acceso carnal

doblemente agravado, víctimas: C. y F. A.", de trámite por ante el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil de Azul.-

Producida la prueba ordenada, el Tribunal solicita la realización de informes psicológicos de los menores (fs. 462/462 vta.).-

IV) En este contexto, se debe analizar si efectivamente se dan las circunstancias determinantes del desamparo y adoptabilidad que decreta el fallo apelado, para lo cual no puede dejar de valorarse las conductas de la progenitora recurrente, del padre de los menores, los dichos de los menores y lo que surge de las constancias de autos.- Y en orden a lo que se deduzca de todo ello, lo que resulte mas conveniente al interés de aquellos.-

V) Esta Sala en anterior composición y con voto de la estimada Dra. Fortunato de Serradell, dijo en opinión que comparto: "El **desamparo constituye** una situación de hecho en el que se hallan los menores privados de un ambiente familiar.- Comprobada su existencia judicialmente, es dable autorizar la declaración de adoptabilidad, es decir, la manifestación de que el menor está en condiciones de ser adoptado.- La tendencia actual es posibilitar al Juez la determinación del hecho del desamparo, lo que se obtiene con pautas claras en la nueva ley, a propósito de declarar

judicialmente la falta de protección y atribuir determinados efectos jurídicos -antes de la adopción- al desamparo comprobado judicialmente (Conf. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, "La Adopción", pág. 102 y ss.).-

De este modo, y en pos de enmarcar jurídicamente la situación fáctica presente en el sub-lite, la doctrina señala que corresponde hablar de **abandono**- entre otros casos- en el supuesto del menor cuyo grupo familiar se encuentra desestabilizado por separaciones de hecho o por divorcio, o aquejado por conflictos desestabilizantes" (Conf. D'Antonio, Daniel Hugo, "Derecho de Menores", pág. 63). En el mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que "el abandono se configura con la privación de aquellos aspectos esenciales que atañen a la salud, seguridad y educación del menor de edad por parte de las personas a quienes les compete dicha obligación y deriva supletoriamente en la tutela pública estatal" (CNCiv., Sala L., 1993-C-407), esto es, cuando los vínculos biológicos generadores de la filiación "se transforman en la realidad de la vida en simples circunstancias no asumidas por el o los progenitores como fuente de responsabilidad procreacional" (Conf. Cám. Civ. y Com. de Córdoba, L.L. 1985, p g. 490).-

En los últimos años, se observa una tendencia doctrinaria en pos de alcanzar una mayor precisión terminológica al referirse a la cuestión que aquí nos convoca. En esta línea, se ha señalado que la figura del abandono de los niños resulta mejor comprendida en la expresión **desamparo**, puesto que esta última contempla con mayor amplitud distintas situaciones por las que pueda atravesar el menor, **al comprender tanto el abandono material como el espiritual** -es decir, aquellas situaciones en que el niño no está protegido como necesita en esa etapa de su vida-; y, a diferencia de la primera voz, no resulta estigmatizante (conf. Medina, Graciela, citando a Lloveras, Nora, en "La Adopción", tomo II, págs. 41-43; Arias de Ronchietto, ob. cit., pág. 102 y ss; Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción", Buenos Aires, 2008, Ed. Universidad, Tomo I, pág. 177 y ss; esta Cámara, Sala II, causa 41049 del 14.12.1999, causa 41218 "Gómez...", del 16.03.2000; CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala III, causa nº 269 "R., J. M. y otros s/ Protección de personas", del 22.10.2010, elDial.com AA6527; CNCiv., Sala L, causa nº 36342/04 "V. o D., C. J. y B., J. y otros s/ Protección de personas", del 21.07.2008, elDial.com AA4D64; entre otros, en conformidad con los arts. 317 y 325 del Código Civil). Que asimismo, esta noción se vincula con el abandono como causal de pérdida de la patria potestad que

legisla el art. 307 inc. 2) del Código Civil, texto según ley 23.264, por cuanto la ley no se refiere exclusivamente al abandono en la vía pública, sino que siguiendo la doctrina de la Suprema Corte, se corresponde con "los casos en que los padres se desentienden del pequeño, dejando de prestarle cuidados, no obstan que otras personas suplan tan repudiable conducta" (conf. S.C.B.A. 27/10/81, E.D. tomo 99, p g. 231; Medina, Graciela, "Op. Cit.", pág. 41 y ss).-

Acreditado el abandono material o espiritual del niño por parte de sus progenitores, el corpus normativo que funda la declaración de desamparo y posterior declaración de preadoptabilidad, se encuentra integrado - además del art. 317 del Código Civil-, por los arts. 3º, 9º, 18, 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contando éstos con jerarquía constitucional. Importa ello además la obligación del Estado de cumplir con lo establecido en las convenciones internacionales, a través de esas medidas de acción positivas, especialmente respecto de los niños (art. 75 inc. 23 Constitución Nacional).-

Ahora bien, conforme dicha normativa, se observa que no toda inobservancia de los deberes emanados de la responsabilidad parental configura una situación de envergadura tal que permita calificarla como desamparo de los niños. Al respecto, el código de

fondo define expresamente las características que debe reunir la situación fáctica del desamparo moral y material, en los términos mencionados ut-supra: debe ser evidente, manifiesto y continuo (art. 317 inc. a, 2º párrafo Cód. cit.). Estos son aspectos que serán objeto de prueba, acreditación y valoración. Teniendo en cuenta la finalidad y función de la patria potestad (art. 264 cc), no cualquier disfunción o incumplimiento del ejercicio de la misma importa una declaración de abandono, de desamparo moral y material.- El desamparo debe reunir los caracteres que cita la norma y que fueran anteriormente mencionados, y debe ser analizado en cada caso particular (conf. Gabriela Yuba "El estado de abandono y declaración de preadoptabilidad" en Revista de Derecho de Familia y de las Personas", ed. La Ley, año 3 n° 3 de abril 2011, pág. 78).-

De este modo, y atendiendo a que el desamparo se manifiesta en aquellas situaciones en que los padres no cumplen con las obligaciones básicas- alimentos, educación, salud, afecto, esparcimiento- hacia sus hijos, no cumpliendo con ello el objetivo de acompañarlos en su crecimiento mediante la satisfacción de sus necesidades y su contención afectiva; se ha entendido que las conductas que permitan tenerlo por configurado deben ser graves, poniendo, por tanto, en peligro la integridad psicofísica del niño. Esto no

quiere decir que tales conductas deban ser reiteradas y voluntarias, sino que por su envergadura requiera que el niño sea separado del adulto que las efectuó o que por su omisión las procure" (Bigliardi Karina "La antesala de la adopción en la provincia de Buenos Aires" public. en R.D.F y P. ed. La Ley, año 3, n° 4, mayo de 2011, pág. 29 con cita de profusa jurisprudencia que ha conceptualizado de esa forma al abandono).-

En lo que refiere al **criterio para valorar la existencia del desamparo**, ha de señalarse que el mismo ha dejado de ser objetivo, para pasar a centrarse en el análisis de la conducta de cada progenitor, en razón de que las obligaciones emergentes de la patria potestad son personalísimas, indelegables e intransferibles (Conf. Bueres, Alberto J- Highton, Elena I. "Código Civil", tomo I, pág. 1296).-

Se ha recogido pues la tesis subjetiva, según la cual, para sancionar con la pérdida de la patria potestad (ahora privación) a un padre, sólo cabe atender a la situación de desamparo provocada por uno de los progenitores en que se evidencie una desatención de los pequeños, con independencia de que el hijo se encuentre al cuidado de otras personas -sea el otro progenitor u otros parientes- que suplan tan repudiable conducta (conf. esta Sala, causa n° 42.887 "N.N. menor por nacer hija de Salinas Natalia, su

situación", 06.06.2001; S.C.B.A., en fallo del 27.10.1981, ED 99-231; entre otros).-

Frente a esta situación fáctica de desatención en que se vean inmersos los niños -cuya existencia, magnitud y alcance deberán ser valoradas a partir de la aplicación a cada caso concreto de los criterios referenciados precedentemente-, surge la necesidad de calificar la situación jurídica del niño ante la eventual decisión de su permanencia con tinte definitivo en un ámbito ajeno al de origen, lo que tendrá lugar a través de la declaración de estado de desamparo y consecuente situación de adoptabilidad del menor (CNCiv., Sala B, en causa "A., R..." del 17.02.2011, publicado en La Ley Online cita AR/JUR/2587/2011; Fernández, Silvia E., "La evaluación de la competencia jurisdiccional en el sistema de protección integral de Derechos de Infancia", Diario La Ley, 15.06.2011, pág. 8 y ss).-

Ello así puesto que, si bien el art. 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que el niño tiene derecho a permanecer en su familia de origen "en la medida de lo posible", ello está subordinado a que esta familia le garantice y le respete sus derechos humanos, fundamentalmente el derecho a la vida, a la salud física y psíquica y a su integridad. La responsabilidad parental ya no es un derecho de propiedad sobre los hijos, sino que es una función que se cumple

ayudándolos a crecer, a desarrollar al máximo sus posibilidades. Es por ello que, no obstante constituir la reinserción del niño en su familia biológica -en principio- la mejor alternativa posible para los niños institucionalizados, cuando en el seno de la misma no puede garantizarse el desarrollo psicosocial, ni la integridad física y emocional del niño, debe buscarse con la mayor celeridad y certeza jurídica el medio conducente para establecer la adoptabilidad de los menores en conflicto (Pancino, Bettina y Silva, Cristina I., "Es hora que los tiempos de la justicia y de las políticas públicas cumplan con los derechos de los niños", Suplemento Especial El Dial sobre Guarda Preadoptiva, junio de 2007; Molina, Alejandro C., "Vínculos, sentimientos, intereses y tiempos en la adopción", Revista Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, 2004-III, pág. 137).-

VI) Trasladando estos conceptos a la situación particular de autos, se aprecia que el desamparo por abandono es fácilmente inferible del comportamiento asumido por los padres de C., F. y M. Á., conforme los hechos de que dan cuenta las actuaciones cumplidas en este proceso.-.-

La institucionalización de los niños y el inicio de las actuaciones se remonta al año 2008, y ello es debido a las manifestaciones realizadas

por C. en el Centro Complementario n° 8 de la ciudad de Tandil y que daban cuenta de un supuesto abuso sexual llevado a cabo por su hermano -por parte de madre- J. V., así como también de actos de violencia por parte de su progenitora.-

De este primer informe, surge que los niños se encontraban en una situación de vulnerabilidad, violencia y abuso, siendo ello corroborado luego con las restantes pruebas producidas en autos y esencialmente con aquellas que surgen de la causa penal seguida contra J. V., en la que se tiene por cometido el abuso sexual con acceso carnal.-

Así a fs. 5/6 puede leerse "... C. concurre en el contraturno de la escuela al C.E.C, desde hace aproximadamente un año, se manifestaba como una niña introvertida, insegura de sí misma, reticente y a la defensiva a las demostraciones de afecto de los adultos y con muchas dificultades en la adquisición de sus aprendizajes....Es así que, un día relata verbalmente a la P.R., luego de haber visto a su hermana F. que J. a la noche se casa con F., cuando se le pregunta¿Qué quiere decir?....; la niña responde que....J. llama a F. le quita su ropa interior, él hace lo mismo y se casan....F. llora y se queja. Algunas veces, comenta C., que ella se casa con J.. A los pocos días la alumna comenta los mismos episodios a su maestra; con

posterioridad, en forma espontánea realiza un dibujo de su familia con la leyenda debajo de la figura de J....."se casa con Florencia"....¿se lo contaste a tu mamá?, la niña contesta en forma afirmativa. Una vez finalizada la misma, C. cuenta a otro docente....que J. le pega muy fuerte, que le tienen miedo y que su mamá también le pega trompadas y la tira contra la pared. Agregando que la novia de J. duerme con él y que se casan, la niña imita y cuenta todos los detalles dado que las camas están muy cerca....Al entrevistar a la madre reconoce que J. maltrata físicamente a sus hermanas; que es un chico muy violento que no puede medir las consecuencias y confirma que la novia de J. se queda en su casa, compartiendo el cuarto con las niñas y que éstas han presenciado cuando su hermano tiene relaciones sexuales con la misma.....El día lunes 2 concurre la niña a la Institución, se observa que tiene un golpe en la frente, cuando se la interroga comenta que su mamá la tiró contra la pared, no sabe porqué. Se indaga si J. sigue durmiendo en la misma habitación responde que si. A partir de ese momento la niña se encierra en sí misma".-

Este informe es ampliado según constancia de fs. 45/47, allí puede leerse: "...que la mamá la miró con cara de enojada y le pegó la cabeza contra la pared de la pieza. Continúa relatando que su hermana F. de 7 años y J. L. V. de 17 años (Hijo de la mamá, hace 1

año que vive en el mismo domicilio, proveniente de Benito Juárez, donde vivía con su papá) juegan a casarse, significa que se acuestan en la misma cama, la niña se pone de costado y Juan la abraza y ella hace gemidos. Y su hermano menor M. A., de 6 años que concurre a nuestra Institución, también se casa con J. (hermano mayor). M. quería casarse cuando J. estaba con F. y la mamá le dijo, "¿otra vez te querés casar?, ahora está con F. y después te quejás que te chupa los cachetes, además ya te casaste con J. recién". La niña dice que un amigo del abuelo (papá de P. O. de 26 años, pareja de la mamá) le tocó la "cuchula" debajo de una caja. Relata la niña que P., con su celular le saca fotos a su mamá de la "cuchula". "Mamá abre las piernas y se saca la bombacha y Pablo le saca las fotos". Se le pregunta, "¿ustedes están en ese momento?", la niña responde que se encuentran todos en la pieza, también su hermano J. L. y ven lo que P. le hace a su mamá. Teniendo en cuenta lo relatado por C., es que se decide conversar con M., donde relata que J. está en Juárez con el papá y que próximamente lo irían a buscar con su mamá. Mamá y P. nos dijeron que no tenemos que decir lo que J. nos hizo, tenemos que decir que lo queremos y que lo extrañamos, sino J. se va a quedar allá y a nosotros nos van a mandar a una escuela especial a vivir.....".-

Son contundentes las declaraciones testimoniales de fs. 30/35, en donde el niño M. Á. Á., ante la pregunta si su hermano J. tiene acercamiento sexuales hacia él, contesta: "si se casa, conmigo a veces con C. o con F."....respecto a que aclare que quiere decir con el término "se casa", dice " me mete el pito por la cola"....."Preguntado con relación al lugar de los hechos dice que todo sucede en la cama de J., aclarando que él no tiene cama fija. Que a veces duerme con la mamá y P. y a veces con C.. Que las hermanas están presentes y que su mamá está en la otra pieza cuando ocurren los hechos narrados con su hermano J.. Que cuando su hermano J. "se casa" con C. ésta llora y que cuando está "casado" con él o con las hermanas J. "hace ruidos" los que improvisa haciendo comprender que son gemidos o jadeos incluso dice que son los mismos que les escucha a la mamá y a P....Veo cuando mamá está arriba de P. y después P. arriba" agregando "arriba y abajo"...." (fs. 30/31).-

La niña F. A. A. (fs. 32/33) dijo: "...Que J. juega a la novia con ella y que esto pasa todas las noches en la cama de J.. Preguntada si su hermano le saca la bombacha y le introduce el pito para utilizar un lenguaje comprensible dice que si "me lo mete por la pocholina"sobre si esto J. lo hace solo con ella o también con los hermanos dice que Juan rota. Con relación a dónde está su mamá cuando ocurre esto dice "ma está

ahí", haciendo referencia a que se encuentra en la casa. Respecto a que si le ha contado a su mamá lo que su hermano le hace, responde "mamá nos pega con el palo de escoba"...-

En tanto a fs. 34/35, C. A. A. en respuesta a que si ha visto que J. tenga este tipo de intimidad con los hermanos y responde: "F. se sacó el pantalón y la bombacha y se subió arriba de J. y se casan" Que esto fue en la cama de J.. Antes lo hacía conmigo, ahora lo hace con F.". Respecto al lugar donde lo lleva a cabo responde: "en la cama de J. y cuando termina me voy a mi cama": preguntada si le introducía el pito, "si por la cola", agregando "que yo me tapo la cabeza con una frazada y grito..."-.

Todo ello a su vez se encuentra probado conforme surge de la sentencia penal condenatoria que en copia certificada obra a fs. 453/461 de estos autos.-

¿CUÁL FUE LA RESPUESTA DE A. E. frente a las acusaciones y manifestaciones de los niños?. Ello puede leerse a fs. 6, 36/37, 46 y 58/59: "...la Sra. manifiesta "puede ser" y continúa, responde que los enfrentará a las niñas con J., se le sugiere que no sería conveniente, ante lo cual la Sra. responde que en su casa hará lo que ella considere que está bien. Solicita que C. se encuentra presente en la conversación, se le hace

saber que estaría exponiéndola a una situación de tensión. Se ofrece una entrevista con la D.O. junto a la niña. En el transcurso de la entrevista con la D.O., la niña, la madre y la pareja de ésta, C. reitera lo relatado con detalles y le dice a su mamá...¿te acordás que te lo conté?... Ante esto la Sra. no contesta. La DO orienta a la Sra. para que trate de resolver rápidamente ésta situación, como primer paso separar del cuarto a los menores y en segundo término indica una consulta psiquiátrica para J.. En caso que estas sugerencias no se lleven a cabo, la DO comunica que la escuela tiene la obligación de realizar la denuncia del caso. Ante esto la señora amenaza verbalmente a la profesional.".-

A fs. 36/37, la progenitora niega en principio las situaciones de abuso definiendo que para ella "no ha habido penetración" y que si es cierto que J. les pega y que han ido a la escuela marcadas por él". No obstante, reconoce que ella también ha ejercido violencia "tiempo atrás". Se le dice que ella deberá hacerse tratamiento psicológico, porque es notorio que no tiene ninguna autoridad sobre J., que se descontrola al momento de poner límites y acude a castigos físicos y responde que ella no va a hacer ningún tratamiento si bien está dispuesta a que lo hagan sus hijas.".-

A fs. 46, en el informe de la escuela respecto a las solicitudes de los informes

médicos, se señala que "nunca pudieron concretarse dichas solicitudes ya que la mamá se niega a atenderla en el hospital, delegando a la escuela ya que fue quien solicitó el control médico. Haciendo mención a que retiremos a su hija del domicilio y la llevemos al hospital para ser atendida, ya que a ella no le preocupa lo que tiene su hija y a la escuela si. Repetidas veces la mamá informa que no concurrirá más a la escuela, que no la citemos porque no asistirá".-

A fs. 58/59, la Sra. E. manifestó: "...Me tienen cansada y a esa guacha (por C.), la voy a matar porque es una mentirosa, insoportable y llora todo el día y me tiene cansada, por eso cuando me enojo les pego", y ante la pregunta si esa forma de manejarse es darle cariño contesta: "yo tengo mis días".-

¿Cuál fue la respuesta del padre antes tales acontecimientos y la institucionalización de los niños?. Ello puede leerse a fs. 136/137, oportunidad en la cual manifestó: "querer llevárselos a la ciudad de Benito Juarez, para que vivan con él. Refiere que durante un año aproximadamente los niños vivieron solo con él, mientras la Sra. A. E. residía en la ciudad de Tandil, que en ese momento los niños estaban bien, que mientras él trabajaba los niños iban a la guardería y que unos vecinos lo ayudaban en la crianza. Luego manifiesta que la madre se los llevó y que el no pudo hacer nada porque

"es la madre", que actualmente no tenía una relación cotidiana con sus hijos, debido a que la Sra. E. es muy conflictiva, según recuerda la última vez que vio a sus hijos fue en el verano del corriente año...".-

A fs. 161, los referentes del Hogar "Fantasías de Colores" mencionan que el Sr. Á. se ha presentado en la Institución a visitar a sus hijos en cinco oportunidades, desde el 26/05/2008, fecha en que ingresaron los niños a la institución y hasta la fecha, nunca se ha comunicado telefónicamente con ellos.-

En la entrevista con la asistente social (fs. 200/202) el progenitor señaló: "...en ese momento no me los traje porque no tenía nada para los chicos - mobiliario - y tenía que empezar de vuelta...yo tuve interés (sic). Respecto a lo que piensa de lo ocurrido y denunciado dijo: .."yo no lo vi...nunca me dijeron nada...si yo lo hubiese visto...me hubiesen dicho a mi las nenas...cuando pasó eso yo no estaba con ella...yo creo que los chicos no mienten, nunca me dijeron nada..."(sic). Respecto de la nueva intervención judicial expresó:.... "Cuando me enteré me dolió mucho - respecto de la guarda institucional - los voy a ver una o dos veces al mes... yo quisiera que estén acá en el Cruz del Sur - Instituto - y M. conmigo los fines de semana me las traen las preceptoras acá ...(sic)".-

Por otra parte, la Perito Psicóloga a fs. 290 concluye: "...se considera que este padre no posee las capacidades necesarias para el cuidado de sus hijos, creyendo conveniente el sostenimiento del vínculo paterno filial y la búsqueda de estrategias alternativas que provean a los niños un lugar para su pleno desarrollo físico, psíquico y emocional, y responda a las necesidades de éstos en su asistencia pedagógica, educacional y psicológica".-

Encontrándose las actuaciones por ante esta Alzada, se procedió a escuchar a los menores conforme surge de fs. 445. Allí el Tribunal, junto con la perito psicóloga M. Rudloff, pudo constatar que C., F. y M. Á. le temen a su madre, no pueden olvidar los hechos de violencia que vivieron junto a ella y son contundentes sus respuestas al preguntarles si quisieran volver con ella, siendo la respuesta un NO rotundo, sin dudas.- Sin perjuicio de ello, se solicitaron las pericias psicológicas que obran a fs. 466/469 vta., las que confirman los dichos de los niños en la audiencia, allí se concluye: en relación a F. A. A.: "surge un sentimiento de no cuidado ni de protección desde su progenitora, y sí la sensación de cuidado y buen trato desde su padre, generándose expectativas y fantasías de nueva vinculación con el mismo. Hay aceptación de la actual modalidad de vinculación con sus hermanos."

Respecto a C. A. A.: “plantea su deseo de ser adoptada por una familia y poder sostener la vinculación con sus hermanos. Con respecto a su progenitora, se evidencia un registro de no cuidado ni protección como sentimiento de temor ante la misma.”, finalmente referido a M. A. A.: “el niño de nivel intelectual acorde a su edad cronológica, muestra su conformidad con la convivencia con su actual familia guardadora. Refleja la disponibilidad de la misma para sostener la vinculación con sus hermanas, C. y F.. Manifiesta su no deseo de trato con su madre, haciendo referencia a las situaciones de violencia vividas tanto por él como por sus hermanas, de las cuales él también resultó testigo”.-

Respecto de la intervención de los niños en el proceso y la importancia de tener en cuenta su voluntad al momento de decidir respecto de sus vidas, Néstor Solari ha dicho: “La ley 26.061 -de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes- en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, al poner el acento en la calidad de sujeto de derecho y garantías, permite sostener que el niño pueda tener la legitimación activa para iniciar la acción, a partir de los 14 años, en el caso que haya sido otra persona quien iniciara el correspondiente juicio, resaltar la importancia del derecho a ser escuchado durante la sustanciación del proceso, a los fines de

tener en cuenta su voluntad al momento de decidir la cuestión de fondo (autor cit., "Intervención del niño en los procesos judiciales sobre privación y suspensión del ejercicio de la patria potestad", en Revista DFyP, año 3 n° 2 (marzo 2011) Sección doctrina).-

Continuando con el análisis de la presente causa, he de decir que frente al reclamo efectuado por la apelante al expresar agravios, fue recibida también por el Tribunal, conforme surge de fs. 450 y se practicó la pericia psiquiátrica también por ella solicitada. Si bien en la entrevista la madre se mostró preocupada por las situaciones de violencia vividas por sus hijos y manifestó querer recuperarlos, nada indica que pueda tener un cambio de actitud, ello tampoco surge de la pericia practicada en esta instancia (fs. 448/449vta). Por otra parte habiéndosele indicado que debía recibir asistencia psicológica, intenta demostrar que cumplió con ello adjuntando a fs. 415 constancia de una visita a la psicóloga, ello no resulta hábil para acreditar que se encuentra realizando un tratamiento.-

No pudo contener a sus hijos en los momentos de mayor vulnerabilidad, ¿qué puede hacernos pensar que ahora sí podría hacerlo?.- Pensemos que no sólo golpeaba y maltrataba a sus hijos, sino que obró pasivamente ante los abusos sexuales cometidos por J.,

amparando a éste en lugar de los niños que ahora intenta recuperar.- El sentido común indica que de los abusos no sólo pudo enterarse por las palabras de C., o por las autoridades del Centro Complementario, sino que puede inferirse que tenía un conocimiento directo de la situación desde que estos eran cometidos en ocasiones durante la noche, en la habitación contigua a la suya y de la que sólo la separa una estructura de madera con hendidjas, por donde se filtran ruidos y hasta puede verse lo que sucede (conf. los testimonios citados de los menores e informe ambiental de fs.63/64).- No dudo que los abusos se cometieron con su anuencia, como así también que se exponía a los menores a situaciones que debían resguardarse en la intimidad de la pareja.-

No puede perderse de vista que frente al reclamo del adulto, se encuentra el interés superior del niño.-

Conforme los antecedentes citados y lo actuado por ante este Tribunal, el cual procedió a escuchar a los menores (tal como ya se señalara), a la progenitora, al Sr. Asesor de Menores, quien a fs. 478/481 propicia la confirmación del fallo, como asimismo los resultados de las pericias psicológicas, surge claro que la situación en la que pretende colocarse la apelante para justificar la impugnación que postula y consecuente revocatoria del fallo en análisis, no resulta suficiente

para conmover las razones que sirven de motivación al mismo y que son las que deben imperar al momento de valorar este tipo de cuestiones.-

No basta para cuestionar lo decidido respecto de los niños la invocación por parte de la recurrente de falta de un programa de apoyo a su favor, en tanto lo que aquí se le exige es una actitud positiva de su parte que ponga en evidencia su voluntad inequívoca, hechos concretos que demuestren la adopción de un comportamiento adecuado a las circunstancias del caso y que sirva para garantizar la atención, cuidado, salud y educación que los menores requieren; para lo cual no resulta suficiente el hecho de presentarse de vez en cuando al proceso, sin aportar ninguna solución al caso. Es dable en este estado, citar lo resuelto por la C.S.J.N en un reciente fallo: *"...frente a las escasas posibilidades de brindar sostén y contención adecuadas, las actitudes bien intencionadas de la progenitora y su entorno no resultan suficientes para responder a las necesidades psicoemocionales de las niñas que han sufrido carencias afectivas desde temprana edad. Cabe considerar que el interés primordial de las menores se encuentra debidamente ponderado en el fallo en recurso y que esta Corte no encuentra argumento decisivo para invalidar un pronunciamiento que en este aspecto no presenta defectos de motivación o razonamiento que justifiquen a su*

descalificación por la vía intentada..." (A 1202, "A.M, M.A. y A.M.C s/ protección especial", CSJN del 31/08/2010, publicado en elDial.com, el 2/11/2010).-

Para responder al agravio relativo a los derechos que acuerda la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849), debe tenerse en cuenta que la tutela Constitucional del menor se armoniza con la protección de la familia (arts.75 inc. 19 de la Const. Nacional; art. 36 inc. 1º de la Const. Pcial.; arts. 6º y 7º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 17 Pacto San José de Costa Rica).-

El art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño estatuye que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias tácitas...". En su artículo siguiente se expresa 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".-

Al respecto, la SCBA con voto del Dr. Petiggiani ha resuelto: "Considero importante dejar en claro que la decisión que se propicia salvaguarda éste

interés, en cuanto que la Convención de los Derechos del niño procura que “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** (art. 9.1). Incluso dicha norma ejemplifica la situación, mencionando “los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres” (SCBA P.J.; M., J.M.” del 25.11.2009, publicado en LLBA, junio de 2010, pág. 529).-

Al respecto, debe puntualizarse que una definición aproximada del “interés superior del niño”, lo caracteriza como un conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de las personas y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, canalizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto (Conf. S.C.B.A. Ac. nº 73.814 del 27/9/00, voto Dr. Petiggiani, recientemente causa P.J.; M., J.M.” del 25.11.2009 citada).-

El interés superior del niño, representa entonces la consideración del menor como una persona independiente, el reconocimiento de sus propias

necesidades y la aceptación de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo (Grosman, Cecilia, "Los derechos del niño en la familia", Buenos Aires, 1998, Ed. Universidad, págs. 23 y 37). Es así que su determinación excluye toda consideración meramente dogmática, para atender exclusivamente a las circunstancias concretas y particulares que presenta cada caso (S.C.B.A. Ac. 63.120 del 31/03/98; Ac. 79931).-

La atención primordial al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado, y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.-

Y es precisamente persiguiendo el objetivo de priorizar ese interés al momento de resolver el conflicto suscitado en el sub examine, que entiendo debe privilegiarse la situación en la que se hallan actualmente los menores, contenidos y protegidos en el Hogar Fantasía de Colores y en el caso de M. Á. al cuidado de los guardadores, Sres. S. F. y J. C., quienes han sido los que le han brindado la atención y cuidados desde que lo buscaran en el hogar en el que se encontraba institucionalizado.-

Consecuentemente, verificada en autos la situación socioafectiva entre los progenitores y

los niños, se observa que a través de los años el contexto de riesgo se ha visto consolidado y cristalizado en franco detrimento hacia el efectivo goce de los derechos de los menores. De las constancias del expediente expuestas ut-supra, surge el abandono evidente, manifiesto y continuo de los niños por parte de sus progenitores, el que no queda revertido por la mera voluntad de la madre de querer convivir junto a ellos. Es evidente que los padres de los menores no se encuentran capacitados para contener la problemática de sus hijos, ni han evidenciado interés en ayudarlos al menos con los recursos a su alcance (ver CCiv. y Com., Sala III, Mar del Plata, causa nº 269 ya citada).-

Que los niños F., C. y M. Á. tienen la necesidad de contar con figuras significativas que les ofrezcan seguridad emocional y afectiva, teniendo en cuenta que presentan un psiquismo caracterizado por vivencias traumáticas de violencia, abuso y abandono. En consecuencia, no cabe sino reafirmar la convicción aceptada por la juez a-quo en cuanto a que, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, corresponde al interés de los menores proporcionarles un hogar donde puedan crecer y desarrollarse con afecto y estabilidad (ver CSJN, causa "A. M., M. A. y A. M., C. s/ Protección especial", A. 1202 XLIV, del 31.08.2010).-

De este modo, considerando que la resolución recurrida se ajusta a la Convención de los Derechos del Niño, al art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al art. 10 pto. 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; que se han contemplado en autos las garantías procesales para las partes intervinientes, el principio de inmediación y el derecho de los niños a ser oídos; y que existe la necesidad de poner fin al estado de incertidumbre e inseguridad jurídica propio del primer estadio de comprobación del desamparo de los menores; propongo al acuerdo desestimar el recurso y confirmar la resolución de fs. 377/387 (conf. arts. 307 inc. 2º; 317 inc. a, 2º párrafo, 323 y cctes C.C, art. 75 inc. 19 Const. Nac. y art. 36 inc. 1º Const. Pcial; arts. 8 y 9 Conv. De los Derechos del niño y restante normativa, doctrina y jurisprudencia citada).-

VII) Una cuestión que merece tratarse en este estado, mas allá de no encontrarse resuelta en la resolución en crisis, aunque fue traída como agravio por la apelante toda vez que continúa en el tiempo el impedimento de contacto, es de qué manera continúa la comunicación de A. y M. Á. (padre) con sus hijos.- Es que la declaración de abandono no posee como efecto propio el corte de todo vínculo de los padres con

sus hijos, ya que ni siquiera en caso de "adopción" ello esta previsto (conf. Cám.Civ y Com. Mar del Plata, Sala III, "R.J.M. y ots....", del 22.10.2010, public. en "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", ed. La Ley, año 3 n° 3, abril de 2011, pág. 92).- Debe merituar en autos que si bien Miguel Ángel ya ha encontrado una familia guardadora, tal vez no resulta ello fácil en relación a C. y F., y que por otra parte quizás resulte beneficioso para ellos lograr reconciliarse con su madre desde lo afectivo y con relación a su padre tal vez con el tiempo puedan construir una relación basada en el afecto.- Es así que estimo que si se adoptan los recaudos necesarios para que los encuentros no vulneren la estabilidad emocional de los niños, debe **revincularse** a la madre y crear momentos de encuentro con su padre.- Ello siempre desde el mayor cuidado y respeto a los tiempos de los menores, con el debido seguimiento desde lo psicológico, y si fuera necesario previo tratamiento psicológico de la madre, y siempre con un acompañamiento.-

De ello que el Juzgado de Familia, conjuntamente con el Asesor de Menores y el Hogar Fantasía de Colores, deberán evaluar las estrategias a seguir, no siendo necesario que la revinculación con la madre y las visitas con el padre deban hacerse con los

tres menores a la vez, ello deberá determinarse conforme la situación de cada uno de los niños.-

Igualmente deberá procurarse la continuidad de la vinculación de los tres hermanos entre sí, toda vez que se advirtió en la audiencia celebrada con los mismos, el cariño que se profesan.

Todo ello conlleva al rechazo del recurso interpuesto por A. E., sin perjuicio de lo señalado en el presente acápite.-

Así lo voto.-

Los Señores Jueces doctores **BAGÚ** y **LOUGE EMILIOZZI** adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.-

A LA SEGUNDA CUESTION, la Señora Juez doctora **COMPARATO**, dijo:

Atento cuanto expusiera al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: 1) confirmar la sentencia de fs. 377/388vta., 2) Proponer la revinculación de A. E. y M. Á. Á. con sus hijos, con los alcances y metodología señalada en el acápite VII), 3) Sin costas en orden a la naturaleza de la cuestión planteada (art.68 Cód.Proc.).-

Así lo voto.-

Los Señores Jueces doctores **BAGÚ** y **LOUGE EMILIOZZI** adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.-

Con lo que terminó
el acuerdo, dictándose la siguiente:

-S E N T E N C I A-

POR LO EXPUESTO, demás
fundamentos del acuerdo, y lo prescripto por los arts.68,
266, 267 y concs. del Cód. de Proc.; doctrina y
jurisprudencia citadas, se Resuelve: 1) confirmar la
sentencia de fs. 377/388vta.; 2) Proponer la
revinculación de A. E. y M. Á. Á. con sus hijos, con los
alcances y metodología señalada en el acápite VII); 3)
Sin costas en orden a la naturaleza de la cuestión
planteada (art.68 Cód.Proc.).-

Notifíquese por Secretaría y devuélvase.-